



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi Mamá:
Sra. MARÍA ELENA GODINEZ GÓMEZ

*Por ser una gran Mujer y lo mejor que tengo,
a ella no le dedico solamente mi carrera... sino toda mi vida*

A mi Papá:
Sr. RENÉ CUETO GÓMEZ

*Las personas, las circunstancias y el tiempo, solo provocan en mí una mayor
necesidad de vivir junto al hombre que motivó el que ahora pueda
escribir estos renglones.*

*Estoy seguro que podrá entenderme plenamente si recuerda lo que sentía
cuando dedicaba su carrera a mi abuelo Sr. BERNARDO CUETO CUESTA*

A mi Hermano
CÉSAR

*Por ser lo mas parecido a mí y en muchas ocasiones ser también mi
hermano mayor y mi ejemplo; juntos... siempre juntos.*

A mi Hermano
RENÉ

Por que cuando cierro los ojos ... te veo.

ANGÉLICA

*Por apoyar todo lo mío;
por ser la representación fiel del Amor incondicional.*

NINO

Por estar conmigo en esto que soñamos desde hace mucho tiempo.

SABO

*Por no tener absolutamente nada que ver con el Derecho...
y sí mucho conmigo.*

CLAUDIA MUÑOZ

*Por que aún teniendo razones para no hacerlo...
estuviste siempre.*

ENRIQUE URIBE

Sin tu amistad... esto no hubiera sido posible.

Sra. JOSEFINA GESTEFELD CASTREJÓN
Sr. FRANCISCO LÓPEZ MARÍN

*Por enseñarme a costa de su Libertad y de la manera mas dura...
el valor que tiene el Etico desempeño de mi profesión.*

TRACY Y RICARDO

*Por que cuando los que hablan no pudieron... ellos con una mirada lograron
darme ánimo.*

SRA. GLORIA URCELAY DE GARCÍA

Por que se que Ud. siempre ha creído en mí, en mi lealtad y amor hacia su familia,...GRACIAS.

LIC. JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA

Por que a pesar de su gran capacidad y conocimiento, Ud. nunca sabrá cuanto lo admiro, respeto y quiero.

HONORABLE SÍNODO

LIC. EDUARDO VILLAREAL MORO (PRESIDENTE)

LIC. JOSÉ DIBRAY GARCÍA CABRERA (VOCAL)

LIC. RAFAÉL CHAINÉ LÓPEZ (SECRETARIO)

LIC. ISIDRO MALDONADO RODEA (SUPLENTE)

LIC. MOISES MORENO RIVAS (SUPLENTE)

*A todos ellos gracias por contribuir con sus conocimientos a mi formación
académica y personal*

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Por permitir formarme dentro de sus aulas como profesional, para tratar de enaltecer a una de las instituciones por las que todavía vale la pena luchar.

A toda la generación de 91-96 por ser parte de mi pasado.

A todos los que por cualquier motivo leen estas páginas... GRACIAS

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN	1
---------------------------	---

CAPÍTULO PRIMERO

1.1 Antecedentes de las Penas

I. Origen de las Penas.....	3
II. La Venganza Divina.	7
III. La Venganza Pública.	8
IV. El Periodo Humanitario.	10
V. El Periodo Científico.	12

1.2 Escuelas Penales.

Preliminares.....	13
I. Escuela Clásica.	16
II. Escuela Positiva.	19
III. La Tercera Escuela o escuela Mixta. (Político Criminal y La Técnico Jurídica).....	22

1.3 La Pena.

I. Naturaleza de la Pena.	23
II. Fin y Carácter de la Pena.	30
III. Clasificación de las Penas en el Estado de México.....	34

1.4 Determinación de la Pena; sus Bases, Individualización y Fases.

I. Sus Bases.	38
II. Determinación Penal del Positivismo.	39
III. Fases de Individualización.	43

1.5 La Pena Indeterminada.

I. Antecedentes Históricos.	58
----------------------------------	----

CAPÍTULO SEGUNDO.

2.1 Marco Histórico Normativo.

I. Época Precortesiana.	64
II. Época Colonial.	73
III. Época Independiente.	77
IV. Época Juarista.	79

CAPÍTULO TERCERO.

3.1 Marco Jurídico Normativo Actual.

I. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...	84
II. Ley de Amparo.	86
III. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.....	87
IV. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados.	87
V. Ley de Amnistía.	88
VI. Código Penal Federal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.	90
VII. Código Federal de Procedimientos Penales.....	91
VIII. Código Penal para el Estado de México.....	92
IX. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.	94
X. Ley de Rehabilitación para Menores del Estado de México.	95
XI. Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado.	97

CAPÍTULO CUARTO.

4.1 La Prisión y la Retención.

I. Concepto de Prisión.	102
II. Funciones de la Prisión.	110
III. Sistemas Penitenciarios.	112
IV. Distintos Sistemas.	113
V. Sistema Penitenciario Mexicano.	119
VI. Sistema Penitenciario en el Estado de México.....	121

4.2 La Retención.

I. Concepto.	123
II. Naturaleza Jurídica.	124
III. Requisitos de Procedencia de la Retención.....	124
IV. Procedimientos de la Retención.	125
V. Inconvenientes de su Aplicación.....	125
VI. Inconstitucionalidad de esta Figura.	128

<i>PROPUESTAS Y CONCLUSIONES</i>	135
<i>BIBLIOGRAFÍA</i>	137
<i>OTRAS FUENTES CONSULTADAS</i>	140
<i>LEGISLACIÓN</i>	141

INTRODUCCIÓN

Nada como el Derecho Penal y nada como la libertad, de eso nos valemos para formular el presente trabajo con la firme convicción de que despertará en el lector un profundo interés dado lo delicado que puede ser el tratamiento de una persona que ha sido sentenciada a una condena privativa de libertad; no nos referimos al patrimonio, ni a los dineros, tampoco al “Status”, o a la condición y calidad de la persona, nos referimos a la vida misma y a l valor supremo que ésta lleva implícita, la Libertad.

La línea que divide las diferentes posturas, encaminadas unas, al castigo expiatorio sin el cual una pena no debe ser llamada así, formulando nuevas y mejores formas para el “óptimo sufrimiento” de un individuo, creando los mejores métodos e instrumentos legales para no dejar opción alguna de salida y otras, para modernizar la impartición de justicia con la característica de liberalidad y defensa del individuo contra los actos del Estado suele ser transgredida y cruzada con demasiada facilidad.

Sin embargo, pensamos que la magnitud de la figura tratada en páginas siguientes no deja lugar a dudas de la naturaleza violatoria que la acompaña, ya que puede ser abordada desde cualquier punto de vista y desde cualquier materia, dando siempre como resultado un indudable comentario tendiente a su eliminación total de la Legislación Penal Estatal.

Es pues, de ésta manera que, la Retención constituye un elemento de increíble existencia en nuestro Derecho, existencia que denota una imposibilidad del Estado para formular los mecanismos que propicien la Readaptación del sujeto que haya cometido delito alguno, pero que de ninguna forma tendría el individuo que pagar dicha imposibilidad con su libertad y con su vida.

Realizamos el recorrido a través de los puntos más representativos que se relacionen con la facultad Retentiva que el Estado le otorga al Ejecutivo, comenzando con los periodos de evolución para la aplicación de penas, el marco Histórico que importa muchísimo dado que demuestra las tendencia liberales que sirven de antecedente para negar a la Retención, así como todo el estudio requerido para evidenciar que la Retención es teórica y doctrinariamente inadmisibile. El respaldo encontrado en diversos autores a éste respecto forma un invaluable apoyo en el propósito y fin anhelado.

Increible resulta también la contradicción representada en función de jerarquía en la aplicación de leyes, ya que demostramos también que la Retención contraviene lo dispuesto por la Constitución como ordenamiento del cual emanan todas las leyes de nuestra legislación, pero en calidad de subordinación respecto de la Carta Magna; lo que advertimos, pudiera generar otros caminos por los cuales adentrarse a la figura Retentiva, tales como Filosofía, Juicio de Garantías, Derecho Procesal, Derecho Constitucional, etc.

Pensamos que es debido exigir una “Congruencia” como lo menos que debiera tener un régimen y sistema legal para calificarse de digno y justo; congruencia que debe sustentarse en lo que se piensa, se siente, se dice y se realiza. Premisa que nos atrevemos a afirmar no se lleva a cabo en tratándose de la figura que nos ocupa pues la tendencia actual de la Administración de Justicia señala y exige un cambio, una evolución para crear los instrumentos de defensa del individuo, se requiere de hacer caso de lo que quedó demostrado en nuestro pasado y de lo que nos pertenece, se dice y califica al sistema Penal Mexicano a nivel de los mejores del mundo e irónicamente se admiten figuras como la Retención que demuestran, tal y como lo afirmamos, una absoluta incongruencia que necesita forzosamente de atención para ser erradicada del plano legal.

Tal vez uno de los mayores argumentos para las pretensiones de éste trabajo lo constituya el hecho de que, el Derecho no es una obra perfecta, sino perfectible y, por lo tanto, resulta imperante reflexionar si el Hombre y su obra imperfecta, el Derecho, tienen la calidad de imponer una pena que no permite un marco de legalidad y humanismo al sentenciado, dejando entrever que el castigo doble que implica la Retención, más allá de ser necesario para el delincuente, resulta ser una manifestación de lo enferma que se encuentra nuestra sociedad.

Resulta pues factible e imperante rescatar algunos valores olvidados en el pasado, así como el análisis de lo que, a nuestro juicio, resulta ser una de las mayores aberraciones del sistema legal actual, no permitiendo el fin último del Derecho... la Justicia.

CAPÍTULO PRIMERO

La Pena

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES DE LAS PENAS

I. ORIGEN DE LAS PENAS

A lo largo de la Historia, han existido diversas etapas que pretenden llevar implícitas en sus propios Nombres la intención y accionar represivo del Hombre, esto según las características y necesidades propias de cada pueblo, así pues tendremos que dentro de estos nombres o denominaciones existen algunos que no deben ser tomados como Sistemas Penales, si a caso, únicamente como sistemas socio-culturales que como todos, tenían aplicaciones de Penas resultado de la propia etapa y de la Naturaleza propia del Hombre.

La ubicación y duración de estos periodos resulta difícil de precisar, ya que el paso de uno a otro no se da de manera tajante, sino paulatina, producto de la evolución Humana. Sin embargo podemos señalar periodos diferentes como: periodo de la Venganza Divina, venganza pública, periodo Humanitario y el llamado periodo Científico.

Estos Periodos no surgen ni se extinguen de manera radical y resulta lógico pensar primeramente y viviendo dentro del reino de los Instintos en la Edad Primitiva que prevaleciera la "Ley del más Fuerte," es decir, una respuesta de defensa hacia las agresiones de otros seres humanos que también a su vez se convertían en ofensas, pero que tenían un resultado natural, tal vez no justo, pues la naturaleza no es ni justa ni injusta pero sí natural.

Así tenemos que dentro de una primera respuesta de la defensa instintiva producto de choques y pugnas producto de sentir lesionados valores tales como: la vida, bienes o la integridad corporal. El hecho de que cada grupo se protegiera de manera propia en respuesta de un ataque a estos valores y la medida de esta defensa- ataque, muchas veces daba como resultado luchas que terminaban en muerte o bien en derramamientos de sangre. Este tipo de comportamiento en el que solo se dependía del límite personal de quién lo llevaba a cabo así como de los resultados de dicho accionar es conocido y denominado como venganza privada o etapa bárbara.

"El principio de la venganza privada, afirman los penalistas, tuvo inicial vigencia en los tiempos más remotos de la historia de la humanidad. El hombre, de conformidad con su rudimentaria contextura psíquica y física, actuaba libre y espontáneamente, sin que existiera un poder público o de otra índole que limitara la esfera de su actuación y le impusiera sanciones como consecuencia de su indebido obrar."¹

¹ Cortés Ibarra, M.A., Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, 1987, p. 21

La naturaleza gremial y social del hombre trae consigo que exista una convivencia en la que la línea del respeto a la vida, bienes e integridad de los demás, se cruza de manera arbitraria y constante. En estas épocas el resultado normal era el triunfo del mas fuerte sobre el menos fuerte, el débil es totalmente aniquilado, pues la defensa y repulsión instintiva es enteramente libre.

Desde luego, como lo citan diversos estudiosos de la materia, no podemos afirmar que ésto constituya una etapa formal del Derecho Penal, sino que se habla de la venganza privada como un antecedente del cual se desprenden las raíces de las instituciones jurídicas surgidas posteriormente.

El actuar del hombre, para repeler las agresiones de las que era objeto, encuentra un móvil cada vez más y más arraigado en su ser... su propia naturaleza. Hombre lobo del hombre, dice Hobbes. Sentimientos negativos tales como la envidia, egoísmo, inseguridad, etc., sustentan éste comportamiento del individuo. Echando mano en primer término de la fuerza, para pasar luego a la inteligencia o astucia, y así vinieron por último los intereses de todos para hacer posible la convivencia entre unos y otros.

"Y como la función crea el órgano, así las penas fueron creando al derecho penal"²

El hombre refuerza en sus raíces el derecho a la venganza, se siente ya ligado a salvaguardar los intereses de un grupo, se encuentra unido a los fines gremiales, no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y en su caso a ser vengado. Correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos, pero también de someterse a los derechos de los demás. Es aquí justamente cuando podría hablarse, aunque remotamente, de derechos y obligaciones.

"Posteriormente, y mediante el instinto social, el hombre formó grupos, ya no vive aislado, sino que se siente unido profundamente a otros seres de su idéntica naturaleza, por el vínculo de la sangre. Así forman sucesivamente las familias, los clanes y las tribus; la venganza ya no es individual privada, sino gremial o social: ante la ofensa causada a un individuo, el grupo social al cual pertenece asume la venganza, la cual recaía contra el ofensor del grupo contrario o contra cualquiera de sus miembros".³

Este tipo de venganza trajo terribles consecuencias, que en muchas ocasiones culminaron en verdaderas luchas, y hasta en sangrientas guerras entre grupos que defendían

² Raúl Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, 1974, p.51

³ Cortés Ibarra, M.A., Derecho Penal, op. cit. p.21

sus valores; el resultado lógico de estas guerras era el desquebrajamiento de la tribu, siendo esto lo que motivó mas adelante a la venganza privada... debilitar al contrario.

Al paso del tiempo, y en una transición lógica, la ofensa vindicatoria debía tener algún limite, y así fue, pero solo para algunos, siendo estos los ofendidos, pero no para los demás. La primer limitación: el Talión "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura"; el ofendido no podía devolver un mal mayor al que habia recibido, así pues, la venganza, encontraba sus limite en la dimensión del daño inferido. Otra limitación que aparentemente significa un avance, lo representa la innovación del rescate del derecho a la venganza, encaminada a una paz social, por medio del pago hecho por el ofensor, realizado éste através de animales, armas o dinero. El derecho de venganza se extinguía así mediante el pago (animales o cosas).

Esta última variación de la venganza privada implica un progreso social y un sistema nuevo, dejando atrás una etapa cargada de instinto y pasiones sin freno, en las que la devolución de la ofensa en muchas ocasiones, excedía los limites de la convivencia pacífica, y da un avance moral, y por que no decirlo, hasta jurídico al promover una estructura un poco mas humanizada que la reacción negativa en la que se enfrascaron por mucho tiempo tanto agresores como agredidos.

Paralelamente al adelanto que significaba el pago de la ofensa inferida, encontramos además, que el sufrimiento de una pena estaba respaldada por las religiones y dioses, casos en los cuales, el juramento hacia ellos, teniendo de testigo a toda la comunidad, para acatar el castigo era una forma de presión, en la que el incumplimiento de lo prometido habria de ofender a la divinidad. De ésta forma las reacciones de la ofensa-defensa pasaron a formar parte de un desagravio a la divinidad misma.

Es oportuno advertir que dentro de este capítulo, no realizaremos un estudio através de todas y cada una de las culturas en las que tuvo su aparición la venganza privada, solamente lo haremos en las etapas y épocas mas representativas.

"La más antigua codificación conocida, el código de Amurabi, que data del siglo XXIII a J.C., contiene ya dichas formas:

Art.196- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo.

Art.197- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo.

Art.229- Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte a aquel maestro.

Art.230- Y si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obras.

Es particularmente notable el código de Amurabi al distinguir entre el dolo, culpa y caso fortuito, lo que antes ninguna de las antiguas legislaciones había distinguido.

Art.206- Si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure "no le heri con intención" y pague al médico.

Art. 251- Si el buey de alguno es peligroso y el propietario, sabiéndolo, no le hace los cuernos (?) y deja de atarle, y el buey hiere a un libre y le mata, pague el dueño media mina de plata.

Art.266- Si en el establo ocurre golpe de Dios o asáltale el león jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo.

En cuanto a Israel, su derecho penal está contenido en el Pentateuco mosaico (siglo XIV a J.C.), que revelaba en numerosísimos puntos la influencia babilónica (Éxodo XXI, 18, 19, 22, 25, 29, 32; XXII, 10, 11; Levítico, XXIV, 19, 20). "El que golpee a su prójimo de modo que le deje con algún defecto o deformidad, sufrirá el mismo mal que haya ocasionado. Recibirá rotura por rotura, perderá ojo por ojo, diente por diente y será tratado como él trató al otro" Levítico, XXIV, 19, 20).

Por el contrario, el talión no se encuentra en el Manava Dharma Sastra, o leyes de Manu, el código Hindú (siglo XI a J.C.); pero sí la venganza divina: "Para ayudar al rey en sus funciones el Señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de todos los seres, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya esencia es enteramente divina" (VII 14); "el castigo es un rey lleno de energía: es un administrador hábil, es un cuerdo dispensador de la ley: está reconocido como la garantía del cumplimiento del deber de las cuatro órdenes, El castigo gobierna al género humano: el castigo lo protege: el castigo vela mientras todo duerme; el castigo es la justicia, dicen los Sabios" (VII, 17, 18).

Tampoco se encuentra el talión en el Zend Avesta persa (siglo XI a J.C.); pero sí en las Cinco Penas chinas del emperador Seinu y en el antiguo Egipto, una de cuyas leyes decía: "no matéis si no queréis ser muerto; el que mate sea muerto".

En la Roma antigua, "poena" significaba tanto como composición: poena est noxae vindica (Dig., frag. 131). En las XII tablas (siglo V a J.C.) se ven consagradas la venganza privada, el talión y la composición (VII).

Por la fractura de un hueso o un diente a un hombre libre, pena de trescientos ases; un esclavo, ciento cincuenta ases".⁴

⁴ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, op. cit. p. 55, 56, 57

Por todo lo anteriormente expuesto, estamos de acuerdo con diversos autores en que la conceptualización de la pena comenzó siendo en un primer término venganza privada, pero como esta facultad era extensiva a toda la familia, también fue llamada "venganza de sangre" dado el parentesco existente. Entre los Germanos fue denominada "Blutrache". Claro está que, este tipo de comportamiento muchas veces se desplegaba hacia la primera persona o cosa que hallare el ofendido a su alcance.

"Talión y composición representaban, por lo tanto, un adelanto para la humanidad, un progreso que no habría de perderse en los horizontes de la historia, la multa es un beneficio del Estado, es una supervivencia evolucionada de la primitiva composición, y por otra parte la misma pena de muerte donde está establecida es talión".⁵

II LA VENGANZA DIVINA

Resulta evidente que en una constante evolución del hombre, también los instrumentos de socialización fueron transformándose, de éste modo tenemos que los antiguos pensadores de la Grecia y Roma clásica, fueron sustituidos por otros pensadores y filósofos tales como San Agustín y Santo Tomás de Aquino, que representaban el triunfo de la iglesia sobre el mundo pagano.

En éste periodo y en la búsqueda de justificaciones hacia el comportamiento humano, éstas acciones se perfilaron hacia un fin ontológico, y por lo tanto, también teológico.

Dentro de ésta época no importa la cantidad de Dioses existentes, es decir, el monoteísmo o el politeísmo, sino la imagen de Dios como el centro y móvil de todas y cada una de las acciones del hombre. La idea central de ésta etapa es: Todo poder viene de Dios, por lo tanto, toda acción buena es virtud y toda acción mala es pecado. La pena, dentro de éste contexto de ideas, se impone para aminorar el enojo de los dioses, para apagar la ira que en dado momento podría traer el castigo divino. Los tribunales y jueces imponen sus sentencias en nombre de la divinidad.

Existe una curiosa dualidad en ésta etapa, ya que por una parte, éste periodo pretendía que la aplicación de las penas fuera en nombre de la deidad, sin embargo, es también en éste periodo cuando se comienza a dar y a preparar el gran repertorio de castigos y penas que se aplicarían en otras épocas y culturas.

⁵ Ibidem, p. 54

"Por aparente extraña paradoja, dentro del periodo de la venganza divina, se desarrolló un derecho penal excesivamente cruel, que pretendía afirmarse en la más dulce y humana de las doctrinas religiosas: el Cristianismo".⁶

Sin embargo, creemos que el control del orden social por parte de los sacerdotes y de la iglesia también formaron las bases de una pretendida "humanización", ya que los cimientos de la mayoría de las religiones era la aplicación de una pena, aparejada ésta al remordimiento del ofensor, y por otro lado, el perdón del ofendido en lugar de la venganza.

"Según Vidal y Sailes, el Derecho Canónico, influyó en la humanización de la justicia, orientándola hacia la reforma moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre la venganza, la redención por medio del pecado, la caridad y la fraternidad; "la tregua de Dios" y "el derecho de asilo", limitaron la venganza privada señalando al Estado sobre la comunidad; confundiendo pecado y delito, el Derecho Canónico vio, por ello en el último, una ofensa a Dios; de ahí que la venganza divina en sus formas excesivas de expiación y penitencia, y el concepto retributivo de la pena. El delito es pecado; la pena, penitencia. (S. Agustín, Sto. Tomás). Al asumir la iglesia los poderes espirituales, pasó al brazo secular la ejecución de las penas, a veces, trascendentales".⁷

Queda de manifiesto la dualidad anteriormente mencionada, sin embargo pensamos que la dicotomía presentada en la época, no es otra cosa que una característica del periodo, derivada ésta de elementos nuevos, tales como Deidades, Religiones, arrepentimiento y el perdón, que hacen de ésta etapa un escalón para la aplicación de penas en etapas posteriores.

III LA VENGANZA PÚBLICA

En la medida que el hombre fue transformándose, también lo hacían sus propias acciones y consecuencias. Fue entonces que en una lógica evolución, las ofensas, que en un primer término eran pagadas solo en la medida que el ofensor creía pertinente, para luego hacerlo en nombre de la divinidad, en ésta época encontraron al mismo hombre como instrumento para desarrollarse de manera impresionante.

El grupo social, que se encuentra ya conformado como tal dentro de ésta época, distingue entre los intereses propios y los de otros grupos diferentes, por lo tanto no acepta tan fácilmente que sean aplicables los castigos de mano directa del ofensor, ni tampoco en

⁶ Carlos Franco Sodi, Nociones de Derecho Penal, Parte General, México, Editorial Botas, Segunda Edición, 1950, p. 19

⁷ Carranca y Rivas Raúl, Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México, Editorial Porrúa S.A., Tercera Edición, México, D.F. 1986 p. 99

nombre de Dios. Toma entonces en sus propias manos, tanto el móvil para la aplicación de las penas, como la misma aplicación de éstas.

Para hacer una descripción de los dos elementos que hemos mencionado en el párrafo anterior, comenzaremos por señalar que, en primer lugar, se presenta en esta etapa un interés o móvil diferente al de etapas anteriores..."el bienestar colectivo". Ahora encontramos una sociedad más consciente, presentando rasgos de madurez, tanto así que, el motivo para castigar las acciones en esta época era precisamente salvaguardar el orden social y la convivencia pacífica del grupo. Es decir, por primera vez se presentan los intereses colectivos por encima de los intereses individuales, la estabilidad de la comunidad representa la prioridad en cuanto a la aplicación de las penas. Resulta lógico que dentro de éste periodo, y quedando totalmente en las manos del hombre todo lo relacionado con las penas, se presenten los castigos más despiadados que la humanidad haya conocido.

La variedad de castigos existentes para aplicar al individuo en ésta etapa, resulta digno de admiración. Se presentaron penas que llevaban implícitas en su esencia excesiva crueldad, éstas iban desde, mantener a una persona dentro de una jaula de hierro o madera en perpetua prisión; la argolla, un collar del cual pendía una pesa; la horca y los azotes; la rueda en la que después de romperle los huesos, el reo era colocado; el descuartizamiento por acción simultánea de cuatro caballos; la decapitación, así como la hoguera, las galeras, etc., es decir, un gran repertorio de penas que solamente la imaginación del hombre podía concebir y llevar a cabo.

"La crueldad de las penas corporales solo buscaban un fin: intimidar a las clases inferiores: Por ello, las penas eran desiguales según las clases. La intimidación aspiraba a mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos"⁸

La intimidación fue el mayor instrumento empleado por parte de las clases dominantes para obtener el comportamiento deseado de las clases bajas. En cierta forma, la incapacidad del mismo hombre, la falta de una estructura carente de un sistema definido, la velocidad con la que crecía la sociedad, etc., hizo que se emplearan métodos con características crueles y extremistas.

Tal vez estos elementos fueron los que motivaron el nombre del periodo que sucedió a éste, por ser exactamente antagónicas las propuestas y características entre uno y otro.

⁸ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, op. cit. p. 61

IV EL PERIODO HUMANITARIO

La aparición dentro de la historia, del extremo opuesto, en lo que se refiere a la aplicación de penas, estaba garantizada. Éste polo antagónico al anterior, debía tener como característica, el ser un periodo con un sistema nuevo, con bases y cimientos sólidos, es decir, su base no podía ser las pasiones sin freno del ofendido, o una figura, como Dios, que pudiera o no ser. Este sistema, que ahora juzgamos de lógica aparición, en aquella época era más necesario que lógico. El "Humanismo", como fue conocido éste sistema, no surgió por "generación espontánea", tuvo un gran periodo de gestación, apoyado y respaldado por grandes filósofos, sociólogos, antropólogos y pensadores reconocidos hoy en día.

El Humanismo tuvo una fuerte influencia dentro del Derecho, sin embargo no era un fenómeno o tendencia exclusiva de éste, surgió casi en todas las actividades del hombre de aquel tiempo, y fue también llamado de distintas maneras: Romanticismo, Iluminismo etc.; constituyó una revolución dentro del pensamiento humano y consecuentemente también lo fue para la sociedad en general con sus propias ideas de impartición de justicia y aplicación de penas.

"En lo que se refiere a la revolución filosófica, esto fue lo que originó el llamado "Iluminismo" con Hobbes, Spinoza y Locke, con Grocio, Bacon, Pufendorf y Wolff, con Rousseau, Diderot, D'Alembert, Montesquieu y Voltaire. Montesquieu publica su "Espíritu de las leyes" (1748). Después aparece, como clarinada de alborar, César Bonnesana, Marqués de Beccaria, con su dramático tratado "Dei delitti e delle pene" (Livorno, 1764), acogido con un estremecimiento de entusiasmo o "dulce conmoción", como él mismo aseguró en su prólogo, por su valiente denuncia del "demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad nos presenta".⁹

Resulta apasionante, pero difícil de realizar para los fines de éste trabajo, el análisis y descripción de cada uno de los trabajos de enormes pensadores surgidos en ésta época; la amplitud de panorama, así como la comprensión, casi en cualquier campo, que nos regalan obras como: "El Contrato Social" y "Las Confesiones" de Rousseau, "El Leviathan" de Hobbes, "Ensayos sobre el Entendimiento Humano y Gobierno" de Locke, "Ética Demostrada" de Spinoza, así como, "Pensamientos Filosóficos" de Diderot, "El Espíritu de las Leyes" de Montesquieu, "El Príncipe" de Maquiavelo, "El tratado sobre la tolerancia" de Voltaire y tantos más que iluminan y facilitan la comprensión de toda una propuesta de tendencias liberalistas que han trascendido hasta nuestros tiempos.

⁹ Carrancá y Trujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, op. cit. p. 61, 62

Bonesana, en su libro, combate enérgicamente las crueles e infames penas que se ejecutaban; reprueba la aplicación de suplicios y tormentos; pugna por la proscripción de la pena de muerte. Sostiene que los delitos deben estar siempre establecidos por las leyes, y solo los jueces pueden declarar su violación, las penas deben ser públicas, prontas, necesarias, proporcionales al delito, y nunca atroces. Admitió, además, la protección del delincuente mediante el respeto de específicas garantías procesales.

Esta obra de enormes proporciones, considerando la situación política y social de su época, emanó sus influjos de forma decisiva en la humanización del Derecho Penal.

"De entre los puntos más importantes del libro de Beccaria destacan los siguientes:

a) El derecho a castigar se basa en el contrato social y por tanto la justicia humana y la divina son independientes.

b) Las penas únicamente pueden ser establecidas por las leyes; éstas han de ser generales y solo los jueces pueden declarar que han sido violadas.

c) Las penas deben ser públicas, prontas y necesarias, proporcionadas al delito y las mínimas posibles.

d) Los jueces, por no ser legisladores, carecen de la facultad de interpretar la ley. Para Beccaria nada hay tan peligroso como el axioma común que proclama la necesidad de consultar el espíritu de la ley.

e) El fin de la pena es evitar que el autor cometa nuevos delitos, así como la ejemplaridad respecto a los demás hombres; y,

f) La pena de muerte debe ser proscrita por injusta; el contrato social no la autoriza, dado que el hombre no puede ceder el derecho a ser privado de la vida, de la cual él mismo no puede disponer por no pertenecerle."¹⁰

La competencia, por parte de los monarcas, por incorporar las ideas revolucionarias a las legislaciones de sus estados, dieron como resultado la trascendencia de las ideas liberales sobre las clásicas, esta competencia fue para demostrar que ellos, en su calidad de monarcas, se encontraban en un plano de instrucción elevado para dirigir y gobernar a su pueblo. Este fenómeno, conocido como "Ilustración", fue una moda para los monarcas de esa época, sin imaginar que esto les traería decadencia y aceleraría el fin de su mandato y sistema, pues implicaba lo contrario a sus intereses. Así, tenemos la incorporación de estas ideas en Rusia, llevadas a cabo por Catalina II, que en 1767 ordena la elaboración de un nuevo código, Federico el Grande de Prusia y José II de Austria, así como muchos otros, hacen lo mismo en sus propios estados.

¹⁰ Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México, Porrúa, S.A., Décima Edición, 1976, p. 36

"Otra gran figura renovadora vive por los mismos años en que Beccaria postula la humanización penal, clamado con emocionado y encendido acento, por la reforma carcelaria. Fue Jonh Howard, nació en Hacney (hoy Arral Londinense) en 1726, y que en 1772, recibió el nombramiento de Sheriff del condado de Bedford. Con motivo de su encargo surgió su vocación, al ver el pésimo estado en que se encontraban las prisiones inglesas por él visitadas.

Howard había estado preso de un corsario francés y concibió el más profundo horror por las cárceles en su tiempo. Movidó por ese recuerdo, y por su espíritu filantrópico, criticó las prisiones inglesas y visitó las de casi todos los países europeos, en sus viajes por la "geografía del dolor", -como dice Bernaldo Quiroz-, que duran desde 1775 a 1790. El 20 de Enero de este último año, muere en Kherson (Ucrania) de fiebre carcelaria (tifus exantemático), contagiado del medio que vivió tan apasionadamente.

Sus experiencias culminaron en su libro titulado "The State of the Prisons in England". En él describe las terribles condiciones de la vida de los reos, sus penurias físico-morales y la insalubridad de las prisiones. Con Howard, se inició la reforma penitenciaria tendiente a humanizar el sistema de ejecución de penas."¹¹

De ésta forma se comenzaba ya un proceso de perfeccionamiento y especialización en cuanto al Derecho y sobre todo a la rama penal, realizando estudios cada vez más y más pretenciosos y detenidos.

V PERIODO CIENTÍFICO

"Desde que se empieza a sistematizar en los estudios sobre materia penal, puede hablarse del periodo científico. Esta etapa, en rigor, se inicia con la obra del marqués de Beccaria y culmina con la de Francisco Carrara quien es el principal exponente de la escuela clásica del Derecho Penal."¹²

Los diversos factores que se utilizaron para adjudicar el nombre a este periodo, pueden ser explicados si tomamos en cuenta el enorme avance en esta materia, avance que va desde la aplicación de la venganza privada, hasta la sistematización y especialización que comenzaba a darse hasta ese momento.

¹¹ Jiménez de Asúa Luis, La Ley y el Delito, México, Editorial Hermes, Primera Edición, 1986, p. 35, 36

¹² Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, op. cit. p. 36

Como en casi cualquier aspecto de la vida, el hombre se ha dedicado a crear los medios para facilitar su vida, así pues, la línea de estudio para una mejor convivencia lo llevó a la creación del Derecho, después al Derecho Penal, para finalmente implementar ciencias auxiliares de éste como: Criminología, Criminalística, Política Criminal, etc. La creación de estas materias fue necesaria, pues hasta el momento no existía gran diferencia entre los estudios sociales, de otra índole, y el Derecho Penal, es decir, hasta antes de este periodo solo se había planteado el problema alrededor del delito y la pena, sin embargo es ahora que se incorpora de una manera más seria al Delincuente, las causas que lo empujan a realizar este tipo de conductas, así como la manera en que lo lleva a cabo; de ésta forma queda establecido el "tríptico" alrededor del cual gira el Derecho Penal... Delito, Delincuente y Pena.

Derivado de lo anterior, surgen nuevos conceptos, cargados de enorme complejidad e importancia, tales como: voluntad, intención, personalidad, readaptación, etc., y que se han manejado por diversas escuelas y corrientes en la medida que se profundiza en el estudio de esta materia.

Las diferentes tendencias para la creación de lo Verdadero, lo Real, pero sobre todo de lo Justo, son recogidas por diferentes tendencias o corrientes, que serán analizadas más adelante dentro de este trabajo; por el momento solo señalaremos que, es precisamente a partir de éste periodo que se puede hablar ya de "escuelas", pues existen propuestas serias para la solución de los problemas referidos a las sanciones, al delito y al delincuente, por lo tanto el pensamiento, la preocupación y la voluntad humana están encaminadas al estudio minucioso y especializado de la búsqueda para la ley que podrá sancionar al delincuente por medio de la aplicación de una pena justa, y que tendrá como fin primordial su readaptación.

ESCUELAS PENALES

PRELIMINARES

El estudio de las diferentes corrientes o tendencias penales, reviste singular importancia dado su carácter de antecedente para la aplicación de penas, así como para la fundamentación de los razonamientos lógico-jurídicos en los que se basan la mayoría de los jueces y órganos punitivos para la conformación de sentencias que, de estar sustentadas con principios vertidos por estas escuelas, serían sin lugar a dudas, un argumento sólido dentro del sistema punitivo, ya que por el contrario, en la mayoría de los casos se aplican solamente reglas y normas actuales, dejando a un lado doctrina reconocida, cometiendo de esta manera, un error de gran magnitud, tanto para la aplicación de sanciones como para la defensa del procesado.

De esta forma, tendremos un análisis de las dos más importantes escuelas penales; la Clásica y la Positiva, así como la llamada Tercera Escuela, formada ésta de la conjunción y lógica evolución de las anteriormente mencionadas.

Dentro de la Escuela Clásica, que numerosos autores mencionan como nacida a partir y con la obra de Beccaria, han existido otros estudiosos que anteceden a la conformación de dicha escuela y a su gran exponente... Francisco Carrara. Considero conveniente referir algunos de estos pensamientos y propuestas como marco inicial para el estudio de dicha escuela.

"Bentham (1748-1832), consideró a la pena como un medio general de prevención de la criminalidad, la amenaza de aplicar un mal (pena), despierta temor en el sujeto, evitándose la comisión de conductas dañosas, la pena es un mal, un castigo que debe ser suficientemente capaz de motivar tal intimidación.

Manuel Kant (1721-1804), para este destacado filósofo, la pena no solo era consecuencia jurídica del delito, sino un imperativo categórico, una exigencia de la razón y la justicia. Su fin es el logro de la justicia y no la utilidad. Kant llegó a sostener que la pena es un mal y que debe ser proporcional al daño causado. Al hacer tal categórica afirmación se aproximó al principio Talional.

Giandomenico Romagnosi (1761-1835), la pena no puede ser tormento ni utilizarse para afligir a un sensible; su finalidad inmediata es la intimidación para evitar así la comisión de nuevos delitos.

Feurbach (1775-1883), afirma que el Estado para lograr la convivencia social debe utilizar la coacción física y psíquica; ésta última se ejerce mediante la amenaza de la pena, la sanción penal debe ser un mal y su fin la intimidación. Sostiene que la aplicación de la pena supone la realización de una acción dañosa previamente establecida por la ley. De la tesis sustentada por este autor, nace el apotegma, hoy universalmente observado, *nullum crimen sine proevia legei nulla poena nisi proevie lege*, es decir, para que la pena coaccione, el coaccionador debe conocer el por que se le coacciona y con que se le coacciona, de donde surgen tres reglas que no admiten excepción de ninguna especie".¹³

"Federico Hegel (1770-1831). - Entiende que la voluntad irracional, de que el delito es expresión, debe oponerse la pena representativa de la voluntad racional, que la ley traduce. El delito es negación del derecho y la pena es negación del delito -.

¹³ Cortés Ibarra, M. A., Derecho Penal, ob. cit. p.p. 42 y 43.

Pellegrino Rossi (1787-1848). Este gran jurista, político, diplomático y poeta, es considerado como uno de los precursores de la Escuela Clásica. Para Rossi, la pena es la remuneración del mal hecha con peso y medida por un juez legítimo. El derecho de castigar tiene su fundamento en el orden moral, obligatorio para todos los hombres y debe ser realizado en la sociedad en que viven, naciendo en esa forma un orden social. El Derecho Penal tiende a la realización de ese orden moral, por lo que no puede proponerse un fin apartado de la justicia moral. El Derecho Penal se manifiesta a los hombres para recordarles los principios del orden moral y darles los medios de elevación hasta la fuente celeste de la cual proviene.

Giovani Carmignani (1768-1847). Se opuso a la doctrina de la justicia moral y al sentido retributivo de la pena. Para este autor el derecho a castigar tiene su fundamento en la necesidad política. Estima necesario que a la represión del delito preceda su prevención. Como a Rossi, se le considera precursor de la Escuela Clásica.

Carlos David Augusto Roeder (1806-1879). Este autor, profesor de la Universidad de Heidelberg, considera que la pena es el medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente; pero tal reforma no debe ceñirse a la legalidad externa de las acciones humanas, sino a la íntima y completa justicia de su voluntad. Roeder afirma que la pena debe tener el carácter de tratamiento correccional o tutelar y su duración estará en función del tiempo necesario para reformar la mala voluntad que se aspira a corregir. Es el fundador de la escuela correccionalista.

Francisco Carrara. Este ilustre jurista consagró su vida no solo a la jurisprudencia, sino también a la ciencia en general, a la filosofía y a la literatura; sucedió a Carmignani en la cátedra de Derecho Penal en la Universidad de Pisa. De entre sus muchas obras destacan: -Opuscoli di Diritto Penale- y -Programa del Corso di Diritto Criminale-, publicadas en 1874 y 1877. Nació en 1805 y murió en 1888. Es considerado como el padre de la Escuela Clásica del Derecho Penal, por que le dio una sistematización impecable. Ha sido objeto de grandes elogios, no solo por parte de los seguidores de su pensamiento, sino también de los Positivistas, sus contradictores. Carrara sostiene que el Derecho es connatural al hombre; Dios lo dio a la humanidad desde su creación, para que en la vida terrena pueda cumplir sus deberes. La Ciencia del Derecho Criminal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistente a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que reconoce dos fuerzas esenciales: una voluntad inteligente y libre y un hecho exterior lesivo del Derecho y peligroso para el mismo. La pena, con el mal que inflige al culpable no debe exceder a las necesidades de la tutela jurídica; si excede, ya no es protección del Derecho sino violación del mismo. La imputabilidad penal se funda en el principio del libre albedrío".¹⁴

¹⁴ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ob. cit, p.p. 53, 54, 55.

I ESCUELA CLÁSICA

Su nacimiento se encuentra referenciado con la obra "Tratado de los Delitos y de las Penas" de Beccaria y culminada por Francisco Carrara, alimentada durante su duración por otros juristas tales como Carmignani, Rossi etc., conformando así toda una evolución jurídica proponiendo a partir de su creación la tendencia alrededor de la cual giraría en gran medida el futuro de la doctrina penal.

Dentro de un panorama característico de esta teoría, tenemos que mencionar lo que muchos autores llaman como "Ausencia de un Carácter Unitario", que ha sido manejado, en la mayoría de los casos y por diversos autores como un "Defecto" de dicha teoría, dado que dentro de la variedad de proposiciones que la conforman se denotan discrepancias y hasta puntos de vista antagónicos, sin que esto quiera decir que no existan conceptos básicos comunes, los cuales mencionaremos más adelante.

Para la adjudicación del nombre "Clásica" a esta teoría –escribe el Maestro Porte Petit- "se designa así por el mismo Carrara". "Ferri, por su parte, expresó ser él quien la llamó "Escuela Clásica", y que lo hizo en un sentido de admiración".¹⁵ Sin embargo, existe otra versión manejada por mayor cantidad de autores para explicar la denominación de "Clásico"; "Los Positivistas del siglo pasado (en especial Enrique Ferri), bautizaron con el nombre de Escuela Clásica a todo lo anterior, a las doctrinas que no se adaptaban a las nuevas ideas,"¹⁶ es decir en un sentido peyorativo hacia lo caduco o a lo viejo. De cualquier forma, ya sea la primera o bien la segunda de las versiones que sea verdadera, y dicho esto dentro de un plano de justicia y no en un afán romántico, estamos de acuerdo en aceptar que el maestro de Pisa culmina de manera brillante la maduración de esta teoría con un poder de lógica reconocido hasta por sus detractores, que si bien el nombre fue dado de manera burlesca o no, esto no cobra importancia ni resta mérito a tan magistral obra.

Para una explicación sencilla de los conceptos básicos, pero sobre todo comunes, de esta teoría, enunciaremos algunos acompañados de una explicación sintetizada, advirtiendo que la comprensión, dada la magnitud de los pronunciamientos de la Escuela Clásica, requiere de un análisis y estudio por separado de este trabajo.

a) Responsabilidad Moral-Penal basada en una conducta libre; al hombre se le ha dado el poder de distinguir entre el bien y el mal, y ya que es libre, puede entonces actuar hacia uno u otro; tiene libertad de elección, y debe entonces responder de haber elegido un acto maligno.

¹⁵ Porte Petit, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, Décimo Tercera Edición, 1990, p. 34.

¹⁶ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 56.

b) "El delito no es un simple hecho. Es un Ente Jurídico".¹⁷ El Derecho tiene el deber de señalar las acciones delictuosas, pero es necesario que el agente activo viole una norma que establece con anterioridad lo prohibido, lo que no debe hacerse o bien lo que ofende y afecta los derechos de los demás.

c) La pena como un castigo (un mal por otro mal). "La pena es la retribución señalada en forma fija".¹⁸ Tal vez hasta como un método intimidatorio para los demás.

d) Método de lógica abstracta, deductivo, teleológico-especulativo, finalista.- El Derecho tiene propósitos ordenadores de la conducta de los individuos en relación con la vida social; por lo tanto este propósito no puede ser resuelto por otra vía más que la teleológica o finalista.

Es precisamente este punto "El Método" el cual ha sido criticado con mayor fuerza, ya que siendo el Derecho parte de las Ciencias Sociales no puede regirse por reglas forzosas de adecuación con la realidad (verdaderas o falsas) que enuncian lo que tiene que ser, sino por normas que proponen lo que debiera ser, sin una obligatoriedad de realización.

La utilización de éste método por parte de los clásicos tuvo otras críticas y para tales efectos Ferri sostiene "que la Escuela Clásica en torno a tal -entidad jurídica- disertó de modo magistral realizando una admirable anatomía jurídica del delito y constituyendo un sistema simétrico de normas represivas con el solo auxilio de la lógica abstracta y apriorística en que consiste precisamente el método deductivo, pero es indiscutible que la Escuela Clásica adoptó en sus construcciones el método deductivo o apriorístico; el método deductivo o de lógica- abstracta hizo perder de vista al delincuente, mientras que en la justicia penal cotidiana él es el protagonista vivo y efectivo que se impone a la conciencia del juez antes y con más fuerza que la -entidad jurídica- del delito y de la pena; que la antropología criminal coincide plenamente con la idea sostenida por él (Ferri), de que se trataba mas bien de aplicar el método inductivo (Galileano) al estudio de la justicia penal, sustituyendo el método deductivo de lógica abstracta; más bien la diferencia profunda y decisiva entre las dos Escuelas se halla, ante todo, en el método: deductivo, de lógica abstracta, para la Escuela Clásica; inductivo y de observación de los hechos para la Escuela Positiva; aquella, teniendo por objeto el -delito- como entidad jurídica; ésta en cambio, el -delincuente- como persona que se revela más o menos socialmente peligrosa en el delito cometido".¹⁹

¹⁷ Porte Petit, Celestino, ob. cit., p. 34.

¹⁸ Castellanos Tena, Fernando, ob. cit., p. 58.

¹⁹ Porte Petit, Celestino, ob. cit., p. 34,35.

La posición que guarda el Delincuente dentro de ésta teoría, constituye un punto de crítica para los enemigos del pensamiento clásico, ya que éste, como sujeto activo, resulta ser el protagonista del Derecho Penal, y por lo tanto requiere un lugar y fuerza propia dentro de cualquier teoría penalista la cual carece totalmente dentro de los planteamientos clásicos.

"Se afirma constantemente que la Escuela Clásica ha olvidado al delincuente. Florian lo cree, y por ello sostiene que la Escuela Clásica apenas lo tomaba en consideración, o por lo menos, le juzgaba de acuerdo con los mismos criterios que a los demás hombres no delincuentes. Igualmente Ferri expresa que ha perdido de vista al delincuente. También toca este problema Ramos, desde un aspecto diferente, anotando que la Escuela Clásica no ignoró al delincuente, sino únicamente no lo considera, por que no lo necesita en su construcción jurídica. Es decir, lo excluye voluntariamente. Y con la oportunidad debida, Aramburu y Zuloaga, advierte que no es exacto que la Escuela Clásica haya olvidado al delincuente y que el reproche que se le hace de olvidar al hombre delincuente en forma constante es injusto pues -se acordaba más del hombre y menos del delincuente-." ²⁰

Pensamos que, la teoría Clásica como tal, cumple un aspecto pura y totalmente jurídico-legal, pero que, si bien resulta práctica como planteamiento de definición no lo es para la aplicación real de penas, pues para tal efecto tendremos que apoyarnos en teorías y escuelas con aspectos innovadores y que tomarán al delincuente y su personalidad como un elemento de enorme importancia.

Para finalizar, transcribiremos la definición de delito aportada por Carrara y que consiste en la "Infracción de la Ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso."²¹

Podemos afirmar que esta definición cuenta con elementos que tienen como característica común encontrarse, franca e ineludiblemente, dentro de un plano legal-jurídico, es decir, son todos ellos elementos de Derecho y por lo tanto delimitan perfectamente los alcances y fronteras que en ella misma se enuncian.

²⁰ Ibidem. p. 35.

²¹ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, ob. cit. p. 58.

II ESCUELA POSITIVA

Surge y se crea como una normal manifestación antagónica de lo ya existente, o sea de la Escuela Clásica, pero también como un fenómeno ocurrido a mediados del siglo XIX y el cual se encaminaba a la naturalización de las ciencias, en una pretendida humanización de todo el quehacer del hombre, haciendo una introspección para encontrar las respuestas que por otros métodos no había podido encontrar.

El Derecho no escapó a esta nueva corriente que se presentó como una necesidad humana, tomando el nombre de "Positivismo"²², adjudicado éste por Augusto Comte, padre de la Sociología, en un afán de estudiar lo tangible y lo real sin negar la existencia de lo absoluto y lo abstracto.

A diferencia de la Clásica, ésta escuela se presenta de una forma lógica y unitaria, de modo que se agrupan pensamientos de diversos tratadistas que coinciden entre sí para darle un nombre... Positivismo.

De los representantes que conforman ésta escuela, destaca la trilogía formada por "Lombroso, con una orientación Antropológica; Ferri, con una orientación Sociológica y Garófalo, con orientación jurídica"²³ sin dejar de mencionar a otros como Fioretti o Gabriel Tardé.

La importancia del estudio de la Personalidad del Delincuente encuentra en César Lombroso una respuesta y un soporte enorme al emitir una Hipótesis Biológica-Orgánica de la cual se deriva la llamada "Morfología del Delincuente". Para Lombroso "el criminal es un ser atávico, con regresión al salvaje, el delincuente es un loco, un epiléptico"²⁴; Ferri acepta que el Delincuente trae consigo elementos que lo predisponen a delinquir, pero señala que estos elementos son heredados y a su vez condicionados por el medio ambiente (de aquí su concepción sociológica). Por último, la concepción jurista corre a cargo de Garófalo al proponer una diferencia entre delito natural y legal, entendido el primero como "la violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad en la medida media que

²² El nombre de "Positivismo", expresa el maestro C. Porte Petit, no es derivado del sistema filosófico de Comte, sino del método experimental que en éste sistema se emplea. Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, p.p. 36.

²³ Juan P. Ramos, curso de Derecho Penal I, p.p. 173-174, segunda edición, Buenos Aires, 1935 - Citado por Celestino Porte Petit, p.p. 36.-

²⁴ Castellanos Tena Fernando, ob. cit., p.p. 64.

resulta indispensable para la adaptación del individuo o la colectividad"²⁵, y el delito legal o artificial, definiéndolo como la actividad contraria a la ley penal pero no lesiva a los sentimientos del sujeto.

Los medios y métodos de que se valen los Positivistas para sustentar su teoría son el Método Inductivo, basado en la observación y la experiencia para crear de ésta manera la norma o regla general conforme a la personalidad del Delincuente.

Sin embargo, es posible que este método funcionara para otras ciencias que tienen el carácter de naturales, como la Antropología, Sociología y Criminología, pero no para el Derecho ni el Delito, el cual -según señala el maestro Villalobos- es un concepto formado en la mente por uno de los llamados "juicios sintéticos Apriori"; el contenido de éste no existe integrado a la naturaleza sino que se integra por el hombre mediante una relación estimativa entre determinados actos frente a la vida social.

Tal y como existen directrices comunes para la Escuela Clásica, también las hay para la Positiva, las cuales expondremos de manera resumida y práctica:

a) Método Experimental, Positivo o Inductivo.- Todo lo rige un carácter científico y se niega lo abstracto, se observa y de esa observación se induce la norma.

b) El Delito es un fenómeno Social y Natural.- El resultado lógico y natural de una acción humana que infringe la ley es la comisión de un delito, por lo tanto, antes de estudiar a este como un ente jurídico habrá que estudiar a quién lo comete, con todos los factores personales y ambientales que hacen del Delito un efecto del estado de peligrosidad del sujeto.

c) Responsabilidad Social.- Se cambia la responsabilidad moral (la potestad de hacer el bien o el mal) por una responsabilidad social en la cual el individuo que hace mal tendrá como consecuencia un castigo, independientemente del libre albedrío; pues en la sociedad en que vive existen derechos y obligaciones.

d) La Aplicación de la Pena estará de acuerdo al estado peligroso.- La pena no es una retribución del resultado de la comisión de un delito, por lo tanto debe aplicarse conforme a la personalidad y peligrosidad del sujeto. Señalando que lo importante como medida para evitar acciones delictuosas será la prevención y no la represión.

²⁵ Ibidem .,p.64.

Respecto de la Responsabilidad Social diremos que: se denota una negación del libre albedrío ya que por naturaleza el Delincuente es un anormal y responde por lo tanto a un impulso dentro de él, es decir, la conducta humana está determinada por factores físicos, biológicos y síquicos, que imposibilitan al sujeto a elegir como actuar.

A raíz de la importancia que le dan los autores Positivistas al sujeto como protagonista de la ciencia penal, surgieron otras tendencias que, al igual que la Positiva, tratan de explicar la actividad delictuosa partiendo de la personalidad o características del individuo; creemos justo mencionar algunas de éstas corrientes, aun cuando esto sea de manera breve.

- **NEOPOSITIVISMO.**- Se basa en nuevas corrientes como la endocrinología o el psicoanálisis y en las que su mayor exponente el maestro Jiménez de Asúa se propone mezclar preceptos puramente positivos. Sin embargo esta corriente fue enormemente criticada, ya que desde su denominación resultó imposible de aceptar, pues para ser y tener la fuerza de una escuela tendría que haber propuesto nuevos o diferentes conceptos a los vertidos por los Positivistas, y no limitarse a realizar una simple depuración de la idea original.

- **"ESCUELA ALEMANA.**- La explicación que da esta corriente, se encuentra fundada en un estudio antropométrico de las extremidades del sujeto; de esta manera un individuo con extremidades de una longitud mayor a las normales estaba predestinado en gran medida a la comisión de delitos.

- **ESCUELA ITALIANA.**- Para los seguidores de esta corriente, el factor detonante para la comisión de Delitos, se encontraba en las medidas y conformación del cráneo del sujeto. De esta manera, aseveran como ejemplos de sus preceptos que, estadísticamente, de diez prógnatas, ocho resultan ser violentos o temperamentales y de igual forma, sujetos con retracción maxilar se inclinan en su mayoría por la comisión de "Delitos pensados".

- **FISONOMISTAS.**- Enuncian como parámetro fundamental de su teoría una total y absoluta similitud entre el Ser Humano y los animales, basándose en la observación y experimentación. Donde, por ejemplo, los rasgos de un individuo que se pareciera a un felino, nos podrían dar indicios de un sujeto con carácter explosivo y temperamental.²⁶

²⁶ J. Dibray García Cabrera, Curso de Criminología, ENEP Acatlán, México 1995.

Finalmente consignaremos que, la escuela Positiva, trae consigo conceptos equivocados e imposibles, tales como; tratar de explicar al delito como un efecto natural e interno al sujeto, por lo que resultaría injusto castigar a quién solo responde a una necesidad orgánica, no teniendo otra posibilidad de actuación, es decir, para los Positivistas no existe uno de los elementos más importantes que conforman el accionar humano... la voluntad, y derivado de ella "la Culpa" que a su vez conforma lo que hoy en día es la base de la acción punitiva... "La Teoría del Delito".

Huella han dejado los estudios y propuestas de esta escuela en materia Penal dejando claro que, no puede olvidarse que el Derecho y su objetivo es el Hombre y por lo tanto los aspectos y elementos para estudiarlo no pueden ser inflexibles ni de naturaleza exacta, sino subjetivos, además esta escuela abrió un amplísimo panorama de estudio para responder con causas personales, endógenas e individuales a la complicada pregunta de ¿Por que el Hombre delinque?.

III TERCERA ESCUELA

Resultado de la pugna entre las Escuelas Positiva y Clásica, y en un afán de descubrir o mejorar los postulados hechos por éstas, surgieron algunas tendencias y autores que, de manera propia, lanzarían teorías con principios recogidos tanto de una como de otra, es decir, teorías Eclécticas. Dentro de estas corrientes encontramos la denominada "Terza Scuola" representada por Alimena y Carnevale, surgida en Italia, la cual pretende:

- * Concebir al delito como un fenómeno social.
- * Negar el libre albedrío y la naturaleza morbosa del Delincuente.
- * Aceptar la Imputabilidad basada en la dirección de los actos (voluntad).
- * La pena como fin la defensa social.

Otros autores eclécticos pertenecientes a esta corriente aportan nuevos conceptos haciendo clasificaciones derivadas de los postulados "Positivos" y proponen una diferenciación de entre delincuentes ocasionales, habituales y anormales.²⁷

POLÍTICO CRIMINAL

Mucho se había especulado acerca de los factores detonantes de la delincuencia. Para unos resultaban ser los individuales, para otros los físicos y para otros más los sociales los que hacían de un hombre "normal" convertirse en Criminal, pues es precisamente Franz Von Liszt, penalista Alemán, quien conjunta los factores anteriormente mencionados y

²⁷ Cfr. Castellanos Tena Fernando, p.p. 70.

agrega un carácter dualista a estos elementos, de esta manera tenemos un cuádruple dualismo: a) Dualismo en el Método; jurídico para el Derecho Penal y experimental para la Criminología; b) Dualismo de la Imputabilidad, Fundada sobre el libre albedrío para los delincuentes normales, y en el estado peligroso para los anormales; c) Dualismo del delito, como ente jurídico y como fenómeno social, causado por factores endógenos y exógenos; d) Dualismo de la sanción: pena finalista para los imputables y medidas de seguridad para los peligrosos.

TÉCNICO JURÍDICA

Si los aspectos teórico-filosóficos no eran capaces de resolver el problema, fue entonces cuando de manera desesperada se intentó enfocarse en el "hoy y ahora", es decir, en el Derecho Positivo.

La pena por lo tanto cumple y es un instrumento que debe estar de acuerdo al ordenamiento jurídico y lograr así tanto prevención como readaptación del Delincuente.

Esta escuela no pretende resolver un "Todo", se preocupa únicamente por la solución actual de manera Técnica. Sus representantes Rocco, Manzini, Massari, Battaglioni, Vannini, etc., votan por constituir al Delito como una relación jurídica y no como hecho natural.

LA PENA

La palabra "PENA", deriva del vocablo latino "POENA" el cual a su vez tiene su origen en la voz griega "POINE", que significa dolor, en relación con el sufrimiento "PHONOS" que quiere decir: trabajo, fatiga, sufrimiento.

Por lo tanto, atendiendo a su etimología, la palabra PENA denota el dolor físico y moral que se le impone al transgresor de una ley.

Innumerables son las definiciones intentadas respecto de la pena. Casi podríamos decir que no ha habido tratadista dentro del campo del Derecho Penal, que no haya contribuido con la suya, enfocada, en cada caso, desde en ángulo particular de su pensamiento o de la escuela a que pertenece.

A continuación citamos diversas definiciones que contiene la Enciclopedia Jurídica OMEBA:

"Ulpiano define la pena como la venganza de un delito.

Por su parte, César Bonesana, Marqués de Beccaria, la cita como "el obstáculo político contra el delito",

Así mismo para Francisco Carrara, "es el mal que, en conformidad con la ley del Estado, los Magistrados infringen a aquellos que son, con las formas debidas reconocidos culpables de un delito".

Así también Pessina, la establece como "el sufrimiento que recae sobre aquél que ha sido declarado autor de un delito, como único medio de reafirmar el Derecho; agregando que no es un mal sino un justo dolor al injusto goce de un delito".

Igualmente Cuche, la define como "la reacción de la sociedad contra el autor de un crimen".

De la misma forma Vidal la concibe, como "el mal infligido a quién es culpable y socialmente responsable de un delito".

Ahora bien, Liszt, la considera como "un mal impuesto por el juez para expresar la reprobación social que afecta el acto y al autor".

Para Eugenio Florian, la señala como, "el tratamiento al cual es sometido por el Estado, con fines de defensa social, quien quiera que haya cometido un delito y aparezca como socialmente peligroso".

Sebastián Soler, la expone como "un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución, consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos".²⁸

Ignacio Villalobos, nos dice que "la pena, es un castigo impuesto por el poder público al delincuente como base en la ley para mantener el orden jurídico".²⁹

De raigambre clásica es la definición de la pena que dice: es retribución, esto es, una privación de los bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable.

Así mismo, la pena canónica significa, según el canon 2215 que: "pena eclesiástica es la privación de algún bien, impuesta por la autoridad legítima para corrección del delincuente y castigo del delito".³⁰

Ahora bien, podemos mencionar que todas estas definiciones coinciden con dos elementos comunes: la pena es un mal y se sanciona como consecuencia de un delito cometido, por lo que, la pena en nuestro Derecho es una consecuencia del delito, pues

²⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Argentina, Editorial Driskill S.A., 1978, p.p. 750.

²⁹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p.p. 522.

³⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit. p.p. 1005.

existe cuando la acción se haya penado por la Ley (art. 5° del Código Penal vigente en el Estado de México). Al efecto cabe señalar que el texto Constitucional del párrafo tercero del art. 14 que a la letra dice: "en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata". (Precepto que recoge el postulado de validez universal: Nulla Poena Sine Lege Nullum Crimen Sine Poena Legale).

Carrancá y Trujillo observa también que "la pena es también un mal, pues con el propósito de favorecer al reo, o sea, de causarle un daño menor, en nuestro Derecho se declara que son aplicables retroactivamente las leyes nuevas que disminuyan con otra menor (art. 2° del Código Punitivo Estatal); o bien, que pueden los reos en caso de ser aplicables los Códigos derogados, acogerse al más favorable (párrafo 2° del citado ordenamiento legal)".³¹

CONCEPTO

Resultan interesantes los aspectos y elementos manejados dentro del siguiente párrafo, que se transcribe con el objeto de evidenciar lo complicado que por su propia naturaleza resulta ser éste.

"El concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como consecuencia, e históricamente aparejada a él la idea de castigarlo, y allí nace la pena. El concepto de sanción es, en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas. Podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa.

La pena presenta un doble aspecto, el de prevención y el de represión, o lo que es igual significa una amenaza y constituye una ejecución. Ambos deben plantearse conjuntamente, pues si bien la represión es la consecuencia o el cumplimiento de la amenaza, la sistematización total de los principios no se logra refiriéndose solo a uno de los momentos.

La represión se hace efectiva mediante los órganos del Estado, con un procedimiento prefijado contra el autor de un delito. La primera tarea del legislador será la de valorar prudente y adecuadamente las magnitudes penales, y la de valorar de igual manera el bien jurídico al que la pena se vincula. Por ello constituye un gran error creer que la base del Derecho penal es la de suprimir el delito, como también lo es el aumento inmoderado de las penas, ya que las sanciones psicológicamente eficaces son las penas justas.

³¹ Carrancá y Trujillo, Derecho Penal Mexicano, ob. cit. p.p. 439.

La pena difiere con la indemnización de daños y perjuicios, por que aquella constituye siempre un perjuicio (como lo es por ejemplo, la multa) en tanto que esta es una justa devolución o compensación; y por que mientras la pena es personalísima, la indemnización afecta solo al patrimonio. La pena hiere al delincuente por que este ofendió algo más que un derecho privado e indemnizable; por eso se castiga, verbigracia, al ladrón que devuelve el efecto sustraído, a pesar de ello.

La pena no es solamente un mal sino que también adquiere un neto carácter represivo, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, con la prisión preventiva, y el arresto de testigos, que también son males pero no adquieren aspecto represivo.

La represión como restauración del orden violado sólo podemos entenderla, sustituyendo la concepción temporal de la realidad con lo eterno. El tiempo, como el espacio, es sólo apariencia. Por eso, lo que ha ocurrido -el delito- no puede convertirse en no ocurrido, por que nuestros ojos no consigan ver la represión, aunque con la ayuda de la razón podemos tratar de superarlo. Por eso, como bien expone Carnelutti en "El problema de la pena", debemos tener el atrevimiento de pensar que la pena elimina el delito, ya cometido. Si el daño, como hecho material, no se presta a ser cancelado, otra cosa ocurre con el delito como hecho espiritual, pues para el espíritu que es eterno, no hay pasado. Y por eso también, para el cristiano, el arrepentimiento apareja el perdón, y éste destruye el pecado. La prevención puede ser general o especial. La prevención general es un obstáculo psíquico puesto por el Derecho, es una amenaza. Si se acepta la tesis positivista de la anormalidad patológica del delincuente, toda amenaza sería inútil, pues éstos anormales delinquirían lo mismo, a pesar de la prevención. Sin embargo, cabe advertir el contrasentido que significa que, nada menos que Enrique Ferri, lanzó leyes amenazantes en su proyecto para el Código Penal Italiano, y que otro tanto hicieran entre otros, Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, ambos de reconocida filiación positivista, en su proyecto para el Código Penal Argentino de 1937.

La prevención especial significa que la sanción debe tener eficacia preventiva para evitar futuras y nuevas transgresiones a la ley penal, por aquél que se hiciera posible de la aplicación de la pena. Se trata de un capítulo de Derecho Penal, enriquecido en los últimos años por los progresos de la psicología y de la psiquiatría, por la renovación de los sistemas carcelarios y por una mejor comprensión y estudio de las causas generadoras de la delincuencia. Ello ha traído como consecuencia un tratamiento específico de defectuosos; un particular régimen para los menores delincuentes; la sustitución de las penas privativas de libertad de corta duración por otros institutos penales; la aparición en las legislaciones de la sentencia indeterminada, la condena de ejecución condicional, la libertad condicional, el perdón judicial, la rehabilitación, etc.; y evidentes progresos en la técnica penitenciaria.

Pasando a otros aspectos de éste vasto tema que es la pena, señalemos que la sociedad reacciona contra el delincuente mediante la pena impuesta por el poder social. Para algunos constituye un mal -como ya viéramos- por que es un sufrimiento impuesto al delincuente, que en alguna época pretérita recayera también sobre su familia, para obtener fines diversos, tales como la expiación, la intimidación, la corrección, etc. Antiguamente se

prodigaba sin medida, en tanto que hoy, cada vez más, se reduce a los límites estrictamente necesarios.

Pero como también viéramos ya, hay quienes niegan que sea un mal. Así Florian, Roeder y Dorado Montero nos señalan que la pena constituye un mal sólo para quienes la consideren de un modo puramente exterior, ya que el mal no es fin, sino un medio para obtener fines socialmente útiles. Según Finger los criterios que han de primar en las penas, serán el de la humanidad del medio penal, el de la moralidad en el mejoramiento del individuo; el de la personalidad, pues sólo debe recaer sobre el culpable; el de la igualdad; el de la legalidad; el de la divisibilidad; el de la economía y el de la revocabilidad, en caso de error.

Por su parte, Carrara distingue tres significaciones distintas de la pena. En un sentido general, se caracteriza por cualquier dolor. En un sentido especial, es un mal sufrido por causas nuestras, de ahí el concepto de penas naturales. Y en un sentido especialísimo, es el mal que la autoridad civil infringe a un culpable por causa de su delito. Sostiene el ilustre maestro de Pisa, que el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad, pues el delito no sólo ofendió a ésta disminuyendo en los ciudadanos la opinión de la propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo. Y agrega, que el fin último de la pena está dado por el bien social que aspira a restaurar.

De la misma manera que construyera un sistema de fuerzas inherentes al delito, Carrara formula el de las fuerzas inherentes a la pena. Según él, la pena lleva implícita una fuerza física y una fuerza moral, y en cada una de ellas comprende un aspecto subjetivo y otro objetivo. La fuerza física subjetiva está dada por los actos materiales con los cuales se irroga al reo al mal que constituye la punición. La fuerza física objetiva es el bien quitado al delincuente, su efectivo padecimiento, calculado en razón compuesta de su duración, y de su intensidad. (A la identidad de fuerza física subjetiva, puede responder notable diferencia en la fuerza física objetiva; así, por ejemplo, mil pesos de multa inciden diversamente en un delincuente rico o en una pobre, como inciden distintamente, veinte años de prisión en un penado anciano o en otro joven). La fuerza moral subjetiva, procede de la voluntad racional del juez competente que aplica la pena. Y la fuerza moral objetiva, es el diverso resultado que la pena causa en los ciudadanos tranquilizando a los buenos y refrenando a los malos. La gran eficacia política de la pena surge de su fuerza moral, ya que, mientras de la fuerza moral del delito nace la ofensa social, de la fuerza moral de la pena nace la reparación social.

La pena se presenta como la reacción social ante un hecho que va contra una organización social determinada; por eso no se concibe sino en un Estado en el que exista autoridad con facultad de castigar.

Algunos autores, Solera entre ellos, señalan que la pena trae aparejada la disminución de un bien jurídico. Ello así, por que para castigar, el Derecho priva de algo que estima valioso (vida, libertad, patrimonio, derechos), lo que no se enerva por que, en algún caso en particular como el del vagabundo encarcelado en la estación invernal, un

delincuente determinado no reciba la pena como un mal. Lo importante es destacar como se ha ido evolucionando en la materia, desde el primitivo concepto que equiparaba la pena a un sufrimiento, a lo que no ha sido ajeno al intenso movimiento humanitario nacido durante el transcurso del siglo XVIII, y que tiene como bandera el nombre bendecido de Howard.

También resulta interesante anotar que, según la característica de los pueblos han variado las concepciones del delito y de la pena. En Estados teocráticos las penas más severas se infligían a los delitos de blasfemia y sacrilegio; en Estados agrícolas, al robo y a la destrucción de cosechas; en Estados comerciales, a la violación de la buena fe de las operaciones de esa índole; en Estados militares, a la insubordinación; en Estados absolutistas, a los atentados contra el gobernante.

Concluyendo y recordando que Rodolfo Von Ihering, en la evolución del Derecho, afirma que la sociedad sólo acude a la pena cuando no puede restablecer el equilibrio roto por el delito, por otros medios. Se trata, por lo tanto, de una cuestión de pura política social. La pena es legítima cuando la sociedad no puede prescindir de ella, pero la amenaza de la pena es vana si no es seguida por la efectiva represión del delito cometido. Pero la justicia de la pena estará dada así mismo, por la tarifa de las penalidades, que es la medida del valor de los bienes sociales protegidos, y éste valor varía según los pueblos, aún en una misma época".³²

I NATURALEZA DE LA PENA

La naturaleza de pena, cita Jiménez de Asúa, que:

"No puede ser más que retributiva, se es culpable de un hecho reprochable; la pena, pues, es una consecuencia del reproche, y debe ser retributiva del delito. Además cualquiera que sea su fin, produce un sufrimiento en los sujetos. Nosotros decimos: sufrir una pena. Y en consecuencia el que la sufre debe sentirla como un mal.

Si quitamos a la pena su naturaleza y sus efectos no podrá ejercer la prevención general que es la única función que realmente produce. Las personas que saben que una acción está amenazada con una pena por las leyes, y que ésta pena sigue a la ejecución de éste acto, experimentan una intimidación, precisamente por que la pena es retributiva y produce la pérdida de un bien jurídico (libertad, suma de dinero, funciones, etc.).

En la naturaleza de la pena es donde se haya la esencia que unifica las penas, por variadas que se presenten, la privación de la libertad y la multa, son penas porque son retribución del delito perpetrado. Y puesto que intimidan a quién las sabe conminadas en la ley y al ejecutarlas en los que las merecieron, cumplen con la prevención general."³³

³² Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit. p.p. 767-768.

³³ Jiménez de Asúa, Luis, El criminalista, Tomo II, Segunda Serie, Buenos Aires, Zavala- Editor, 1958, p.p. 148-149.

Por su parte -Cuello Calón- menciona que: "la pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, ésta es su esencia misma. La idea de retribución exige que el mal del delito siga a la aflicción de la pena la reintegración del orden jurídico violado, y el establecimiento de la autoridad de la ley infringida para la realización de la justicia.

La pena siempre es retribución, pues aún cuando no pretenda conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejan del delito a los miembros de la colectividad por miedo al mal que contiene, que generalmente se admite, ni que aspire directamente a semejante función de prevención general, o sea, que se proponga la reforma del penado, no obstante estos beneficiosos resultados o laudables aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo. No es la retribución como algunos afirman con reproche, una venganza encubierta, no aspira como ésta a obtener satisfacción por el agravio sufrido; sus fines son más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio que son fundamento de la vida moderna y social, y protegerlos y restaurarlos, en caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que no son, como ciertas doctrinas sostienen ideales y abstractas, sino reales y tangibles".³⁴

De lo anterior podemos inducir que la existencia de la pena deriva en gran medida del principio aquél de que "lo Justo es darle a cada quién lo que merece" es decir, una justa retribución de un mal por un mal. La Pena entonces, queda justificada en la medida que, "el mal merece un mal".

Sin embargo, existen diversas corrientes para explicar los fundamentos y fines de la pena:

a) Teorías Absolutas.- Dentro de las teorías consideradas absolutas, tenemos exponentes como Kohler, Kant, Hegel etc., quienes consideran a la pena como una consecuencia lógica y natural de la "Justicia"; si la pena busca y consigue algo... esto será secundario, pues dentro de un primer plano la pena es una repercusión, una retribución y un merecer de existencia.

b) Teorías Relativas.- Si bien la concepción absolutista de la pena, despojó a ésta de una finalidad, la corriente relativa justificó su existencia en ponerla como el medio para lograr el orden social anhelado; por lo tanto, la fuerza total de la pena estriba en la persecución de la paz y el respeto como meta final.

³⁴ Cuello Calón, Eugenio, La Moderna Penología, Represión del delito y tratamiento de los delinquentes. Penas y Medidas. Su ejecución. Editorial Bosch. Urgel, Barcelona. p.p. 17-18.

c) Teorías Mixtas.- A partir de las disposiciones pretendidas con anterioridad, obviamente antagónicas, surge la mezcla y conjunción en una sola, de ahí la razón de su nombre. Sin embargo los razonamientos y motivos que propone Rossi, como uno de los difusores de ésta corriente señalando que es debido aceptar tanto un orden moral como un orden social, y aplicable a ellos una justicia. "Esta no es sino la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legítimo, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad."³⁵

Eugenio Cuello Calón afirma que: "Si bien la pena debe aspirar ala realización de fines de utilidad social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia, cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena, aún cuando tienda a la prevención, ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos tradicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión criminal un tono moral que la eleva y ennoblece."³⁶

II FÍN Y CARÁCTER DE LA PENA

Los fines y caracteres atribuidos a la pena por las distintas concepciones, es muy diverso:

"Martínez de Castro, refiriéndose al Código Penal de 1871, expresó que un de los más importantes fines de la pena, es la enmienda del penado, y que los gobiernos deben a toda costa corregir a éste. En una palabra la corrección moral del delincuente, como fin último de la pena".³⁷

Para Carrancá y Trujillo, el código penal de 1929, señala a la pena como fin "prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación, o curación de su estado y la defensa social que exijan".³⁸

³⁵ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p.p. 306.

³⁶ Derecho Penal, t.I, p.p. 536, Barcelona, 1947, - Citado por Castellanos Tena Fernando, ob., cit., p.p. 307.

³⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 437.

³⁸ Ibidem p.p. 438.

Con Cuello Calón, encontramos los siguientes fines y caracteres de la pena:

FINES

"Para este autor, en este punto predominan dos principios antagónicos:

I. El de la Expiación o Retribución, que da ala pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido; y

II. El de la Prevención, que aspira, como su nombre lo indica, a prevenir la comisión de los delitos.

La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, se denomina: Individual o Especial y cuando se ejerce sobre la colectividad en general, se llama Prevención General.

CARACTERES

a)Es un sufrimiento, o sentido por el penado, como un sufrimiento.

b)La pena es pública, impuesta por el Estado, para la conservación del orden jurídico o para restaurarlo cuando haya sido perturbado por el delito.

c)La pena debe ser impuesta por los tribunales de Justicia como consecuencia de un juicio penal.

d)Debe ser personal, debe recaer solamente sobre el penado de modo que nadie puede ser castigado por hechos de otros.

e)Debe ser legal; establecida por la ley, y dentro de los límites por ella fijados, para un hecho previsto por la misma como delito".³⁹

Para Carrancá y Trujillo, tratadista mexicano, señala que: "el FİN de la pena es la TUTELA JURÍDICA de los bienes y su fundamento es la justicia".

CARACTERES:

"Y para que sea consecuente con su fin, la pena ha de ser:

1.- Eficaz.

2.- Aflictiva.

3.- Ejemplar.

4.- Cierta.

5.- Pronta

6.- Pública.

7.- De Naturaleza que no Pervierta al Reo.

Y para que cumplan con su fundamento, la pena debe ser:

1.- Legal

2.- Inequivoca

³⁹ Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Novena Edición, Editorial Nacional, 1975, p.p. 579-582.

- 3.- No excesiva
- 4.- Igual
- 5.- Divisible
- 6.- Reparable.⁴⁰

Según Ignacio Villalobos, la pena tiene los siguientes fines y caracteres:

"Como fines últimos: la justicia y la defensa social.

Como fines inmediatos deben ser:

a) Intimidatoria, sin la cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.
 b) Ejemplar, para que no solo exista una conminación teórica en los códigos, sino que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.

c) Correctiva, por que aun cuando afecta la libertad, se aprovecha el tiempo de su duración para llevar a efecto los trámites de enseñanza curativos o reformativos, para prevenir la delincuencia.

d) Eliminatoria, temporalmente mientras se puede lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad; o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles.

e) Justa, por que si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo, siendo absurdo defender la justicia con injusticias.

CARACTERES

De los fines anotados anteriormente, se desprenden los siguientes caracteres de la pena.

a) Para que la pena sea intimidatoria debe ser:

AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente.

CIERTA, pues la sola esperanza de eludirla, deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

LEGAL, ya que solo así será conocida de antemano.

b) Para que sea ejemplar, debe ser:

PÚBLICA, en cuanto llegue al conocimiento de todos los individuos la realidad del sistema penal.

c) Para ser correctiva, debe disponer de medios:

CURATIVOS, para los reos que lo requieran;

EDUCATIVOS, comprendiéndose los medios conducentes a la formación moral, social, de orden, de trabajo y de solidaridad;

ADAPTACIÓN, al medio para la prevención de futuros delitos.

⁴⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 535.

d) Las penas eliminatorias se aplican por sí mismas y pueden llegar a ser la de muerte, la de reclusión o de relegación perpetua, o el destierro.

e) Para ser justas, todas las penas deben ser:

HUMANAS, de suerte que no descuiden al reo como persona.

IGUALES, habrán de mirar solo a la responsabilidad y no a categorías de personas, pero procurando efectos equivalentes. Vgr.: no hay igualdad si se impone una multa de mil pesos a un indigente y a un potentado.

SUFICIENTES, no más ni menos de lo necesario para redimir al delincuente.

REMISIBLES, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han satisfecho sus fines.

REPARABLES, para ser posible una sustitución total en caso de error.

PERSONALES, o sea que se apliquen solo al responsable.

VARIAS, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso.

ELÁSTICAS, para que sea posible también individualizarlas, en cuanto a su duración".⁴¹

Por su parte, Miguel Angel Cortés Ibarra, refiere que los caracteres de la pena son los siguientes:

a)"La pena es compensación, retribución del daño social causado por el delito cometido, en este aspecto es un mal, desde el momento que priva específicos bienes jurídicos (vida, libertad, patrimonio, etc.), tiene el carácter de castigo; pero no debemos entender este concepto como aflicción o dolor sino como una medida preventiva: procurar que el delincuente no recaiga en el hecho punible.

b) La pena desempeña una función de prevención general de la criminalidad. La pena abstractamente determina en los particulares delitos que la ley define, constituye una amenaza general, mediante la cual se ejerce "coacción psíquica" a los individuos, procurando así, el Estado, evitar la comisión de delitos. Con la promesa de un "mal" aplicable a quién incumpla la ley penal, se procura prevenir la delincuencia, y:

c) La pena tiene por fin la prevención especial de criminalidad. Mediante la aplicación de la pena se persigue la resocialización del delincuente, su reeducación o enmienda con miras a prevenir la repetición del acto dañoso. Debe ser apta para destruir todos aquellos factores que determinaron al sujeto a delinquir. Para tal efecto, es imprescindible contar con establecimientos penitenciarios adecuados, personal especializado, (médicos, psiquiatras, maestros, trabajadores sociales, etc.) que aplicando formas y tratamientos apropiados se logre el conocimiento expresado".⁴²

⁴¹ Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, ob., cit., p.p. 523-526.

⁴² Cortés Ibarra, M.A., Derecho Penal, ob., cit., p.p. 481-482.

Por último, el maestro Castellanos Tena, resume de manera ejemplar los fines y caracteres de la pena:

"Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser INTIMIDATORIA, es decir, evitar la delincuencia por temor de su aplicación; EJEMPLAR, al servir de ejemplo a los demás y no solo al delincuente, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; CORRECTIVA, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; ELIMINATORIA, ya sea temporal o definitivamente, según el condenado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, JUSTA, pues la injusticia acarrearía males mayores, no solo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar sociales".⁴³

CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

GENERALIDADES

Aún cuando esta trabajo delimita el estudio de las penas a una clasificación para el Estado de México, creemos oportuno mencionar, en primer término, una clasificación de ellas un poco más amplia con el objeto de establecer una idea inductiva, para de esta forma, llegar a un contexto puramente estatal.

Así pues, una clasificación completa y reconocida es la que señala y respalda el maestro Ignacio Villalobos, siendo una de las más completas:

a)"Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí, pueden ser:

PRINCIPALES.- Son las que la ley señala para el delito y el Juez debe de imponer en su sentencia.

COMPLEMENTARIAS.- Aquéllas que, aunque señaladas también en la ley, su imposición puede tomarse como potestativa, se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y por esto, por su naturaleza y su fin se considera secundarios.

ACCESORIAS.- Que son aquéllas que, sin mandato expreso del Juez, resultan agregadas a la pena principal: como la interdicción para el ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión, imposibilidad para ejercer cargos con el albaceazgo, la tutela, etc.

b) Por su fin preponderante, pueden ser:

INTIMIDATORIAS.- Que son todas las verdaderas penas, pero con exclusividad y las prisiones de corta duración.

⁴³Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p.p.307.

CORRECTIVAS. - Carácter que debe suponerse también en toda pena, excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de la libertad, y por lo tanto, dan oportunidad para someterle a un régimen o tratamiento adecuado.

ELIMINATORIAS. - Que son temporalmente o en forma parcial, como se ha dicho, todas las privativas o restrictivas de la libertad; y perpetuamente la de muerte, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida y el destierro, donde las hay.

c) Por el bien jurídico afectado, puede ser:

LA PENA CAPITAL, que priva de la vida.

LAS PENAS CORPORALES, son aquellas que se aplican directamente sobre el cuerpo de las personas como: los azotes, marcas o mutilaciones.

PENAS CONTRA LA LIBERTAD, que pueden ser solo restrictivas de este Derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a un determinado lugar; o bien privativas del mismo, como la prisión.

PECUNIARIAS, consisten en imponer la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales. Vgr., la multa.

CONTRA OTROS DERECHOS, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando estas puedan tomarse más bien como medidas de seguridad".⁴⁴

Advertimos que, temas derivados de la aplicación de penas y de sanciones, tales como; "Penas y medidas de Seguridad y Pena de Muerte"⁴⁵ requieren un estudio profundo y detallado; sin embargo no podemos dejar de mencionar que existen diferencias notables entre el concepto de penas y el de medidas de seguridad, ya que "La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad, sin carácter afflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc."⁴⁶

Y para reforzar esta idea, coincidimos con el maestro Ignacio Villalobos, en señalar que los medios de prevención de la delincuencia, en muchas ocasiones, son actividades propias del Estado y de su función en gobernar, Vgr., (educación y alumbrado público),

⁴⁴ Villalobos, Ignacio, ob., cit., p.p. 526-527.

⁴⁵ Véase Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, "Sanciones Corporales" p.p. 445.

⁴⁶ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p.p. 309.

mientras las medidas de seguridad van dirigidas a una persona determinada.

Ahora bien, del controvertido y apasionante tema que es la Pena de Muerte señalaremos que, por lo menos, y dentro del campo del Derecho (al margen de otros aspectos del ser humano, como la pasión o la ignorancia, etc.) la tendencia señala a la no aceptación de la Pena de Muerte, según lo señalan las premisas y reflexiones de estudiosos, como Carrancá, el cual indica que:

- En todos los casos es irreparable, y la sola posibilidad de que exista un error judicial es suficiente para no aceptarla.

-Sobre su utilidad solo mencionaremos que "Voltaire afirmaba con fina ironía, que un hombre ahorcado no es útil para nada y veinte ladrones vigorosos condenados a trabajar en las obras públicas todo el curso de sus vidas son útiles al Estado por sus suplicios, en tanto que su muerte solo habría sido útil al verdugo, que cobra por matar públicamente a los hombres..."⁴⁷

- Es contraria a las leyes de la naturaleza las que están por encima del hombre, por lo tanto ilegítima.

-Es de ejemplo adverso, ya que despierta instintos bajos, brutales y sanguinarios.

-Estadísticamente no intimida ni evita la comisión de otros delitos, por lo tanto no resulta imprescindible.

-No es necesaria ya que existen otros métodos que la suplen.

-No es un escarmiento ya que con su aplicación se priva de la vida del Reo.

-Es de aplicación desigual ya que solo se implementaría para el desvalido y el humilde, es decir aquel que no tuviera recursos para cuidar su proceso.

-A nadie beneficia la extinción de una vida, y por el contrario sí el que una vida trabaje en pro de la sociedad.

-El homicidio que comete el Estado, deriva de un proceso através de sus órganos, y ya que el hombre no puede disponer de la vida de otros resulta más grave éste acto que el que se castiga.

Son innumerables los tratados y reflexiones, así como las modificaciones a las legislaciones de muchos y diversos países en los cuales queda evidenciado que la tendencia abolicionista de la pena de muerte es el camino a la superación y de un "Estado Civilizado".

III CLASIFICACIÓN DE LA PENAS EN EL ESTADO DE MÉXICO

Nuestro Código Punitivo vigente en la Entidad, en su artículo 25 enumera las penas y medidas de seguridad, sin distinguir unas de otras, mediante las correspondientes definiciones legales, dejando que su distinción corresponda a la doctrina, pues son de las que se vale el poder público para prevenir o sancionar conductas delictivas, como se manifiesta en la exposición de motivos que da origen al citado ordenamiento legal en su

⁴⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 446.

más próxima actualización, dada en la Ciudad de Toluca, México, a los 22 días del mes de Diciembre de 1985.

Según el artículo 25.- Las penas y medidas de seguridad:

- I. Prisión;
- II. Multa;
- III. Reparación del daño;
- IV. Trabajo en favor de la comunidad;
- V. Confinamiento;
- VI. Prohibición de ir a un lugar determinado;
- VII. Decomiso de instrumentos y efectos del delito;
- VIII. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones, empleos, o comisiones;
- IX. Suspensión y privación de derechos;
- X. Reclusión;
- XI. Amonestación;
- XII. Caución de no ofender;
- XIII. Vigilancia de la autoridad;
- XIV. Publicación de sentencia; y
- XV. Decomiso de bienes producto de enriquecimiento ilícito.

Para la doctrina, quedan con claro perfil de penas: la prisión, la sanción pecuniaria (multa), el pago de la reparación del daño y la publicación especial de sentencia; en virtud de que miran a la prevención, se trata más bien, de una prevención indirecta connatural en toda pena, y no de la prevención propia de las medidas de seguridad.

Cabe mencionar que el espíritu del código para el Estado de México de 1961 deja de lado las tendencias tanto Clásica como Positiva, ya que solo se limita a realizar un catálogo de delitos y penas, dejando a la doctrina el estudio de las corrientes o escuelas penales.⁴⁸

Ahora bien, como conclusión debo decir que la inmensa mayoría de autores están de acuerdo en afirmar y reconocer que el Estado tiene como fin el orden social, reprimiendo ciertos actos que dañan o pueden dañar su existencia. Para la sociedad de hoy, aparece como una función necesaria de defensa social, sin la cual sería imposible mantener el orden público, tal y como se concibe actualmente, pero sin violar los derechos subjetivos públicos de los gobernados; logrando con esto, la convivencia social, mediante la imposición de sanciones a los infractores. Objetivamente hablando, exponemos el criterio sustentado por nuestro más alto Tribunal Federal, que a la letra dice:

⁴⁸ Véase, Porte Petit, Celestino, "Evolución Legislativa Penal en México", ob., cit., p.p. 67.

2006 PENAS INUSITADAS, (legislación penal federal).- El Congreso Constituyente de 1857 comprende entre las penas prohibidas, aquellas penas que no se han aplicado en determinado lapso, atendiendo preferentemente a lo inhumano, cruel o infamante de las mismas, contrario a los principios que caracterizan las penas en los tiempos modernos de ser morales, personales, divisibles, reparables y ejemplares. Esto significa que el concepto de inusitado no tiene un valor absoluto y que hace referencia a un punto de comparación de lo que no se usa.

Amparo Directo: 417/58/1- Fausto Valverde Salinas. Resuelto el 3 de Febrero de 1959, por unanimidad de 5 votos. Ponente el Sr. Mtro. Juan José González Bustamante, Srío. Lic. René González de la Vega.

Primera Sala -informe 1959, pág. 53, Sexta Época, Vol. XX, Segunda Parte, pág. 151.

DETERMINACIÓN DE LA PENA; SUS BASES, INDIVIDUALIZACIÓN Y FASES.

1 SUS BASES

El argumento sustentado para la existencia de la Pena y por lo tanto del Derecho Penal, no puede ser aislado y único, ya que es precisamente en y dentro de la naturaleza humana que encuentra su motivo y razón de ser. De esta manera las bases de la Pena no obedecen a teorías, corrientes o formas de pensar, sino a una lógica y obvia necesidad de existir como medio de reintegración al orden social que ha sido quebrantado.

"En su lucha incesante contra el crimen la sociedad, por medio del Estado, organiza jurídicamente la represión con fines adecuados, dando origen al Derecho Penal; en tanto que el pensamiento científico sistematiza la investigación de los fenómenos relacionados con el delincuente, el delito y la pena, dando así origen a las ciencias criminológicas.

El Derecho Penal es tan viejo como la humanidad. Nació con ella, quizá antes que ella para los que admiten las regulaciones regidas por el instinto en el mundo animal; y ya que no puede decirse que fuera la primera de todas en el orden cronológico, tuvo en los orígenes un desarrollo muy superior al de las otras ramas del Derecho; lo que se comprende con solo considerar la eficacia del medio coactivo que siempre representa la pena, para los hombres".⁴⁹

⁴⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 16.

Natural resulta inducir pues que, la pena es la manifestación antagónica del "Respeto al derecho de los demás". La violación al enunciado antes expuesto demanda un castigo y el Derecho Penal es la garantía Social de la efectividad del mismo.

"El fin del Derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero no corresponde al Derecho Penal tutelarlos todos sino solo aquellos intereses especialmente merecedores y necesitados de protección, dada su jerarquía, la que se le otorga por medio de la amenaza y ejecución de la pena; es decir, aquellos intereses que requieren una defensa más enérgica (Liszt)".⁵⁰

II DETERMINACIÓN PENAL DEL POSITIVISMO

"Para el positivismo, el delito es la expresión extrema de un pensamiento causalista mecanicista, en que el delito es la causación de un resultado socialmente dañoso. El autor causa la lesión socialmente dañosa, por que está determinado a ello y la sociedad responderá con la sanción que está determinada a defenderse. La medida de la sanción penal será la que requiera la neutralización de la determinación del sujeto del delito (que es la peligrosidad).

El artículo 20 del proyecto de Ferri, decía: "En los límites señalados por la ley, la sanción se aplicará al delincuente según su peligrosidad".

Para un derecho, según el cual el hombre es un ente determinado y el delito es un síntoma de una determinación socialmente dañosa, el delincuente no es más que un ente peligroso y la sanción no es otra cosa que una medida necesaria para neutralizar su peligrosidad. Si los autores son inimputables o imputables, mayores o menores, solo interesa para saber como neutralizar su peligrosidad, pero las sanciones que se aplican a todos son idénticas en su naturaleza no pudiéndose llamar "penas", por que pasa a segundo plano el contenido penoso que tienen para el autor. El Derecho Penal, así concebido, no se distingue del derecho de policía del Estado, respecto de las cosas peligrosas. El delito se compone de la dañosidad social y de la peligrosidad del autor; la sanción o medida está dada por la peligrosidad, que se pone de manifiesto con la dañosidad de la conducta (Ferri)".⁵¹

⁵⁰ Ibidem, p.p. 20.

⁵¹ Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V, México, Primera Edición, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1988, p.p. 282-283.

Como noticia histórica Carrancá y Trujillo menciona que: "En el antiguo Derecho, las penas estaban determinadas de modo absoluto, así se ve en la Ley de las XII Tablas. Solo hasta después durante el Imperio Romano, al extenderse la idea de la EXTRAORDINARIA COGNITO, se concedió al juez facultades para ser él quién fijara el grado de la pena según las circunstancias. Ello dio lugar a que las leyes se las reconocieran; solo que así impero mayor arbitrariedad, por falta de una ciencia penal y de libertad en los ciudadanos para reclamar frente a los excesos desmedidos del Estado, individualizando la pena, pero únicamente para privilegio de los poderosos. Ante la injusticia de las desigualdades personales, finalmente volvió a preferirse la taxativa determinación legal de la pena".⁵²

"La Escuela Clásica considera que la determinación de la pena debe tener por base una relación de PROPORCIONALIDAD entre ésta y el delito. Presenta dos aspectos, UNO CUALITATIVO (proporcionalidad cualitativa), según el cual los delitos más graves deben ser penados con las penas más graves y deben ser castigados como penas de clase diversa atendiendo a su naturaleza. Reviste también un aspecto CUANTITATIVO (proporcionalidad cuantitativa) en el que, la pena, en cada delito debe aplicarse en mayor o menor grado, según la mayor o menor culpabilidad del reo, (Carrara, Pessina)".⁵³

Contra estos argumentos, se han invocado, la imposibilidad de semejante relación y se dan otras bases.

En la determinación de la pena debe tenerse en cuenta:

I. Un criterio del buen sentido que enseña que amenazar con igual pena a delitos de distinta gravedad es crear un estímulo para cometer los mayores delitos.

II. El instintivo sentimiento popular de la justicia que exige penas más severas para los crímenes más atroces, para los que violan los intereses jurídicos más vitales, y sanciones más benignas para los de menor gravedad.

De estos criterios se desprenden que la determinación de la pena debe atenerse a la gravedad del hecho objetivo.

Pero además de ésta estimación objetiva, debe tomarse en cuenta el mayor o menor grado de peligrosidad del delincuente que se apreciará:

⁵² Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.533.

⁵³ Ibidem, p. 534.

1°. Por el delito realizado, el cual puede ser síntoma de la personalidad del agente.

Se atenderá a la clase de norma violada por el delito (un delito contra la vida, generalmente se reputará revelador de un delincuente más peligroso que uno contra la libertad); así como a todo género de circunstancias que en el delito concurren y que tengan relación con la peligrosidad del delincuente (como el empleo de astucia o fraude).

2°. A sus condiciones personales, biológicas, psíquicas y sociales,

Será preciso distinguir, por tanto, si el delincuente es loco o anormal; si es delincuente habitual, pasional u ocasional, si es un joven o un adulto.

Estos criterios de carácter subjetivo habrán de ser apreciados para la determinación de la pena.

Pero el acuerdo está lejos de reinar acerca de las bases para la determinación de la pena; mientras los juristas en su mayoría sostienen el criterio mixto de apreciación del delito cometido y de la personalidad del delincuente, otros opinan que sólo ésta debe ser estimada.

CONCEPTO Y RAZÓN DE SER

El propósito de ajustar cada condena al caso que lo provoca, es una necesidad que nace de la naturaleza misma y de los fines del Derecho Penal.

Si la pena tiende a prevenir el delito por medio de la intimidación, ha de ser más enérgica cuanto más grave sea el delito que trata de prevenirse y más propenso el sujeto de quién se tema la recaída; si es un medio de hacer justicia, tiene que corresponder al grado de responsabilidad que sanciona; como elemento de adaptación o readaptación del sujeto a la solidaridad social, debe tener como puntos de referencia las causas de indisciplina que se descubran en cada sujeto para actuar sobre ellas de manera eficaz; si se trata de un incorregible, no queda sino su eliminación del medio social en que pudiera causar daños.

ECLECTISISMO ACTUAL

Se toma en cuenta el delito realizado y la personalidad del agente; se combina la base legal con un arbitrio necesario, pero limitado de los jueces.

La idea de que la pena debe estar en relación con el delincuente es lo que se denomina INDIVIDUALIZACIÓN PENAL.

A continuación proponemos diversos factores obtenidos del conocimiento que nos proporcionan ciencias auxiliares del Derecho tales como: Criminología, Criminalística, Medicina Forense, etc., los cuales son característicos del ser humano, por los que evidenciaremos aspectos merecedores de tomarse en cuenta por parte del juzgador, ya que estos representan indicios y presunciones individualizadas del -por qué un hombre delinque- así como para establecer su grado de peligrosidad. Advirtiéndole que no existe dentro de ésta proposición "la regla general y absoluta", sino que cada caso pudiera ser una excepción merecedora de un estudio especial y detallado.

¿Cómo se establece la Peligrosidad?

La Peligrosidad es un concepto subjetivo que depende del marco que se use para establecerla, ya que se encuentra estrechamente ligada a la intención (actividad pensante), la cual solo se puede presumir y no demostrar.

- Si el comportamiento es:
 - a) Antisocial.- en contra de todas las normas (alta peligrosidad).
 - b) Asocial.- no se incorpora al grupo (mínima a media peligrosidad).
 - c) Parasocial.- crea sus normas "supra" de normas de la sociedad (de media a alta peligrosidad).
- Aspectos y causas personales.
- Educativas.
- Pobreza.- social y económica (la peligrosidad depende del grado de ésta).
- Sexuales.- Condicionado a si el sujeto es:
 - a) Normal. (?)
 - b) Desviado.- Homosexual, Bisexual, Prostitución, Proxenetista (peligrosidad media).
 - c) Aberrado.- Zoofílico, Scopofílico o Vouyerista, Sádico, Masoquista, Coprofílico,
- Paidofílico, Necrofílico. (generalmente de alta peligrosidad independientemente de sus posibles conjugaciones).
- Si delinque por convicción:
 - a) Religiosa.
 - b) Política. delincuente político o fanático (ambas de alta peligrosidad).
- Si tiene locura o demencia. (la peligrosidad depende del grado de locura).
- Personalidad psicológica. (Temperamento).
 - a) Histerioide.- irritabilidad y auto destrucción. (alta peligrosidad).
 - b) Neuroide.- autodestructivo, compulsivo y radicaliza su conflicto interno. (peligrosidad media).
 - c) Esquizoide.- doble personalidad. (alta peligrosidad).

d)Paraniode.- delirio de persecución (alta peligrosidad).

e)Manoide.- manía de perfección. (media peligrosidad).

f)Lunoide.- etapas de desconexión de la realidad. (peligrosidad de media a alta).

*la peligrosidad de los sujetos con los temperamentos anteriormente descritos puede incrementarse si éstos se conjugaran).

- Factores Étnicos.
- Influencia Geográfica. el delincuente no es Universal, por lo tanto el medio ambiente influye.
- Atraso o adelanto cultural.
- Delincuente en serie.- placer por el mal, comete una cadena ininterrumpida de delitos, generalmente es de un coeficiente intelectual elevado, es de sangre fría, comete delitos de sangre y de los llamados "de cuello blanco". (es de altísima peligrosidad).
- Delincuente Habitual.- delitos patrimonial y sexual. (alta peligrosidad).
- Delincuente ocasional.- si la ocasión no se presenta... él la propicia, por lo tanto existe la voluntad de delinquir. (media a alta peligrosidad).
- Delincuente Circunstancial.- no existe la voluntad de delinquir. (mínima a media peligrosidad).
- Delincuente Reincidente.- existe interés o conveniencia. (peligrosidad que depende del delito y de las ocasiones en que haya delinuido el individuo).⁵⁴

III FASES DE INDIVIDUALIZACIÓN

Como ya lo hemos señalado anteriormente, la "Individualización de la Pena" propiamente dicha depende de una actividad lógica-jurídica por parte del juzgador, procurando que, dicha actividad lo lleve a la aplicación de la pena "Justa" en relación con el delito y el Delincuente.

Dicho objetivo encuentra su antecedente en el Código de Martínez de Castro de 1871, que establecía "tres términos en las penas: mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban en función de los catálogos de atenuantes y agravantes (art. 66 a 69). La legislación de 1929 adoptó el mismo sistema, con una variante: el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con

⁵⁴ García Cabrera, José Dibray, Apuntes Curso de Criminología, ENEP, Acatlán, México, 1995.

las condiciones peculiares del delincuente (art. 55)".⁵⁵

Para establecer de otra manera la conexión entre los factores que determinan propiamente la Individualización de la pena es necesario "tomar en consideración la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño causado y el peligro corrido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los móviles que lo impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores de modo, tiempo y lugar a fin de determinar el grado de temibilidad. El precepto también impone al juez la obligación de tomar conocimiento directo del delincuente, de la víctima y de las circunstancias del hecho".⁵⁶

El Proceso y Fases de la Individualización comprende tres etapas bien definidas:

1.-Individualización Legal: ésta representa solo una clasificación de las normas aplicables a los delitos, es decir, es una resultante lógica de un catálogo (código) de Leyes y posteriormente de tipos penales.

"La Individualización Legal es la que de antemano formula la ley. Es propiamente una falsa individualización, porque la ley no conoce de individuos, sólo de especies llamadas delitos. Su penalidad se condiciona mediante las agravantes y las atenuantes en las legislaciones que aún las conservan; dolo y culpa, dolo eventual y grados de participación, principalmente".⁵⁷

Es oportuno señalar que, consideramos cierta la opinión del maestro Colín Sánchez en el sentido de que no considera convincente tal concepto acerca de la Individualización Legal, "pues los preceptos se redactan en forma abstracta y quien los individualiza es el juez a través de un acto procesal, atendiendo a las necesidades y características de cada caso, independientemente de la función legislativa".⁵⁸

Dicho de otra manera, si bien la Individualización Legal es un hecho cierto y verdadero, lo es también el que ésta resulta de un exceso en el afán de detallar el Derecho

⁵⁵ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 310.

⁵⁶ Ibidem. p. 310.

⁵⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 535.

⁵⁸ Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, México, Décimo sexta Edición, Editorial Porrúa, S.A., p. 588.

Penal por parte de algunos estudios y doctrinarios.

2.-Individualización Judicial: una vez que quedan fijas las penalidades y delitos (Individualización Legal), se llevará a cabo la segunda fase o etapa de individualización; La Judicial. Y que, para los fines del presente trabajo, reviste una singular importancia, ya que aparte de ser el momento justo de la valoración de los elementos anteriormente mencionados, es también la fase de la cual depende la existencia de la figura central de éste trabajo... "La RETENCIÓN y la Pena Indeterminada", ésto debido a que, como veremos dentro de la Individualización Administrativa, la Retención se aplica previendo una posible deficiencia en los procesos judiciales de individualización y aplicación de sentencias. Por lo tanto trataremos de manera resumida, algunos de los instrumentos legales doctrinarios para llevar a cabo una adecuada Individualización Judicial, evitando de ésta forma la inconstitucionalidad de la aplicación Retentiva.

"La Individualización Judicial es la que hace la autoridad jurisdiccional al señalar en la sentencia la pena correspondiente al infractor. Es, como se comprende, una fase de verdadera y no de falsa individualización. Para realizarla, en vista del delincuente individual sometido a su jurisdicción y del hecho que se le incrimina con sus circunstancias, el Juez tiene necesidad de una especial preparación y del concurso de ciertos auxilios técnicos, sin los que le es imposible penetrar el secreto de la conducta humana que se le entrega".⁵⁹ Es decir adentrarse en toda y cada una de las causas, valiéndose para ello de estudios, informes personales, análisis antropológicos, psiquiátricos, sociológicos, etc.

Tan es así, que nuestra legislación Estatal, en el artículo 59 párrafo segundo del Código Penal, expresamente establece que: El Juez ordenará de oficio la realización de los estudios indispensables tendientes a una correcta individualización de la pena.

Realizaremos ahora un recorrido por varias "herramientas" o instrumentos propios del Derecho Penal, para de ésta manera, reforzar la idea de una necesidad en la Individualización Judicial.

AGRAVANTES Y ATENUANTES: MIXTAS Y CALIFICATIVAS.

El artículo 14 del Código punitivo vigente en el Estado de México establece:

-Las circunstancias modificativas o calificativas del delito aprovechan o perjudican a todos los inculpados que tuvieren conocimiento de ellas en el momento de su intervención o debieran preverlas racionalmente.

⁵⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 535.

Las circunstancias personales de alguno o de algunos de los inculpados que sean modificativas o calificativas del delito, o constituyan un elemento de éste, aprovecharán o perjudicarán únicamente a aquellos en quienes concurren-.

"Si bien es cierto que nuestro Código Penal Estatal, al consagrar el arbitrio judicial en su artículo 59 dejó de consignar el catálogo de atenuantes y agravantes que el ordenamiento Penal Sustantivo para el Distrito Federal de 1871, y los Códigos de inspiración clásica sí han consignado; sin embargo, consigna ciertas circunstancias cuyo efecto es modificar la sanción reduciéndola o agravándola. Éstas circunstancias se clasifican en: Agravantes, atenuantes, Mixtas y calificativas".⁶⁰

Las agravantes y atenuantes se encuentran englobadas dentro del concepto de Circunstancias. "Es de suma importancia tener bien claro el concepto de lo que es una "circunstancia", y sobre el particular nada menos que la exposición hecha por Bettiol: "Por circunstancia del delito debe entenderse, pues, todos aquellos elementos del hecho, objetivos o subjetivos, que influyen sobre la cantidad del delito en cuanto lo hacen más o menos grave. Se distinguen de los elementos del delito por que éstos tienen una eficacia cualitativa, en el sentido de que determinan la aparición o desaparición del delito en su típica configuración esquemática: fuera del delito no puede configurarse. Las circunstancias en cambio, son elementos accidentales que pueden existir o no sin que por ello falte el delito"; agrega, que "hay que tener cuidado, empero, de no confundir el elemento constitutivo del delito con la circunstancia, cuando un hecho determinado considerado normalmente circunstancia, se toma como elemento constitutivo de cierto delito... las circunstancias del delito solo son aquellos elementos de hecho que agravan o atenúan la hipótesis típica del delito, y podemos concluir definiendo la verdadera circunstancia como un elemento de hecho, de carácter objetivo o subjetivo, que recae sobre la gravedad del delito, dejando inalterado la denominación jurídica".⁶¹

Cabe mencionar que ésta figura también es una innovación del código de 1871.

AGRAVANTES

"Las agravantes tienen naturaleza predominantemente objetiva. Lo son: el precio, recompensa o promesa; la inundación o el incendio, el aumento deliberado del mal que cause el delito, el carácter profesional o público del culpable, auxiliándose de gente armada, delinquir de noche, en despoblado o en cuadrilla; o contra el cónyuge, ascendientes o descendientes; o con publicidad o escándalo innecesarios. (ver; evasión de presos, delitos

⁶⁰ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, Décimo primera Edición, Editorial Porrúa, 1985, p. 190

⁶¹ Porte Petit, Celstino, ob., cit., p.p. 219-220.

contra la salud, atentados al pudor, asalto, lesiones, aborto, golpes, plagio, robo.)"⁶²

ATENUANTES

"Las atenuantes son de naturaleza predominantemente subjetivas. Lo son: la vejez, la ceguera, la sordomudez, los motivos elevados de carácter moral, no haber querido la gravedad que resultó del hecho incriminado, obrar con vindicación próxima de ofensa grave para el delincuente y los suyos, o por estímulos tan poderosos que produzcan obcecación o arrebató; el arrepentimiento espontáneo. (ver; encubrimiento, plagio, evasión de presos)".⁶³

MIXTAS

"Las mixtas tienen eficacia, ya de atenuantes, ya de agravantes, también a juicio de la jurisdicción. Lo son el parentesco, la publicidad."⁶⁴

CIRCUNSTANCIAS CALIFICATIVAS

"Las circunstancias calificativas producen el efecto de convertir en de mayor gravedad el resultado, (ver; oposición a que se ejecuten obra y trabajos públicos, sin o con violencia, provocación a un delito o vicio y apología de ellos, si el delito es ejecutado o si no lo es, circunstancias especiales en el robo, calificativas de alevosía, premeditación, ventaja o traición en los delitos de homicidio y de lesiones. Las circunstancias calificativas, que son modificativas de la sanción penal en un sentido agravatorio, no deben confundirse con los elementos constitutivos del tipo delictivo. Éstos son elementos que lo integran y sin los cuales no puede existir".⁶⁵

Creemos oportuno definir, aún de manera sucinta, alguna definición de las agravantes para las lesiones y el homicidio.

- "Premeditación.- Se da cuando, con anterioridad, existe una previsión para cometer el ilícito, teniendo dos elementos: (anterioridad y reflexión).

⁶² Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, ob., cit., p.p. 190-191.

⁶³ Ibidem., p. 191.

⁶⁴ Ibidem., p. 191.

⁶⁵ Ibidem., p. 191.

- Alevosia.- Se da cuando existe un acecho del momento oportuno para sorprender a la víctima".⁶⁶

-"Ventaja.- Se da cuando existe superioridad física o bien en el manejo de instrumentos o técnicas por parte del sujeto activo del delito, y que además, éste no corra riesgo de ser muerto o herido por el ofendido.

-Traición.-Se da cuando, no solo se emplea alevosia, sino también la Perfidia, violando la fe, seguridad o confianza que expresamente había prometido el sujeto activo a su víctima, o bien puede ser de manera tácita, debido a su parentesco, gratitud o amistad o cualquiera otra que exprese confianza".⁶⁷

* Cabe mencionar que el delito de Robo tiene como calificativas la circunstancia de lugar y personales.

MÁXIMOS Y MÍNIMOS

Es el código penal vigente, el que consagró la mayor amplitud del arbitrio judicial, pero buscando siempre ser compatible con el artículo 14 Constitucional, que ampara la garantía penal; dando un paso hacia una amplia individualización judicial de las sanciones. Y por lo tanto, adoptó el sistema de fijar sanciones de naturaleza precisa para cada delito, pero en cuanto a su medida se limitó a fijarla por medio de un máximo y un mínimo. Ésto es, siguió el sistema de la determinación relativa legal de la pena.

Éste medio de fijación, es sin lugar a dudas, perfectible, mas no perfecto, sin embargo hay que mencionar que resolvió problemas como el de "elección de un criterio para la medición e imposición de penas"; ya que existen diversas tendencias o sistemas como: objetivo (daño causado al ofendido), subjetivo (intención perseguida por el autor), mixto (eclectico en su totalidad) y defensista (que otorga pleno arbitrio al juzgador).

ARBITRIO JUDICIAL

Capacidad jurisdiccional responsable para valorar la personalidad peligrosa del delincuente, para la fijación de las penas; fue establecido expresamente por nuestra Ley Sustantiva Penal Estatal, así:

⁶⁶ García Cabrera, José Dibray, Apuntes de Curso de Derecho Penal I, ENEP, Acatlán, México, 1993.

⁶⁷ González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, Séptima Edición, 1964, p. 70.

"El juez, al dictar sentencia fijará la sanción que estime justa, dentro de los límites establecidos en el Código para cada delito, apreciando la personalidad del inculpado, su peligrosidad, los móviles del delito, los daños morales y materiales, la calidad del primero y sus relaciones con el segundo, y la circunstancias de ejecución del hecho".

"Aunque el c.p., consagra el arbitrio judicial restringido en sus arts. 51 y 52, dejó de consignar el catálogo de atenuantes y agravantes que el c.p. de 1871 y los códigos de inspiración clásica sí han consignado (v. c.p. 1871, arts. 39 y 47), valorando así abstractamente en la ley una conducta, sin embargo consigna, como es lógico, en su libro II, ciertas circunstancias cuyo efecto es modificar la sanción reduciéndola o agravándola. Esas circunstancias se clasifican en: agravantes, atenuantes, análogos, mixtas y calificativas".⁶⁸

Jurisp.-En las sentencias condenatorias para aplicar la pena deberán analizarse y valorarse las circunstancias que especifican los arts. 51 y 52 c.p.: y si no se procede en esa forma debe concederse el amparo para el efecto de que se cumpla con dicho requisito(S.J., t.XLIX, pág. 1712).

Jurisp.-La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la Ley, y sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena (S.J., Jurisp. def., 5° época, num.205).

Finalmente y derivado de los preceptos consagrados en el artículo 51, con respecto del arbitrio judicial, se completa con la facultad reconocida a los jueces y tribunales de sustituir y conmutar las sanciones, además con figuras como: la condena condicional, la libertad preparatoria y la RETENCIÓN (ver cap. IV).

Aprovechando éste momento en que hemos expuesto algunas de las razones por las cuales la Individualización Judicial resulta un acto de enorme importancia, a manera de reflexión emitiremos la interrogante... ¿Radicará en el aspecto del manejo de la individualización de la pena, la calificación de "bueno o malo" para el trabajo que despliega un Juez como administrador de justicia directo?...solo responderemos de manera afirmativa, ya que independientemente del hecho, ya de por sí cuestionable, de que en una sola persona tengan que concurrir características como, madurez, carácter, edad, conocimientos,etc.,resulta aún más difícil que cuente además, con conocimientos de disciplinas auxiliares como Criminología, Criminalística, Medicina Forense, Psiquiatría, Sociología, Ética, etc., lo cual en la mayoría de los casos traerá, indudablemente, una mala

⁶⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, ob., cit., p. 190.

Individualización y, por lo tanto, una mala sentencia; quedando la calificación del Juez y de su trabajo en igual "tono", pero lo que es más grave es que éste criterio puede extenderse injustamente también al Derecho Penal.

BENEFICIOS EN LA APLICACIÓN DE SANCIONES CONSAGRADAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN ESTATAL.

A todo lo antes mencionado debe añadirse la facultad potestativa reconocida y otorgada a los Jueces y Tribunal Superior de Justicia en el Estado, para acordar la reducción de la pena, conmutación de sanciones, suspensión condicional de la condena y remisión judicial de la pena.

REDUCCIÓN DE LA PENA.

En cuanto a la Reducción de la Pena, el artículo 60 autoriza al juez, a reducir hasta la mitad de la pena a los delincuentes primarios, de notorio retraso intelectual, de miserable situación económica y de mínima peligrosidad. Así también concede facultades para reducir hasta un tercio de la pena que le corresponde, conforme a éste Código, con la salvedad de que, la sentencia que reduzca la pena deberá ser confirmada por el Tribunal de Alzada para que surta sus efectos. En la inteligencia de que la pena se atenderá impuesta sin la reducción autorizada.

CONMUTACIÓN DE SANCIONES.

Por lo que hace a la conmutación de sanciones, en realidad no son individualizables, pues se trata de penas cortas de prisión, por eso son conmutables en los términos de los artículos 73, 74 y 75 de la Ley Penal para el Estado de México.

La conmutación Judicial de Sanciones, es una facultad y un a obligación del Órgano Judicial para imponerla, así lo establece la siguiente Tesis Jurisprudencial:

CONMUTACIÓN DE SANCIONES. ARBITRO JUDICIAL. La conmutación de sanción privativa de libertad por la de multa es facultad discrecional del juzgador, quien para decretarla o negarla debe atender a las premisas y circunstancias que para su posible otorgamiento establece la ley.

Sexta Época, Segunda Parte.

Vol. IV, P. 47 A.D. 3672/55. Francisco Izquierdo Ramos. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XXIX, P. 17 A.D. 2965/55. Enrique Vega Vega. 5 votos.

Vol. XXXVI, p. 54 A.D. 438/60. Santana Velázquez Mejía. Unanimidad de 4 votos.

Vol. XLVIII, p. 51 A.D. 472/60. Roberto Hurtado Adame. 5 votos.

Vol. LII, p. 58 A.D. 5269/61. Gaspar Munguía Navarro. Unanimidad de 4 votos.

Jurisprudencia 85. Segunda Parte, II (Primera Sala), p. 185 Apéndice al Semanario Judicial de la Federación (1917-1975).

Así mismo, la Tesis Jurisprudencial visible en el Informe del año de 1959. Primera Sala, p. 28 del Semanario Judicial de la Federación que señala:

CONMUTACIÓN DE SANCIONES (CÓDIGO DE DEFENSA SOCIAL DEL ESTADO DE PUEBLA). "De acuerdo con el artículo 84 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla, quedaba al prudente arbitrio de los jueces y tribunales conmutar la sanción privativa de libertad que debiera imponer, cuando ésta no excede de seis meses por la de multa, la cual se computará a razón de un peso como mínimo hasta diez pesos como máximo por día, por lo que sí la responsable, atendiendo a la peligrosidad manifestada por el procesado y en uso de la potestad que la ley le otorga para imponer las sanciones, estimó justa la de seis meses señalada en la sentencia que se impugna, tal decisión no es violatoria del precepto aludido, ni de las garantías reconocidas por los artículos 14 y 16 Constitucionales.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA CONDENA

"Su precedente histórico lo encontramos en el Derecho Canónico (absolución AB REINCIDENTIAM), que se concede por cierto tiempo o para determinado tiempo, debiendo el acusado satisfacer lo que adeudaba al ofendido o practicar ciertas obras de piedad dentro del tiempo señalado, de modo que si dejaba transcurrir el plazo sin cumplir lo preceptuado revivía la censura de que condicionalmente fuera absuelto. Modernamente la Condena Condicional también llamada "Suspensión Condicional de la Pena", nació en Massachussets (1859) y Boston (1879) pasando al continente Europeo con la Ley Belga de 1888. Fue en 1901, que gracias a las publicaciones del maestro Macedo se pugnó por el establecimiento de la condena condicional, pero, no fue sino hasta el c.p. de 1929 cuando tuvo existencia legal en el Distrito.

En la exposición de motivos de dicho Código el Sr. Macedo escribió que -los resultados que se obtienen de la aplicación de las penas carcelarias de corta duración son funestos, pues influyen en degradar y corromper a los delincuentes primarios contribuyendo a convertirlos en habituales o profesionales, por lo que desde hace muchos años se sabe que las prisiones, si no se cuida de mirar mucho que clase de gente se envía a ellas y como se organizan, son escuelas y centros de propaganda del delito".⁶⁹

⁶⁹ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 505-506.

Su rasgo esencial consiste en la suspensión de la pena. El delincuente es juzgado y condenado, pero en vez de cumplir la condena impuesta queda en libertad; si durante un espacio de tiempo, no comete un nuevo delito, la pena en suspenso queda remitida por completo; si por el contrario, éste delinquiera, se le impone la pena suspendida.

Sus defensores consideran que la Condena Condicional tiene por objeto evitar la ejecución de las penas cortas de privación de libertad en ciertas condiciones, previniendo en lo posible la contaminación moral que produce la prisión en los delincuentes de escasa peligrosidad, a los que se supone corregibles mediante el empleo de determinados estímulos; y que su familia no quede en el abandono, ni pierda su apoyo moral y económico.

Sus adversarios arguyen que ésta figura se contradice con el pensamiento educativo, con la idea de educar del Estado; viola el principio de justicia absoluta, según el cual a todo delito debe seguir una pena segura, contribuye al enervamiento de la represión, otorga a los jueces un arbitrio excesivo, y descuida por completo a las víctimas del delito que ni siquiera tendrán la esperanza, ni la satisfacción de que el delincuente sea castigado y que ni exista justicia.

No obstante, las acerbos críticas que se dirigen contra la condena condicional, lo cierto es que ésta Institución ha sido acogida en todas las legislaciones modernas contra las penas cortas de privación de libertad.

Ignacio Villalobos, afirma que tres consideraciones fundamentales que se han hecho para el desarrollo de la condena condicional:

1º.-Las inconveniencias que presentan las penas cortas de prisión.

2º.-La verdad psicológica de que en algunos sujetos se despierta mejor el arrepentimiento y la enmienda procediendo con indulgencia, haciendo ver lo mal que se ha obrado y ayudando a ordenar la vida, que procediendo con dureza intolerable y acaso incomprensiva cuando no hay verdadera perversidad o peligrosidad que lo amerite.

3º.-La esperanza de encontrar nuevos tratamientos y nuevos caminos para llegar al objetivo del Derecho Penal (mantener y proteger el orden político-social) sin recurrir ciegamente y por sistema al castigo, aún en aquellos casos en que pueda y convenga evitarlo".⁷⁰

⁷⁰ Villalobos, Ignacio, ob., cit., p. 599.

El artículo 76 del Código Penal vigente en el Estado, comienza diciendo: "Se confiere a los tribunales la facultad de suspender la ejecución de la pena de prisión..." Y de ello debe deducirse que su concesión no es forzosa para el juzgador, sino potestativa, lo que ésta es todo en concordancia con el arbitrio judicial aplicando a la personalidad del reo.

"Mediante la condena condicional se suspenden las penas cortas privativas de libertad, a condición de que el sentenciado no vuelva a delinquir en un tiempo determinado; de lo contrario se le hace cumplir la sanción señalada".⁷¹

Sustenta la anterior consideración la Jurisprudencia 569 de la Primera Sala de H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 153, de la Jurisprudencia y Tesis sobresalientes 1955-1963, que a la letra dice:

CONDENA CONDICIONAL.-El beneficio de la condena condicional no es un derecho en el delincuente primario. Dicha concesión esta sujeta discrecionalmente al arbitrio del juzgador, quien tiene la potestad de otorgarla o no.

Directo 5498/1956, José Rodríguez Mejía, resuelto el 10 de Diciembre de 1957, por unanimidad de 4 números. Ausente el Sr. Maestro Ruíz de Chávez. Ponente el Sr. Maestro Mercado Alarcón. Secretario Rubén Montes de Oca.

1° Sala-Boletín 1958, pág. 13, SEXTA ÉPOCA, VOLUMEN VI, Segunda Parte, pág. 21.

Nuestro ordenamiento Jurídico en la Entidad, según el artículo 76, establece que las sanciones pueden quedar en suspenso y éste procederá siempre y cuando:

- I. El inculpado haya delinquido por primera vez;
- II. Que tenga modo honesto de vivir y haya observado buena conducta con anterioridad al delito; probada por hechos positivos;
- III. Que durante el proceso no se haya abstraído a la acción judicial;
- IV. Que la duración de la pena no exceda de tres años; y
- V. Que se haya pagado la reparación del daño y la multa.

El plazo de la suspensión de la ejecución de la pena será de dos a cinco años que fijarán los tribunales a su prudente arbitrio, atendidas las circunstancias del delito y subjetivas del inculpado (artículo 77 de la Ley Penal antes invocada).

El goce del beneficio de la suspensión condicional estará sujeto a los siguientes requisitos a cargo del sentenciado;

⁷¹ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 312.

- I. Observar buena conducta dentro del término de suspensión;
- II. Presentarse mensualmente ante las autoridades del órgano ejecutor de penas, las que se otorgarán por el salvoconducto respectivo;
- III. Quedar sujeto a la vigilancia de la autoridad;
- IV. Presentarse ante las Autoridades Judiciales o del órgano ejecutor de penas, cuantas veces sea requerido para ello;
- V. Comunicar a las Autoridades del órgano ejecutor de penas sus cambios de domicilio;
- VI. No ausentarse del Estado sin previo permiso de la Autoridad del órgano ejecutor de penas. (Art. 78 de la Ley Punitiva en el Estado).

La infracción a cualquiera de las anteriores obligaciones será motivo de revocación de éste beneficio, y a fin de lograr el cumplimiento de las mismas, el sentenciado beneficiado, otorgará, ante el Juez una fianza que éste o el Tribunal Superior de Justicia señalen, tomando en consideración las posibilidades económicas del inculpado, la pena impuesta, la naturaleza del delito y las circunstancias de su comisión (art. 79 y 80 del Código Sustantivo Penal vigente en nuestra Entidad).

Así mismo, debe decirse que también se prevé para el caso de si transcurrido el término de suspensión el inculpado no ha cometido un nuevo delito, se extinguirá la pena y en caso contrario, se ejecutará. (art. 83 del Código Penal en vigor).

Por último, la Remisión Judicial de la Pena en nuestro territorio, podrá ser recomendado por el Juez al pronunciar sentencia al Ejecutivo Estatal, siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias.

- a) Que el inculpado haya obrado por motivos excepcionales; y
- b) Que no revele peligrosidad.

Siendo importante destacar que dicho beneficio se concede en la inteligencia de que éste no exime del pago de la reparación del daño y siempre y cuando sea confirmado por el Tribunal Superior de Justicia (artículo 84 y 85 del Ordenamiento Legal antes mencionado).

3.-Individualización Administrativa o Penitenciaria.-La última fase de la individualización de la pena, se lleva a cabo ya que el sujeto ha sido sentenciado de manera condenatoria, es decir, se lleva a cabo durante el tratamiento a que es sometido el condenado. Resulta pues, una fase importantísima, ya que de ella depende la prevención del delito así como la readaptación del infractor.

Los penólogos conciben ésta fase como una constante actuación sobre la persona del condenado, que ha de ser incesantemente observado y estudiado para hallar el tratamiento adecuado, adaptarlo lo antes posible a una vida normal, conocer las causas internas que lo orillaron a cometer el ilícito, controlar la tendencia futura para la comisión de nuevos delitos, etc.

Esta individualización es resultante lógica de la ejecución Judicial, esto es, funciona o debe funcionar en el curso de la ejecución de las sanciones fijadas judicialmente, por lo que podemos inferir que no es casualidad que el estudio de las fases de Individualización se haga comenzando por la Legal, luego la Judicial, terminando por la Administrativa, ya que, una le da vida a la otra, en ese orden precisamente. Cabe advertir que la Ley Punitiva vigente en el Estado confiere expresamente a la Ley de Ejecución de Penas Privativas y restrictivas de la Libertad una independencia y autonomía en relación a cualquier otra, incluso con ella misma, encargándole todo lo relativo a la organización científica de los organismos encargados de la ejecución de las penas.

Por otro parte, manifestaremos que, a nuestro parecer, el éxito de éste tipo de individualización requiere de una excelente preparación técnica por parte de la Dirección de Prevención y Readaptación Social del Consejo Técnico Interdisciplinario, de los Directores y Alcaldes de los Centros Preventivos y de Readaptación Social, así como del comportamiento del penado a lo largo de su condena, para saber si éstos últimos, que han sido condenados a sufrir una pena privativa de libertad apartándolos de la vida en sociedad merecen alguna de las concesiones que prevé la Individualización administrativa y que se hacen posibles a través de "El Tratamiento Preliberacional, la Libertad Preparatoria y la Retención".

Describiremos, igual que lo hiciéramos en algunos de los instrumentos propios de la Individualización Judicial, los que le son propios a la Individualización Administrativa.

-EL TRATAMIENTO PRELIBERACIONAL.

Éste tiene por objeto, según la citada Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad en nuestra entidad, visible en el Título Quinto, Capítulo I, donde se establece que el tratamiento preliberacional tiene por objeto el de la reincorporación social del interno, el cual debe comprender:

- I. Información y orientación especial del interno, sobre aspectos personales y prácticos de su vida en libertad.
- II. Concesión de mayor libertad dentro del establecimiento.
- III. Aplicación de técnicos socioterapéuticos, psicoterapias colectivas y todas aquellas que coadyuven a lograr una mejor integración social.

- IV. Traslado a la Institución abierta.
- V. Régimen de prelibertad (art. 105).

La prelibertad deberá ser concedida en forma gradual y sistemática por la Dirección de Prevención y Readaptación Social; atendiendo al dictamen técnico, que al respecto emite el Consejo Técnico Interdisciplinario, después de un año a la fecha en que el reo esté en tiempo de obtener su libertad condicional o absoluta, en correlación en el beneficio de la remisión parcial de la pena.

También se completa como modalidades de la prelibertad, a los que a continuación se enumeran:

- a) Salida de dos días a la semana.
- b) Salida diurna, reclusión nocturna y de Sábados y Domingos.
- c) Salida diurna y reclusión nocturna.
- d) Salida diurna y reclusión nocturna, con salida de Sábados y Domingos.
- e) Reclusión de dos días a la semana
- f) Presentación semanal al centro.
- g) Presentación quincenal al centro.

De especial relieve es el caso de internos con condenas menores a dos años o en casos de delitos culposos, los cuales serán alojados en las instituciones abiertas, previo acuerdo del Consejo Técnico Interdisciplinario, el cual a su vez tiene funciones consultivas necesarias para la aplicación individual del sistema progresivo técnico.

La persona beneficiada con la Prelibertad adquiere las siguientes obligaciones:

- 1.-Ocurrir a la institución que le haya sido señalada para hacer sus presentaciones;
- 2.-Informar de sus cambios de domicilio;
- 3.-Obligación de desempeñar actividades lícitas;
- 4.-Prohibición de ir a lugares que haya dictaminado el Consejo Técnico Interdisciplinario;
- 5.-Observar conducta intachable con los demás y consigo mismo; y
- 6.-Cumplir con las demás medidas terapéuticas que aquél le haya señalado.

Finalmente el beneficio en cuestión será revocado cuando se cometa un nuevo delito, siempre y cuando se dicte un "auto de formal prisión"; cuando se incumpla con las condiciones con las que fue otorgada sin causa justificada y cuando se presenten conductas no acordes al tratamiento preliberacional instaurado.

LA LIBERTAD PREPARATORIA O CONDICIONAL.

"La Libertad Preparatoria se concede a los delincuentes cuando ya han cumplido una parte de su condena y observaron en la prisión buena conducta.

No debe confundirse la libertad preparatoria con la libertad provisional mediante fianza. La preparatoria la concede el Poder Ejecutivo a los condenados que, hayan cumplido buena parte de la pena privativa de libertad; en cambio, la libertad provisional se otorga por el juez a los procesados para que no sufran prisión mientras dure el proceso. La Libertad provisional mediante fianza no procede en todos los casos, sino únicamente cuando el delito por el cual se acusa tenga señalada en la Ley una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años (art. 20 de la Constitución).

Su concesión corresponde a la Dirección de Prevención y Readaptación Social del Estado, es un instituto consignado por primera vez en la Legislación Penal Mexicana en el año de 1871. En el transcurso del tiempo ha sufrido diversas modificaciones. Nosotros preferimos usar el término "Libertad Preparatoria", por dos razones: primera, por que ésta denominación fue dada originalmente por Don Antonio Martínez de Castro, mereciendo el aplauso de diversos juristas extranjeros; y segunda, debe llamarse así para que no se confunda con la libertad provisional bajo caución o libertad condicional de que disfruta el procesado cuando es procedente, según el artículo 20 Constitucional fracción I, en relación directa con los artículos 340, 341, 342 y demás relativos del Código Procesal Penal en vigor.

La Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad priva del goce de la libertad a los reincidentes y a los habituales, remitiéndonos a los dispuesto en el Código Penal y exige como requisitos para su concesión, haber cumplido las tres quintas partes de la pena corporal impuesta, cuando se trate de delitos dolosos, y haber cumplido las dos cuartas partes cuando se trate de delito culposo; observando buena conducta durante su reclusión que no se circunscribe al mero cumplimiento de los reglamentos, sino a su mejoramiento cultural, perfeccionamiento en el servicio y superación en el trabajo, cumplir con las obligaciones en el momento de su liberación previa supervisión de alguna persona de reconocida solvencia moral, honrada y de arraigo y que resida en determinado lugar previo conocimiento de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Ahora bien, el beneficio aludido, será revocado cuando se deje de cumplir con los requisitos citados anteriormente, así como por cometer un nuevo delito, siempre y cuando el sujeto sea declarado formalmente preso, razones por las cuales al infractor se le extinguirá toda la parte de la pena que le falte por compurgar, también perderá el derecho a la libertad condicional aquel interno que intente fugarse, o bien el que habiéndose fugado sea reaprehendido (art. 11 al 16 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas

de la Libertad del Estado).

LA RETENCIÓN.

Dentro de este apartado, describiremos la figura de la Retención, haciendo la advertencia que no es dentro de éste capítulo que se hará una crítica de dicha figura, ni mucho menos se expondrán conclusiones tendientes a demostrar la naturaleza violatoria de garantías de éste instrumento, ya que estas se llevarán a cabo en el capítulo cuarto y dentro del apartado de conclusiones.

En nuestro Derecho se mantiene la Retención para los reos que durante su condena hayan observado mala conducta, lo cual como se verá más adelante, se aproxima algo al sistema llamado de la condena indeterminada, en que los tribunales no señalan el tiempo que el delincuente ha de permanecer en la prisión, sino que éste queda a juicio de la administración de las prisiones, valorando la conducta que el reo observe durante su reclusión y los señalamientos que se hagan acerca de sus inclinaciones y moralidad, previendo así, su conducta futura. Al respecto el artículo 26 del Código Sustantivo Penal en el Estado establece:

"... Las sanciones privativas de libertad siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención, hasta por una mitad más de su duración, así se expresará en la sentencia, sin que la omisión de éste requisito sea obstáculo para hacerla efectiva.

La retención se hará efectiva, cuando a juicio del Ejecutivo el inculpado tenga mala conducta, durante la segunda mitad de su condena, se resista al trabajo e incurra en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal, o bien muestre que no ha cesado su peligrosidad".

Por su parte la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad en el Estado, en su Título Quinto, Capítulo III, regula el procedimiento para hacer efectiva la retención, lo cual, como ya advertimos, abordaremos más adelante.

LA PENA INDETERMINADA

I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

"El poder absoluto que en antaño habían alcanzado en Europa los jueces, llegó a producir un verdadero caos, por lo cual, a mediados del siglo XVIII, fue indispensable poner un límite, otorgándoles facultades para suavizar los procedimientos anteriores, mediante la imposición de las penas que, a su juicio, fueran más adecuadas al delincuente;

esto, lejos de remediar el mal, se tradujo en arbitrariedad mayúscula.

En el antiguo *Derecho Canónico, la Ley Carolina, Código Penal de Josephino y en algunas otras leyes*, se establecieron disposiciones, permitiendo la indeterminación de las penas y de su duración".⁷²

En España se utilizó en el siglo XVI con el nombre de CLAUSULA DE RETENCIÓN, la cual se imponía con el carácter de medida accesoria posterior al cumplimiento de la condena, una reclusión absolutamente indefinida.

En Estados Unidos, a fines del siglo XVIII se encuentran defensores de la sentencia indeterminada, El Dr. Benjamín Rush, de Filadelfia, en 1787 escribía: "Las clases de penas que pueden ser aplicadas deben ser especificadas por la Ley, pero su duración no debe ser fijada salvo un posible máximum. En Nueva York y en otras ciudades los menores eran internados en "Casas Refugio", en las que se ejecutaban las condenas, con carácter indeterminado, su reclusión duraba hasta que el sujeto alcanzaba los veintiún años".⁷³

"Posteriormente, el Iluminismo Francés proscribió a través de sus principios, todo acto arbitrario de este orden e instituyó la predeterminación de las penas, aunque franqueando la entrada a instituciones reconocidas actualmente por todas las legislaciones del mundo, como: la libertad condicional, el perdón judicial, la reclusión de inimputables, por el tiempo necesario para su curación, y algunas otras donde ya se perfiló, hasta cierto punto, el indeterminismo". Los pioneros del sistema indeterminista fueron: Klein, F. Poletti, Carlos David Augusto Röeder y otros juristas a quienes procedieron Saleilles con su obra intitulada *La Individualización de la Pena*, Giner de los Rios y Pedro Dorado Montero".⁷⁴

ANTECEDENTES EN MÉXICO.

En México, el Código Penal del Distrito Federal y Territorios de Tepic, Quintana Roo y Baja California de 1871, previó cierta indeterminación de la pena en los artículos 71, 72, 74, 98, 99 y 136; el fundamento para ello lo manifestó MARTINEZ DE CASTRO en la exposición de motivos del propio código, cuya parte conducente dice: La Comisión ha establecido que tengan un cargo en su pena, hasta de un tercio de ella, los reos que al estarla sufriendo se manejen mal; y que se haga una rebaja hasta de una mitad a los que hayan

⁷² Colín Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Editorial Porrúa, Décimo sexta Edición, México, 1997, p. 598.

⁷³ Citado por Bornes Teers, -*New Horizon In Criminology*-, Editorial Life, 1980, p. 820 y 834.

⁷⁴ Colín Sánchez, Guillermo, *ob. cit.*, p. 598.

dado pruebas de arrepentimiento y de enmienda; que el fondo de reserva de los primeros sea menor que el de los segundos y que se expida a estos un documento fehaciente, no sólo de que han purgado un delito, sino de que también por su buen comportamiento se les ha juzgado dignos ya de volver al seno de la sociedad, sin peligro alguno para ésta, lo cual equivale a una rehabilitación.

Eslabonada a la idea de la individualización de la pena, y como consecuencia de ella, encontramos al ARBITRIO JUDICIAL. Sin conceder a los jueces dicha facultad sería imposible e incongruente exigir una adecuada individualización, por lo tanto, es aquí que se justifica la libertad concedida actualmente por casi todas las legislaciones modernas.

Contra el principio de la Escuela Clásica de que la pena debe ser fija y determinada, ha surgido en la moderna orientación penológica un movimiento favorable a la Indeterminación de la Pena.

La pena o sanción en nuestro Derecho Penal se impone teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del delincuente, a menor peligrosidad corresponde menor sanción, a mayor peligrosidad se impondrá mayor sanción, pues donde se considera que la pena no solamente puede tener por base la objetividad del hecho realizado, sino también la peligrosidad del delincuente, y por lo tanto, ha de seguir las evoluciones lógicas, cesar la pena cuando la peligrosidad del delincuente cese, y durar aquella en tanto dure ésta también, el delincuente dejará de estar sometido a la pena reformadora solamente cuando esté reformado o cuando su peligrosidad haya desaparecido. La pena por tanto no debe estar determinada de antemano. Así pues, nace la idea de la pena indeterminada o condena indeterminada.

La pena o sentencia indeterminada, consiste en no fijar la duración de la sanción, sino señalar un plazo indefinido suficiente para redimir al delincuente.

La sentencia indeterminada, inspirada en las teorías correccionalistas, según el maestro Colín Sánchez: "Se caracteriza por no señalar el tiempo que comprenda la privación de la libertad corporal, sino más bien que su duración se prolongue o disminuya según se compruebe la enmienda o corrección del reo, partiendo para ello de la conducta observada en la prisión, de los resultados del estudio sobre la personalidad del sujeto y en que éste garantice un modo honesto de vivir".⁷⁵

Para los que sostienen que la pena no debe tener ya el carácter de retributivo y sí de evolución necesaria hacia otros métodos sustitutivos de seguridad, no cabe la idea de que si se quiere un tratamiento individualizado para cada sujeto, también se requiere de un

⁷⁵ Ibidem., p. 598.

establecimiento de penas particular y no general para así lograr la reincorporación del delincuente como elemento útil a la sociedad.

"En nuestra Ley sustantiva Penal, si se observa que el delincuente ha sido susceptible a los sistemas penitenciarios, se concede la libertad preparatoria al cumplir las tres quintas partes de la sanción a que ha sido condenado; y cuando se observa que tales sistemas no han producido sus efectos en el reo, al cumplir su sanción, no se le pone en libertad, sino que se le retiene en la prisión hasta por la mitad más del tiempo fijado".⁷⁶

"La sanción penal puede estar determinada por la ley en forma absoluta: especie y medida de la pena fijas. Pero también puede estar determinada en forma relativa: especie fija con máximo y mínimo. Por último, puede estar en la ley absolutamente indeterminada: ni especie ni medida de la pena son fijas y toca al juez elegir las".⁷⁷

Así se aclara que el sistema de la Pena Indeterminada presenta dos variedades:

- I.El de la Indeterminación relativa; y
- II.El de la Indeterminación absoluta.

I. El sistema de la indeterminación relativa de la pena, consiste en la fijación de un *mínimum* y un *máximum*; permite al juez fijar la duración de la pena dentro de un *Máximum* prefijado, o entre un *máximum* y un *mínimum* infranqueables, antes de aquel *mínimum* no es posible conceder la libertad al condenado y cumplido el *máximum* no puede ser retenido en la prisión, así pues, el poder de aumentar o disminuir la pena sólo puede ejercerse dentro de estos límites.

"Con relación a la pena relativamente determinada dice Cuello Calón en su penología que "el juez fija la duración de la pena dentro de un *máximum* y un *mínimum* ampliamente separados; antes de éste no puede otorgarse la libertad al penado, por excelente que sea su conducta, así como tampoco puede ser retenido en la prisión después que el *máximum* de su pena haya expirado".⁷⁸

II. La Pena Absolutamente Indeterminada, cuya característica, no es fijar el *mínimum* y *máximum* de la duración de la pena; en donde el juez no estaría sujeto por ningún *máximum* ni *mínimum* legal y la pena duraría el tiempo que determinará aquél y en

⁷⁶ Borja Osorno, Guillermo, Derecho Procesal Penal, México, Primera Edición, Editorial Cajica, S.A., 1969, p. 426.

⁷⁷ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 536.

⁷⁸ Franco Sodi, Carlos, Nociones de Derecho Penal, ob., cit., p.115.

particular los funcionarios encargados de comprobar la reforma del reo.

La determinación de la pena y su duración en éste sistema, escapa totalmente de las manos de la justicia penal y se convierte en facultad exclusiva de la administración penitenciaria.

No faltan penalistas que consideran inútil la pena indeterminada, ya que mediante el empleo combinado de la condena condicional y la libertad preparatoria pueden obtenerse los fines que se pretenden alcanzar con aquella, sin exponerse a los peligros que representa.

"En cuanto a las penas privativas de libertad, se ha intentado su duración *indeterminada*, por el tiempo necesario para obtener la corrección del sentenciado. En nuestro Derecho es inadmisibles la *pena indeterminada* en función de las disposiciones de la Carta Magna; no sólo es dable al ejecutor de las sanciones prolongar o disminuir la pena base fijada por el juez, dentro de los límites marcados en la propia sentencia y de acuerdo con la Ley".⁷⁹

Comenta el Maestro Colín Sánchez del tema que: "En resumen, el problema planteado (*indeterminación de las penas*), salvo la relativa indeterminación en la condena condicional y en libertad preparatoria, no tiene cabida en el medio mexicano y es explicable, porque, como ya apunté al ocuparme de otros temas, no es posible trasplantar, fríamente y sin reflexión ninguna, instituciones ideadas para pueblos con costumbres y necesidades distintas a las de México; la imitación, cuando no se medita conduce al fracaso".⁸⁰

Si los penalistas definen criterios opuestos al tratar la indeterminación de la pena, relativa para unos, absoluta para otros, no importa esto cuando se trata de penas propiamente dichas, sino de medidas de seguridad. Todos admiten su indeterminación absoluta, ya sea en un tratamiento médico, en forma de hospitalización, etc.

Nuestra Entidad Federativa, a través del Código Sustantivo Penal, siguiendo el sistema implantado en México, por el Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, señala específicamente la duración de las penas entre dos términos, como ya se ha citado con anterioridad, es decir, un mínimo y otro máximo, dentro de los cuales podrá decidir el juzgador la pena que establecerá, de ahí que para la aplicación de las penas se establezca un sistema determinado de estas.

⁷⁹ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 311.

⁸⁰ Colín Sánchez, Guillermo, ob., cit., p. 601.

Por lo tanto, creemos que se debe aceptar la idea de que la pena indeterminada constituye una forma evolucionada de la aplicación de penas, sin embargo, coincidimos con la mayoría de los autores en considerar a ésta figura como una herramienta importada y de difícil aplicación en nuestro país; desde su denominación la pena indeterminada puede ser cuestionable, ya que la pena, propiamente dicha no resulta indeterminada, pues lo que pudiera ser indeterminado sería en dado caso, la duración de la pena y no la pena en sí, ya que ésta debe ser siempre cierta y determinada, no dejándola sujeta a ningún factor externo, ni momentáneo, que llegara a representar una tendencia maliciosa dentro de la aplicación de las penas.

Aún cuando no es dentro de éste capítulo que dedicaremos al análisis de la Retención, sí advertiremos que ésta figura está relacionada con las ideas expuestas en párrafos anteriores, y que, por lo tanto, se han emitido ya juicios que aunque aislados, constituyen muestras claras de la negatividad que representa ésta figura en nuestro universo penal estatal.

CAPÍTULO SEGUNDO

Marco Histórico Normativo

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO HISTÓRICO NORMATIVO

I. ÉPOCA PRECORTESIANA

Es precisamente en esta etapa, que, podemos apreciar en su máxima expresión la Venganza Privada y Divina, (descritas en el primer capítulo de éste trabajo) las cuales, como señalamos, se caracterizan por una severidad así como el poco humanismo para su aplicación. Son pocas las referencias exactas que se tienen del Derecho en esta época, sin embargo cabe señalar que las referencias sociales, indican que cualquiera de las organizaciones humanas de ésta etapa, eran caracterizadas por una extremista rigidez en sus leyes. Los Aztecas, por ejemplo se caracterizaron por ser un pueblo sumamente aguerrido y despiadado, lo que los llevó a formar la grandeza de su Imperio.

Es pues, ahora que transcribimos algunos de los catálogos de Penas y Delitos de los pueblos más significativos, antes de la llegada de Hernán Cortés (lo que da nombre a ésta época).

Actualmente contamos con escasos datos sobre el Derecho Penal Precortesiano, encontrándose éste tema aún en investigación. Quizás - como lo afirma M.A. Cortés Ibarra - "la nula influencia de las ideas penales, aborígenes en el Derecho Penal contemporáneo, tal vez constituya la razón por la cual no haya despertado entre los juristas interés y entusiasmo el estudio e investigación de éste tema."¹

"Sin embargo, podemos decir que el Derecho Penal Precortesiano fue rudimentario, símbolo de una civilización que no alcanzaba la perfección en las leyes, es decir, el máximo de evolución moral, de acuerdo con una cultura valorativa".²

Y como lo sostienen diversos estudiosos de la materia solo reseñamos algunos datos reveladores de la existencia de ideas penológicas en diversos núcleos aborígenes en aquella época, advirtiendo que se caracteriza por el uso de una crueldad excesiva en la aplicación de las penas.

¹ Cortés Ibarra, M.A., Derecho Penal, Parte General, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, 1987, p. 32.

² Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Cárcel y penas de México, México, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, 1986, p.12.

A) Los Aztecas .

Este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles.

"George C. Vaillant expresa: Que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía del a obediencia religiosa, el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; con ello ambas jerarquías se respetaban. La sociedad azteca existía para beneficio de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad. De tal estado de cosas derivaron importantes consecuencias para los miembros de tal tribu, quienes violaban el orden social eran colocados en status de inferioridad y se aprovechaba su trabajo en una especie de esclavitud, el pertenecer a la comunidad traía consigo seguridad y subsistencia; el ser expulsado, significaba la muerte por las tribus enemigas".³

Por lo tanto, la existencia de las penas impuestas por los aztecas, tienen como objetivo mantener la cohesión del Estado. No se olvide el vasallage que se mantenía en éste pueblo, el tributo que imponían a sus súbditos (caso concreto, el de los tlaxcaltecas), y la combatividad y agresividad de su política imperialista. Arrojan como consecuencia que las penas estén al servicio de la oligarquía dominante. Pues, cabe resaltar que aunque Texcoco era un reino aparte de los aztecas su proximidad a Tenochtitlán lo identifica como su organización social; lugar donde se aplica el llamado Código Penal de Netzahualcoyotl. "Este cuerpo legal consignaba diversas penas, como la muerte, esclavitud, destierro, cárcel, etc., los responsables del adulterio morían apedreados, ahorcados, o eran "asados vivos" siendo roseados con agua y sal; al ladrón, después de ser arrastrado por las calles, se le ahorcaba; el homicida se le decapitaba; al noble que se embriagaba hasta perder la razón, moría en la horca; el plebeyo, al reincidir en la embriaguez, era muerto; los caminantes que se apoderaban de siete o más mazorcas que no eran de la primera ringlera, igualmente eran muertos". Por lo que se puede observar que en el sistema punitivo resulta ser severo y con brutalidad en la represión, pues, el juez tenía amplia libertad para fijar las penas.

Lo que lógicamente acontece entre los aztecas - como lo afirma Castellanos Tena - al citar - que, "el Derecho Penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con

³ Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., p.p. 41-42.

relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del Gobierno o la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infractores. Agregando el citado autor, que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía".⁴

Según diversos autores, dentro de las penas aplicadas entre los aztecas encontramos las siguientes: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote o machacamiento de cabeza, degollados, quemados, aspados, azotados, despenados, etc., destierro, penas infamantes, pérdida de nobleza, sustitución y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales pecuniarias, entre otros.

"Por otra parte, el Código Mendocino (1533-1550), establece la rudeza de los castigos en los menores aztecas, al citar como ejemplo: pinchazos en el cuerpo desnudo con púas de maguey, aspirar humo de pimientos asados, teniéndolos atados durante todo el día de pies y manos, por toda ración durante el día tortilla y media "para que no se acostumbraran a ser tragones" y todo esto con menores de siete a doce años de edad".⁵

"El investigador Carlos H. Alba, indica que los delitos en el pueblo azteca se clasifican de la siguiente forma: contra la seguridad del imperio; contra la moral pública, contra el orden de la familia, cometidos por funcionarios, cometidos en estado de guerra contra la libertad y seguridad de las personas, usurpación de funciones y uso indebido de insignias, contra la vida e integridad corporal de las personas, sexuales y contra las personas en su patrimonio".⁶

A continuación presento el cuadro de varias de las conductas antisociales así como sus respectivas sanciones que nos muestra Carrancá y Rivas, en su libro *Cárcel y penas en México*.

⁴ *Ibidem.*, p.p. 42-43.

⁵ Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, Décima Edición, 1974, p. 74.

⁶ Castellanos Tena, Fernando, *ob.*, cit., p. 43.

DELITOS

"Traición al rey o al Estado...

Encubrimiento de tal traición, por parte de los parientes...

Espionaje...

Rebelión del señor o príncipe vasallo del imperio azteca, que trate de liberarse de él...

Encubrimiento de los parientes hasta el 4º grado que, habiendo tenido conocimiento de traición al soberano, no lo han comunicado...

Uso en la guerra, o en alguna fiesta, de las insignias o armas reales de México, de Texcoco o de Tacuba...

Deserción en la guerra...

Indisciplina en la guerra...

Insubordinación en la guerra...

Robo en la guerra...

Traición en la guerra...

Robo de armas e insignias militares...

Dejar escapar a un soldado, un guardián o a un prisionero de guerra...

Hacer en la guerra alguna hostilidad a los enemigos, sin orden de los jefes...

Acometimiento, en la guerra, antes de tiempo...

Abandono, en la guerra, de la bandera...

Quebrantamiento de algún bando publicado en el ejercito...

PENAS

Descuartizamiento.

Pérdida de la libertad (no se especifica si en la cárcel o en esclavitud).

Desollamiento en vida.

Muerte por golpes de porra en la cabeza y confiscación de bienes.

Esclavitud.

Muerte o confiscación de bienes.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Muerte.

Degüello.

Degüello

Degüello.

Degüello.

Degüello.

DELITOS	PENAS
Maltrato de algún embajador, ministro o correo del rey, dentro del camino real...	Muerte.
Retorno de algún embajador sin respuesta alguna...	Degüello.
Incumplimiento del cometido por parte de los embajadores...	Degüello.
Amotinamiento en el pueblo...	Muerte.
Desprendimiento o cambio de los mojones puestos con autoridad pública en las tierras...	Muerte.
Dictar un juez sentencia injusta o no conforme a las leyes...	Muerte.
Relación infiel, por parte de un juez, de alguna causa al rey o al superior...	Muerte.
Dejarse un juez corromper con dones (cohecho)...	Muerte.
Peculado...	Muerte.
Peculado cometido por un administrador real...	Muerte y confiscación de bienes.
Malversación...	Esclavitud.
Ejercicio de Funciones, en jueces y magistrados, fuera del palacio...	Trasquilamiento en público y destitución de empleo, en casos leves; muerte en casos graves.
Negativa para cumplir la sentencia por parte de los ejecutores...	La misma pena que se nieguen a ejecutar.
Alteración, en el mercado, de las medidas establecidas por los jueces...	Muerte sin dilación en el lugar de los hechos.
Incumplimiento de sus tareas en los funcionarios del mercado...	Pérdida del empleo y destierro.
Hurto en el mercado...	Lapidación en el sitio de los hechos.
Homicidio, aunque se ejecute en un esclavo...	Muerte.

DELITOS	PENAS
Privación de la vida de otro por medio de bebedizos...	Ahorcadura.
Privación de la vida de la mujer propia, aunque se le sorprenda en adulterio...	Muerte.
Acceso carnal a la mujer, cuando conste que ella ha violado la fe conyugal...	Muerte.
Adulterio (no se reputaba tal, el comercio del marido con una soltera)...	Lapidación o quebrantamiento de la cabeza entre dos lozas; en Ichcatlán, a la mujer acusada se le descuartizaba y se dividían los pedazos entre los testigos.
Riña...	Cárcel. Si uno de los rijosos resulta herido, el heridor pagará gastos de curación y los perjuicios causados a la víctima". ⁷

Del anterior análisis, podemos concluir que en el Imperio Azteca se vivía en pleno periodo de la Venganza Privada, pero con la autorización y supervisión del Estado, siendo aplicable en cierto modo la ley del Talión, predominaba la pena de muerte en la ejecución de sus penas; en el caso de la pena de prisión, ésta simplemente se utilizaba como un lugar donde los culpables de la comisión de delitos permanecían en calidad de depósito hasta el momento de enfrentar el castigo principal, que generalmente era la muerte en sus diferentes y atroces modalidades.

B) LOS MAYAS

La civilización maya, presenta perfiles muy diferentes de la azteca. Más sensibilidad, sentido de la vida, más refinado, concepción metafísica del mundo, más profunda. En suma, una delicadeza connatural que ha hecho de los mayas uno de los pueblos más interesantes de la historia, ejemplo de ello: tenemos que el abandono de hogar no estaba castigado, el adúltero podía ser perdonado por el ofendido, o bien matarlo; para la adúltera, la infamia y el menosprecio de los demás se consideraba suficiente castigo; el robo de cosa que no podía ser devuelta se castigaba con esclavitud; los que desobedecían las ordenes del Rey eran muertos, etc.

⁷ Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, ob., cit., p.p. 27, 28, 29 y 33.

Sin embargo, existen discrepancias con la anterior aseveración, pues como lo sostiene Carrancá y Trujillo, todo lo que se puede decir, es que:

"Los pueblos precortesianos seguramente contaron con un sistema de leyes para la represión de los delitos, que la pena fue cruel y desigual y que en las organizaciones más avanzadas es seguro que las clases teocrática y militar aprovecharan la intimidación, para consolidar su predominio".⁸

Lo que se confirma con los datos aportados por el maestro Castellanos Tena, al sostener:

"Que entre los mayas, las leyes penales, al igual que en otros reinos o señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los "batabs" o casiques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptores y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente".⁹

En seguida, por ser de gran utilidad para éste trabajo, exponemos un cuadro general de las principales penas y delitos que se aplicaban dentro de la cultura maya.

DELITOS

PENA

"Adulterio...	Lapidación al adúltero varón si el ofendido no perdonaba (dejar caer una pesada piedra sobre la cabeza desde lo alto). En cuanto a la mujer, nada mas su vergüenza o infamia. O bien (lapidación) muerte por flechazos en el hombro o arrastramiento de la mujer por el esposo y abandono en un sitio lejano para que la devoraran las fieras, o bien como remate de la venganza privada, matrimonio del marido engañado con la mujer del ofensor. O bien extracción de las tripas por el ombligo a ambos adúlteros.
Sospecha de adulterio...	Amarradura de manos la espalda varias horas o un día. O bien desnudamiento. O bien corte de cabello.
Violación...	Lapidación con la participación del pueblo entero.
Estupro...	Lapidación con la participación del pueblo entero.

⁸ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 76.

⁹ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 40.

DELITOS

PENA

Relaciones amorosas con un esclavo de distinto dueño...	Esclavitud a favor del dueño ofendido.
Sodomía...	Muerte en un horno ardiente.
Robo de una cosa que no puede ser devuelta (no se admite el robo famélico o en estado de necesidad)...	Esclavitud.
Hurto a manos de señores o gente principal (aunque sea pequeño el hurto)...	Labrado en el rostro desde la barba hasta la frente.
Hurto a manos de un plebeyo...	Pago de la cosa robada o esclavitud. En algunas ocasiones, muerte.
Traición a la patria...	Muerte.
Traición a los súbditos de Ahchac Cocom (según la crónica de Chac Xulv Chen, ¿ 1542 ?)...	En la gran cueva de la comadreja destrucción de los ojos.
Incendio por negligencia o imprudencia...	Indemnización de su importe con los bienes propios o, en caso de no tenerlos, con los de su mujer o demás familiares.
Incendio doloroso...	Muerte. En algunos casos satisfacción del daño" ¹⁰

C) TLAXCALTECAS

"En este pueblo estaba establecida la imposición de la pena de muerte para que al que le faltara el respeto a sus padres, para el causante de grave daño al pueblo, para el traidor al rey o al Estado, para el que en la guerra usara las insignias reales, para el que maltratara a un embajador, guerrero o ministro del Rey, para los que destruyeran los límites puestos en el campo, para los jueces que sentenciaran injustamente o contra la ley o que diera al Rey relación falsa de algún negocio, para que en la guerra rompiera las hostilidades sin orden para ello o abandonara la bandera o desobedeciera, para el que matara a la mujer propia, aunque la sorprendiera en adulterio, para los adúlteros, para el incestuoso en primer grado, para el hombre o la mujer que usara vestidos impropios de su sexo, para el ladrón de joyas de oro, para los lapidadores de la herencia de sus padres. La muerte era por ahorcamiento, lapidación, decapitación o descuartizamiento. Se conocía también la pena de pérdida de libertad".

¹⁰ Carrancá y Rivas, Raúl, ob., cit., p.p. 42-43.

D) LOS TARASCOS

"Entre las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos; más se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas. El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se la hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves".¹¹

"Sin embargo, como quedara puntualizado anteriormente, existen muy pocos datos donde se tienen los antecedentes sobre las instituciones legales y la administración de justicia entre los tarascos. No obstante, la relación de Michoacán ofrece algo. Durante el "ebuataconcuaro", en el vigésimo día de las fiestas, el sacerdote mayor (Petanuti) interrogaba a los acusados que estaban en las cárceles esperando ese día, y acto continuo dictaban su sentencia. Cuando el sacerdote mayor se encontraba frente a un delincuente primario, y el delito era leve, sólo se amonestaba en público al delincuente. En caso de reincidencia, por cuarta vez, parece que la pena era de cárcel. Para el homicidio, el adulterio, el robo y la desobediencia a los mandatos del rey la pena era de muerte, ejecutada en público. El procedimiento para aplicarla era a palos; Después se quemaban los cadáveres. Hay que recordar que en la famosa fiesta "ebuataconcuaro", el número principal lo constituía el relato que el Petamuti hacía al pueblo de los gloriosos antecedentes de su raza; después el sacerdote interrogaba a los acusados y dictaba su sentencia. ¿No sería así para demostrar que nada empañaba la gloria de la raza, ni siquiera los peores crímenes, que por eso se castigaban con la muerte, quemándose luego los cadáveres?. Por lo tanto, los principales delitos y las penas correspondientes entre los tarascos eran las siguientes:

DELITOS	PENAS
Homicidio...	Muerte ejecutada en público.
Adulterio...	Muerte ejecutada en público.
Robo...	Muerte ejecutada en público.
Desobediencia a los mandatos del Rey...	Muerte ejecutada en público". ¹²

¹¹ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 41.

¹² Carrancá y Rivas, Raúl, ob., cit., p.p. 116, 117 y 118.

II ÉPOCA COLONIAL

Ironía total presenta dentro de la historia, "la Colonización", ya que, por un lado, es característica de ésta etapa una supuesta culturización por medio de la imposición de ideas de un "mundo civilizado", y por otro, el atraso dentro del campo de la justicia y la igualdad social; el control que tuvo el llamado "Imperio", durante tanto tiempo, así como los valores tutelados en ésta época, absurdos y extremistas, parciales y opresores, fue sin lugar a dudas, un factor decisivo en la rebelión del pueblo en contra de los conquistadores, lo que dio lugar a la Independencia. La Monarquía, como era conocida en Europa no tuvo cabida en el nuevo mundo.

"Por lo tanto fue Derecho vigente durante la Colonia el principal y el supletorio; el primero, constituido por el derecho indiano, entendido en su expresión más genérica, es decir, que comprendía tanto las leyes stricto sensu cuanto las regulaciones positivas, aun las más modestas, cualquiera que fuese la autoridad de donde emanaran pues es sabido que varias autoridades coloniales - Virreyes, Audiencias, Cabildos- gozaban de un cierto margen de autonomía que les permitía dictar disposiciones de carácter obligatorio; y el segundo, constituido por el Derecho de Castilla.

La Recopilación de las leyes de los Reinos de las Indias, de 1680, constituya el cuerpo principal de leyes de la Colonia completado con Autos acordados, hasta Carlos III (1759); apartir de éste monarca comenzó una legislación especial más sistematizada, que dio origen a las Ordenanzas de Intendentes y a las de Minería. La Recopilación se compone de IX Libros divididos en títulos integrados por buen golpe de leyes cada uno. La materia está tratada confusamente en todo el Código. "Éste cuerpo de leyes es un caos en el que se hacinaron disposiciones de todo género", pudo en los diversos libros, es, no obstante, el VII el que trata más sistematizadamente de policía, prisiones y derecho penal.

Mencionaremos única y exclusivamente el Libro VII, de ésta recopilación, por ser utilizada para los fines de ésta investigación.

"Este libro se integra de 28 leyes, se denomina "De los delitos y penas y su aplicación" y señala pena de trabajos personales para los indios, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la República y siempre que el delito fuere grave, pues si leve la pena sería la adecuada, aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a su acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 18 años podían ser empleados en los transportes donde se careciera de caminos o bestias de carga. Los delitos para los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.

Aparte el incumplimiento general, en las Colonias, de la legislación indiana, lo que constituye problema ajeno a este lugar, la misma legislación contiene aportes dignos de especial mención, p. e.: sistema de composición permitido, aunque excepcionalmente y "siendo el caso de tal calidad que no sea necesario dar satisfacción a la causa pública, por la gravedad del delito o por otros fines" (I. 17, tít. 8, Lib. VII de la Rec. 1680). Por el contrario, las penas eran desiguales según las castas, quedando equiparados españoles y mestizos sólo en ciertos casos, p.e., adulterio".¹³

En seguida, exponemos los principales delitos y penas correspondientes en ésta época.

DELITOS	PENAS
"Judaizar...	Muerte por garrote y posterior quemazón de cuerpo en la hoguera. A los judaizantes ausentes, relajación estatua. A los judaizantes muertos tiempo atrás y cuya fe no se había descubierto, exhumación de los restos para convertirlos en cenizas.
Reincidencia en el judaísmo...	Llevar "sambenito ad perpetuam" (proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio).
Encubrimiento de judaizantes...	Abjuración de veementi de los errores del judaísmo, en auto de fe público dentro de la Iglesia Mayor y Catedral (en el caso de la hoy ciudad de México), sobre unos cadalsos con una vela de cera en la mano. Destierro por cuatro años (proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio).
Herejía, rebeldía y afrancesamiento...	Relajamiento y muerte en la hoguera (proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio).
Herejía (anglicanismo)...	A los jóvenes, servicio en los conventos. A los mayores de edad, pena que variaba entre cien y trescientos azotes, y entre cuatro y diez años de galeras. Sólo hubo un caso (Jorge Ribili) en que se aplicó el garrote, con relajamiento al brazo.

¹³ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 76, 77, 78.

DELITOS

PENAS

La misma Ordenanza. Cantar y bailar de noche (el areito), o bien en la misma; no oír misa o bien llevar a ella insignias o divisas que presentaran las cosas pasadas...

Cien azotes.

La misma Ordenanza. Poner a los hijos nombres, divisas y señales en los vestidos, donde se representaran los demonios...

Prisión y cien azotes.

Ejercer la Astrología y la Demonología (proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio)...

Salir a la calle, en el auto de fe de la fecha de la sentencia, en hábito y con insignias de penitente, vela de cera verde en las manos y sogá al cuello.

Ocultación de ídolos, hechicería y pacto con el demonio (proceso a cargo del Arzobispo Zumárraga)...

Reclusión en el monasterio de San Francisco, con el objeto de hacer acto de contrición y confesar. Antes de su reclusión el acusado (indio) fue sometido a tormento.

Hechicería (Ordenanza para el Gobierno de Indios)...

Azotes en público y atadura a un palo en el tianguis donde habría de permanecer el acusado dos o tres horas, con una coraza en la cabeza.

Robo y asalto...

Muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y poner éstos en las calzadas.

Complicidad en el asalto...

Azotes.

Encubrimiento en asalto...

Azotes.

Robo...

Muerte en la horca, en el sitio de los hechos.

Asalto...

Garrote en la cárcel; después sacar el cuerpo y ponerlo en la horca.

DELITOS

PENAS

Daño en propiedad ajena (en el caso prender fuego a la cárcel)...	Azotes.
Alcahuetería...	Emplumamiento debajo de la horca.
Costumbres homosexuales...	En el caso se trató de un mulato vestido de mujer. Azotes.
Daño en propiedad ajena (en el caso un "lobo" amestizado quemó la horca)...	Muerte en la hoguera debajo de la horca.
Embriaguez...	Azotes.
Dar mal ejemplo (Ordenanza para el Gobierno de Indios)..	Azotes, trasquiladura y cárcel. ¹⁴

Como dato digno de retenerse vale la pena señalar el siguiente: de 1528 a 1571 se incoaron en la Nueva España ciento treinta y ocho procesos por blasfemia.

Como conclusión Raúl Carrancá y Rivas establece que:

"Se habrá notado que en la lista de delitos y penas de la época Colonial se repiten los mismos delitos con penas semejantes. Esto, por ejemplo, ocurrió muchísimo menos en las listas que ofrecemos sobre delitos y penas en la época prehispánica. ¿Cual es la razón?. En primer lugar, salta a la vista una absoluta desorganización en materia legislativa. En segundo lugar, una disimilitud de criterio y de doctrinas, aveces alarmante. En cuanto al robo, por ejemplo, la variedad oscila entre la muerte en la horca con posterior descuartizamiento del cuerpo para poner las partes en las calzadas y caminos de la ciudad, en otro caso. Además de que hubo robo que se castigara sólo con azotes y cortadura debajo de las orejas debajo de la horca, Sobre el particular no se debe perder de vista que se trataba, entonces, de una legislación eminentemente pragmática, que se hacía caso al compás de la misma vida criminal. No era, sin embargo, una legislación improvisada. Voluminosos cuerpos de leyes que se remontaban a los primeros siglos de la historia legislativa de España, servían de inspiración y modelo".¹⁵

¹⁴ Carrancá y Rivas, Raúl, ob., cit., p.p. 183, 185 y 190.

¹⁵ Ibidem, p. 193.

III ÉPOCA INDEPENDIENTE

Dentro de la Etapa Independiente no solo las leyes, decretos, códigos y constituciones revistieron importancia, sino también la situación social, ya que el ambiente que reinaba en los años posteriores a la consumación de la Independencia fue tan determinante como la misma guerra independiente.

Una nación que apenas salía del dominio español, tenía que preocuparse por formar y darle un carácter a su gobierno; por lo tanto, implementa primeramente decretos para darle esa autonomía necesaria al régimen, para luego seguir con normas y códigos criminales o penales que apoyaran y castigaran a quién no cumpliera a favor del nuevo Estado.

Resulta oportuno reproducir algunos de los ordenamientos que se aplicaron en una República tambaleante (hasta 1857).

- 1.-"En los Estados las leyes dictadas por sus Congresos y en el Distrito y Territorios Federales las leyes generales.
- 2.-Los Decretos de las Cortes de España y las Reales Cédulas.
- 3.-La Ordenanza de Artillería.
- 4.-La Ordenanza de Ingenieros.
- 5.-La Ordenanza General de Correos.
- 6.-Las Ordenanzas Generales de Marina.
- 7.-La Ordenanza de Intendentes.
- 8.-La Ordenanza de Minería.
- 9.-La Ordenanza Militar.
- 10.-La Ordenanza de Milicia Activa o Provisional.
- 11.-Las Ordenanzas de Bilbao.
- 12.-Las Leyes de Indias.
- 13.-La Novísima Recopilación de Castilla.
- 14.-La Nueva Recopilación de Castilla.
- 15.-Las Leyes de Toro.
- 16.-Las Ordenanzas Reales de Castilla.
- 17.-El Ordenamiento de Alcalá.
- 18.-El Fuero Real.
- 19.-El Fuero Juzgo.
- 20.-Las Siete Partidas.
- 21.-El Derecho Canónico.

22.-El Derecho Romano".¹⁶

Algunos de los Ordenamientos surgidos al proclamarse la Independencia fueron:

- 1.-"Decreto español de 1812.
- 2.-Decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, de 22 de Octubre de 1814.
- 3.-Constitución de 1824.
- 4.-Las siete leyes constitucionales de 1836.
- 5.-Bases orgánicas de la República Mexicana, de 1843.
- 6.-Constitución de 1857.
- 7.-Ley de Jurados criminales de 1869.
- 8.-Código Penal de 1871 para el Distrito Federal, territorios de Baja California, y para toda la nación en delitos Federales.
- 9.-Código de Procedimientos Penales de 1880, para el Distrito y Territorios Federales.
- 10.-Código de Procedimientos Penales de 1894, para el Distrito y Territorios Federales.
- 11.-Código de Procedimientos Penales en materia Federal de 1908.
- 12.-Código de Procedimientos Penales de 1929 y de 1931 para el Distrito Federal y Federal de 1934."¹⁷

Había pues que combatir los aspectos claros y primordiales de entonces, tales como: la esclavitud, la policía, la portación de armas, la insubordinación, el robo, el asalto, etc., para dar paso luego a aspectos detallados y especiales.

"Como resumen de ésta época - asienta Ricardo Abarca-, nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay atisbos de humanitarismo en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado".¹⁸

¹⁶ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 84.

¹⁷ Colin Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, Décimo sexta Edición, México, 1997, p. Capitulo V, p.p. 53 a 60.

¹⁸ El Derecho Penal en México, 1941, p.109. Citado por Castellanos Tena, Fernando, ob., cit.,p. 45.

IV ÉPOCA JUARISTA

Fue decisión, cuando se elaboró el Proyecto del presente trabajo, la de incorporar como un antecedente histórico importantísimo, la Época Juarista. Resulta una etapa determinante no solo dentro del Derecho, sino más aún en la vida de México. No pretendemos hacer un recuento histórico pleno, tampoco un análisis de fechas y mucho menos la aportación de comentarios tendenciosos hacia una u otra versión de lo que fue tan polémico periodo, el de Reforma, sólo pretendemos realizar un merecido reconocimiento a magníficos e importantes juristas, pero sobre todo, a excelentes mexicanos que aún bajo las presiones más terribles y las condiciones más adversas, supieron mantenerse firmes en las convicciones que hicieran de las instituciones mexicanas los cimientos que forman el México de hoy.

Después del año 1857, en que tuvo lugar el Congreso Constituyente, la situación de la República en los aspectos social-económico y político era insoportable, pues la independencia fue ganada por el Clero, más no por el pueblo, quedando la Iglesia aún en mejor situación que antes de 1821. El Clero no reconocía otro gobierno que el derivado del Vaticano, tenía total y absoluto poder económico con bienes amortizados (fincas urbanas) e imponía la obligatoriedad del diezmo y políticamente existía una polaridad absoluta entre la Iglesia y la Milicia.

"Es indudable que había que combatir los abusos del clero, no la religión; pero la ignorancia y la mala fe imperantes, tanto de parte del clero como de la de algunos de sus enemigos, desvirtuaron muchas veces aquella lucha; y mientras los sacerdotes hacían creer a sus ignorantes feligreses, que todo intento de reformar sus abusos, era un ataque a la religión, muchos de sus contrarios tendían a la total destrucción de toda idea religiosa en la sociedad".¹⁹

Surge entonces la notable figura de Benito Juárez, quién al margen de su notable trayectoria siempre ascendente, retoma las riendas y dirección del país, emitiendo la primera Ley francamente reformista en 23 de Noviembre de 1855.

Comienza de ésta manera una lucha no sólo contra el clero, que obviamente estaba en contra del gobierno liberal encabezado por Juárez, sino también contra extranjeros apoyados ya sea por el partido Conservador o por la misma Iglesia.

Las ideas francamente radicales, liberales y avanzadas de Juárez provocaron una reacción que incluso lo llevó a la cárcel siendo presidente de la Suprema Corte de Justicia, pero lo peor era "la situación general de la República que era verdaderamente anárquica:

¹⁹ Alfonso Toro, Historia de México, Editorial Patria, Décimo sexta Edición, 1973, p. 454.

jefes liberales y conservadores, entre los que se contaban algunos eclesiásticos, imponían contribuciones excesivas y préstamos forzosos, especialmente a los del bando contrario: incendiaban pueblos; recurrían a la leva para aumentar sus ejércitos; aprehendían y fusilaban sin formación de causa a los enemigos de sus ideas, y aún plagiaban a los ricos para obtener rescates considerables. Como resultado de ésta lucha, ladrones y asesinos, cubriéndose con la bandera de defensores de la religión, o de la libertad, hacían reinar la mayor inseguridad, no sólo en los caminos, sino aún dentro de las ciudades, agonizando en medio del desorden, la agricultura, la minería y el comercio. Vivir sobre el país, era la frase consagrada, que se traducía en que toda guerrilla; por pequeña que fuese, se arrogase el derecho de disponer a su antojo de las vidas y haciendas de los ciudadanos pacíficos, so pretexto de la causa política que invocaba".²⁰

Es importante resaltar la tendencia revolucionaria de los liberales, poniendo en práctica los principios de libertad, igualdad y fraternidad, enunciados anteriormente durante la Revolución Francesa.

Es así como Juárez dicta las Leyes de Reforma en las cuales se mantiene respetuoso de la Constitución de 57 haciendo preciso: la separación de la Iglesia y el Estado; extinguir las congregaciones religiosas; nacionalizar los bienes del Clero; establecer la libertad de cultos, entre otras medidas dispuestas en dichas leyes.

Sin embargo, no todo estaba resuelto, faltaban la intervenciones Inglesa y la invasión francesa y la herencia de una deuda para el gobierno Juarista.

Después de la lucha contra la invasión francesa, contra Maximiliano, contra los Conservadores, contra la Iglesia y algunos traidores, Juárez triunfa sobre el Imperio de Napoleón III y entra victorioso a la ciudad de México en 1867 disolviendo por completo a los conservadores y procede a la reorganización del país, expidiendo algunas leyes reglamentarias de la Constitución, de ésta manera, encarga a Don Antonio Martínez de Castro presidir la comisión redactora del primer Código Penal Federal, quedando como Presidente el Ministro Martínez de Castro y como vocales los Licenciados Don José Ma. Lafragua, Don Manuel Ortiz de Montellano y Don Manuel M. de Zamacona.

Ésta es pues, una reseña de la vida de uno de los más prominentes personajes de nuestro pueblo, sin embargo, aunque breve, ésta reseña evidencia las circunstancias adversas, así como las presiones gigantescas a las que se enfrentó un hombre, indígena de raza pura zapoteca; nacido en la extrema miseria; dirigido por un eclesiástico aprende a leer y escribir; lleva a cabo la carrera de abogado de manera brillante y desempeña varios cargos públicos de importancia, culminando con la gobernatura de su Estado natal.

²⁰ Ibidem, p. 471.

Estamos indudablemente ante uno de los ejemplos más grandes de lo que un hombre con inteligencia y voluntad férrea puede lograr, es necesario volver los ojos hacia la vida y obra de Juárez que hace ver a figuras extranjeras y héroes importados de la actualidad como un vaso de agua frente al océano con su magnificencia... a la que sólo la muerte puso fin.

CÓDIGO DE 1871

Un justo establecimiento de las condiciones imperantes en aquella época, da lugar al análisis de una de las obras más notables que sirve de base para la formación de nuestro actual régimen Penal, siendo ésta obra "El Código de Martínez de Castro o Código de 1871".

Lleno de ideas innovadoras, también liberal es realizado, por encargo del Presidente Juárez, a Don Antonio Martínez de Castro, el cual preside la comisión que redacta de manera magistral un código que, a diferencia de otros, propone la defensa del individuo, es liberal de principio a fin, original ya que - como lo asienta el propio Martínez de Castro - "solamente por una casualidad muy rara podrá suceder que la legislación de un pueblo convenga a otro, según dice Montesquieu; pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, por que el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que por buenas que esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quién se dictaron".²¹

"La fundamentación clásica del código se percibe claramente. Conjuga la justicia absoluta y la utilidad social. Establece como base de la responsabilidad penal, la moral, fundada en el libre albedrío, la inteligencia y la voluntad (art. 34, fr. I). Cataloga rigurosamente las atenuantes y las agravantes (arts. 39 a 47), dándoles valor progresivo matemático. Reconoce excepcional y limitadísimo el arbitrio judicial (arts. 66 y 231), señalando a los jueces la obligación de fijar las penas elegidas por la ley (arts. 37, 69 y 230). La pena se caracteriza por su nota aflictiva, tiene carácter retributivo, y se acepta la de muerte (art. 92, fr. X) y, para la de prisión, se organiza el sistema celular (art. 130). No obstante, se reconocen algunas medidas preventivas y correccionales (art. 94). Por último, se formula una tabla de posibilidades de vida para los efectos de la reparación del daño por homicidio (art. 325).

Dos novedades importantes representa, sin embargo, el c.p. para su tiempo. La una lo fue el "delito intentado"; *"es el que llega hasta el último acto en que debería realizarse*

²¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p.p. 85-86.

la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por que es imposible o por que evidentemente son inadecuados los medios que se emplean" (art. 25); grado que el legislador hizo intermedio entre el conato (ejecución inconsumada, art. 19) y el delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, art. 26), y que certera y expresamente justificó Martínez de Castro con la diferente peligrosidad acreditada. La otra novedad consistió en la "libertad preparatoria"; "la que con calidad de revocable con las restricciones que expresan los artículos siguientes, se concede a los reos que por su buena conducta se hacen acreedores a esa gracia, en los casos de los artículos 74 y 75, para otorgarles después una libertad definitiva" (art. 98)".²²

Se trata de un código vanguardista y adelantado a su tiempo, que inclusive fue copiado por legislaciones de otros países, creando figuras como la "libertad preparatoria" "(creación de Martínez de Castro y no del proyecto Suizo de Carlos Stooß)"²³; instrumenta y pone al servicio del individuo herramientas legales con las que pretende igualar un poco la posición de éste frente a la actitud opresora del Estado.

La vigencia de éste código tuvo lugar hasta 1903 cuando el General Porfirio Díaz propone la elaboración de un código (1912) el cual no funciona por llevarse a cabo en plena Revolución.

Y no es sino hasta el 17 de Septiembre de 1931, que bajo la promulgación del Presidente Portes Gil se publica en el Diario Oficial el nuevo código bajo el nombre de "Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero Común y para toda la República en materia de fuero Federal", "con una tendencia ecléctica y pragmática, ósea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres. El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social".²⁴

Éste es, el último de los ordenamientos vigente hasta nuestros días, el cual ha sufrido numerosas reformas, sin embargo se mantiene "vivo", pero creemos oportuno señalar que sería necesario formar (tal y como se ha intentado) una comisión mixta (funcionarios,

²² Ibidem, p.p. 86-87.

²³ Ver Carrancá y Trujillo, Raúl, ob., cit., p. 87.

²⁴ Castellanos Tena, Fernando, ob., cit., p. 48.

estudiosos, etc.) con la tarea de realizar un nuevo código que cambiara de raíz y cubriera las necesidades actuales surgidas por el lógico evolucionar del hombre; y que por lo tanto, si éste cambia, por que no cambiar también su entorno, pues lo que no evoluciona y cambia está destinado a perecer, o en su defecto a mal funcionar.

CAPÍTULO TERCERO

Marco Jurídico Normativo Actual

CAPÍTULO TERCERO

MARCO JURÍDICO NORMATIVO ACTUAL

Resultaría absurdo e incongruente el haber realizado un recorrido en páginas anteriores a través de la historia penal, así como de la doctrina que rige la aplicación de penas y no realizar un análisis de las leyes y normas vigentes, es decir, de derecho positivo.

Por lo tanto es dentro de éste capítulo que mencionaremos cada una de las leyes, que a nuestro juicio, tienen que ver de una u otra forma con la imposición de sanciones y penas; realizado esto, primeramente, de manera jerárquica, comenzando por nuestra Carta Magna, luego, ámbito federal, estudio normativo Estatal, para llegar así hasta la Retención como figura especial y violatoria de garantías en la Legislación Punitiva Mexiquense.

I CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

1) De las garantías Individuales.

Art. 14.-En lo conducente establece:

... En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata...

Art. 16.-Entre otras cosas cita:

... No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado...

Art. 18.-Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a los que establecen las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren purgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en éste artículo y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden Federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

Art.19.-En su párrafo III dispone:

... Todo maltrato que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos, que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades.

Art.21.-La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...

Art.22.-Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considera como confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas, ni el decomiso de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

2) Del Poder Judicial.

Art.103.-Los tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad Federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados; y
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad Federal.

Art.107.-Todas las controversias de que habla el artículo 103 se sujetarán a los procedimientos y formas del orden jurídico que determine la ley de acuerdo con las bases siguientes:

- I.El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada;
- II. La sentencia será siempre tal, que sólo se ocupe de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre el que verse la queja, sin hacer una declaración general respecto de la ley o acto que la motivare...
- III. El amparo contra sentencias definitivas o laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, sea que la violación se cometa durante el procedimiento o en la sentencia misma, se promoverá ante el tribunal colegiado de circuito que corresponda, conforme a la distribución de competencia que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en los casos siguientes:

- a)En materia penal, contra resoluciones definitivas dictadas por tribunales judiciales, sean éstos federales, del orden común o militares...

II. LEY DE AMPARO

(Libro Primero, del amparo en general, Título Primero, Reglas Generales, capítulo I)

Disposiciones Fundamentales.

Art.1º.El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:

- I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
- II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la Soberanía de los Estados;
- III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos, que invadan la esfera de la autoridad federal.

III. LEY DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL.

Capítulo II

De la Competencia de las Secretarías de Estado y los Departamentos Administrativos.

Art.27.-A la Secretaría de Gobernación corresponde el despacho de los siguientes asuntos:

XXVI. Organizar la defensa y prevención social contra la delincuencia, establecimiento en el Distrito Federal de un Consejo Tutelar para menores infractores de más de seis años e instituciones auxiliares, creando colonias penales, cárceles y establecimientos penitenciarios en el Distrito Federal y los Estados de la Federación, mediante acuerdo con sus gobiernos, ejecutando y reduciendo las penas y aplicando la retención por delitos del orden federal o común en el Distrito Federal; así como participar conforme a los tratados relativos, en el traslado de los reos a que se refiere el quinto párrafo del artículo 18 Constitucional...

IV. LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.

Ésta Ley contiene las corrientes más avanzadas en la materia. El criterio penológico que utiliza se deriva de los mandatos contenidos en el artículo 18 Constitucional. Estas normas apuntan sólo criterios generales para el tratamiento a los infractores de la Ley Penal. Su carácter sintético permite rehabilitar al delincuente con miras a que, en el momento en que se reincorpore a la sociedad, sea un miembro útil a la misma.

Para la consecución de éste fin, la referida Ley preve que la aplicación del tratamiento y el manejo de las instituciones esté a cargo de personal debidamente capacitado, señalando para éste efecto los fundamentos para la selección y formación del personal penitenciario en todos los niveles.

En su primer artículo establece que la finalidad de dicho ordenamiento es organizar el sistema penitenciario en la República Mexicana. Los artículos 2,6,7,8,10,11,12,14 y 16 prevén la organización del sistema, sobre las bases del trabajo y la educación; señala, además, que el tratamiento de readaptación social será individualizado, con base en las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto que ha delinquido, apoyándose en los estudios de personalidad del sujeto y su adecuada clasificación; también requieren de un régimen progresivo técnico, que lleve aparejada la creación de organismos técnicos y criminológicos en los centros penitenciarios. Este régimen progresivo culmina con el tratamiento preliberacional, entre cuyas manifestaciones se cuentan los permisos de salida al exterior de la prisión. Otra

innovación en el sistema de tratamiento son las relaciones del interno con el mundo exterior, así como la autorización de la visita íntima, con la finalidad de mantener las relaciones maritales del detenido en forma sana y moral dentro de las instalaciones de reclusión.

Los artículos 3 y 17 señalan en estricto sentido la nueva orientación y atribuciones de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, que vino a sustituir al Departamento de Prevención. Estos artículos estipulan que dicha Dependencia tendrá a su cargo la aplicación de la citada ley en el Distrito y Territorios Federales y en los reclusorios dependientes de la Federación. Además, para las tareas de la prevención social de la delincuencia, el Ejecutivo Federal podrá celebrar convenios de coordinación con los Gobiernos de los Estados.

Los artículos 4 y 5, señalan que el personal directivo, administrativo, técnico, de custodia y asistencia, deberá asistir a cursos de formación antes de asumir el cargo y aprobar los exámenes de selección que se establezcan, debiéndose tomar en cuenta la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos.

V. LEY DE AMNISTÍA.

Como antecedentes de ésta ley, recordaremos que durante la década de los años setenta surgieron en el país movimientos de lucha por la libertad, la igualdad y otros principios, que intentaron alterar la vida institucional, perturbando la paz social. Estos movimientos, posteriormente se convirtieron en guerrillas, estuvieron integrados principalmente por jóvenes quienes enardecidos por sus ideales cometieron delitos que fueron sancionados por nuestro sistema legal.

"La ley en cuestión benefició a más de 250 personas en forma directa, según lo observó el Doctor Sergio García Ramírez, en la época Subsecretario de Gobernación. Por su parte el Lic. Pedro Ojeda Paullada, quien fungía entonces como Procurador General de la República, dijo que los efectos de tal Ley "serían terminar, extinguir la acción penal y las penas impuestas; por que ahora muchos procesados tienen la libertad procesal solamente, con sujeciones legales".

El texto de la iniciativa de ley dice, entre otras cosas, las siguientes:

"La libertad es un elemento esencial para la vida del hombre en la sociedad. El sistema político que nos rige se finca en la preservación e incremento de las libertades individuales y sociales que hacen posible la plenitud del hombre y el desarrollo de la comunidad. En el año de 1968 tuvieron lugar, en distintos países del mundo, serios disturbios estudiantiles que pusieron en evidencia tanto a quienes los promovieron como los desajustes sociales prevalecientes. México se vio entonces sacudido por hechos de

todos conocidos... El Ejecutivo a mi cargo considera conveniente para la tranquilidad social, la unidad nacional y el fortalecimiento de los vínculos que identifican a la colectividad mexicana, el promover ante el H. Congreso de la Unión... la presente iniciativa de Ley de Amnistía... Estima El Ejecutivo que al otorgarse ésta amnistía, y asegurarse a los procesados o sentenciados por los sucesos de 1968 el goce definitivo de su libertad, se contribuirá a vigorizar el presente ciclo histórico... Asimismo, el conceder ésta amnistía general pondrá de manifiesto, una vez más, que la República confía en la responsabilidad de los ciudadanos para mantener y acrecentar nuestro régimen de libertades, dentro de un sistema democrático, que contrasta con regímenes dictatoriales de distintos signos ideológicos, que en lugar de estimular y promover la capacidad creadora del hombre y el respeto a su dignidad, hacen nugatorios sus derechos fundamentales".¹

Este ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 28 de Septiembre de 1978, misma fecha en que entró en vigor, la cual vino a beneficiar un gran número de militantes de esas organizaciones que fueron privados de su libertad.

Esta Ley, en su artículo primero, definió el perfil de los beneficiarios, siendo todas aquellas personas en contra de quienes se hubiese ejercitado acción penal, hasta el momento de entrada en vigor de la referida Ley, por haber cometido delitos de sedición o por haber invitado, instigado o incitado a la rebelión, por conspiración u otros delitos con móviles políticos que hubieren tenido como fin alterar la vida institucional del país, siempre y cuando no fueran contra la vida, la integridad corporal, así como terrorismo o secuestro. Finalmente, éste beneficio se extendió a personas que cometieron éste tipo de delitos, pero que ni revelaron alta peligrosidad.

La Amnistía decretada por el Gobierno tuvo como efecto la extinción de la acción penal y las sanciones impuestas respecto a los delitos mencionados; sin embargo subsistió la responsabilidad civil y el derecho de quien pudiera exigirlo.

Ésta ley se promulgó para dar solución a un problema de índole político-social y estableció su vigencia por noventa días, a partir de su publicación. Éste plazo se estableció para las personas que se encontraran sustraídas de la acción de la justicia, a las cuales se aplicó ésta ley a condición de entregar las armas, explosivos u otros objetos empleados en la comisión de delitos.

¹ Carrancá y Trujillo, Raúl, Carrancá y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, Décimo primera Edición, México, 1985, p.p. 264-265.

VI. CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA DE FUERO COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA DE FUERO FEDERAL

Este código tiene como fin regular el poder punitivo del Estado; consta de dos libros, de los cuales el primero establece las normas relativas a la responsabilidad penal, las penas y medidas de seguridad, la aplicación de sanciones, la ejecución de sentencias y la extinción de la responsabilidad penal. El libro segundo contiene en sus artículos un listado de tipos penales; es decir, la descripción precisa de aquellas conductas que se consideran como delito, así como su sanción respectiva.

Este ordenamiento tiene vital importancia en relación con la ejecución de sentencias penales, ya que define claramente las penas y medidas de seguridad. El artículo 24 de éste ordenamiento legal, al efecto señala:

Art. 24.-Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.-Prisión.
- 2.-Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.-Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.-Confinamiento.
- 5.-Prohibición de ir a lugares determinados.
- 6.-Sanción Pecuniaria.
- 7.-(Derogada, D.O. 13 de Enero de 1984).
- 8.-Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.-Amonestación.
- 10.-Apercibimiento.
- 11.-Caución de no ofender.
- 12.-Suspensión o privación de derechos.
- 13.-Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.-Publicación especial de sentencia.
- 15.-Vigilancia de la autoridad.
- 16.-Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.-Medidas tutelares para menores.
- 18.-Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito y las demás que fijan las leyes.

Ahora bien, según el artículo 25 de la Ley Penal antes invocada establece: Que la prisión como pena privativa de libertad corporal será de tres a cuarenta años con excepción a los numerales que en ella se indica; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el Organismo Ejecutor de las acciones penales, que en este caso será a través de la Dirección General de

Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación, sujetándose, desde luego, a la resolución social del sentenciado o dicho en otras palabras, hacer ver al individuo que su conducta fue antijurídica, y por tanto reprochable por la sociedad. Con base en esto, la autoridad competente lo someterá a un tratamiento, el cual se basará en estudios psicológicos que determinarán su personalidad, las circunstancias que lo orillaron a cometer el delito y su grado de peligrosidad: baja, media o alta, así como otras circunstancias dadas durante el tiempo de su reclusión.

En los centros de readaptación social el interno debe observar buena conducta, desempeñar actividades cívicas, culturales, laborales y educativas. Existen varios beneficios de libertad para los sentenciados que reúnen éstas características.

Este ordenamiento también establece los llamados sustitutivos de la prisión, que son:

1. Tratamiento en libertad y semilibertad (aplicable en sustitución de sentencias hasta de tres años).
2. Trabajo en favor de la comunidad (aplicable en sustitución de sentencias hasta de un año).
3. Condena condicional.

También establece los beneficios a que puede ser acreedora una persona cuya sentencia ha causado ejecutoria, que rebase los tres años de pena privativa de libertad:

1. Libertad preparatoria.
2. Reconocimiento de inconsciencia e indulto.
3. Conmutación de penas.

Para finalizar es relevante destacar que a la fecha ha sido derogado el numeral relativo a la Retención, según el D.O. de fecha 23 de Diciembre de 1985.

VII. CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El Código Federal de Procedimientos Penales comprende los procedimientos de averiguación previa y preinstrucción, a cargo del Ministerio Público, así como la instrucción que abarca aquellas diligencias realizadas ante los tribunales, tales como la declaración preparatoria. También regula por procedimientos realizados en segunda instancia, es decir, ante el Tribunal de Apelación.

Este ordenamiento jurídica señala el lugar donde el reo debe cumplir con la condena que le ha impuesto la autoridad judicial; esto es, la ejecución de la sentencia, la cual corresponderá al Poder Ejecutivo, a través de la Dirección General de Prevención y

Readaptación Social, ajustándose a lo previsto por el Código Penal y demás disposiciones relativas.

Este Código regula las facultades del Ministerio Público, que es el encargado de ejercitar la acción penal, así como las funciones de la Policía Judicial. También establece las normas que deben ser observadas en los procedimientos penales relativos a competencia, plazos y términos, formalidades, audiencias, etc. Estipula los medios de prueba, recursos e incidentes de libertad; señala los procedimientos relativos a los menores, enfermos mentales y a consumidores habituales de estupefacientes. De igual forma, contiene los procedimientos relativos a la libertad preparatoria, el indulto y la rehabilitación.

VIII. CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Este ordenamiento legal tiene por objetivo reglamentar el poder punitivo en nuestra Entidad; consta de dos libros, de los cuales el primero señala las normas relativas al delito y responsabilidad penal, las penas y medidas de seguridad, la aplicación de sentencias y la extinción de la pretensión punitiva. El libro segundo contiene artículos relativos a los tipos penales; es decir, la descripción de las conductas que se consideran como delictuosas, así como su sanción respectiva.

Este Código tiene trascendente importancia en relación con la ejecución de las resoluciones en esta materia, ya que conceptualiza claramente las penas y medidas de seguridad. El artículo 25 de este Código Sustantivo, al efecto señala:

Art.25.-Las penas y medidas de seguridad que pueden imponerse con arreglo a este Código, son las siguientes:

- I. Prisión;
- II. Multa;
- III. Reparación del daño;
- IV. Trabajo en favor de la comunidad;
- V. Confinamiento;
- VI. Prohibición de ir a lugar determinado;
- VII. Decomiso de los instrumentos y efectos del delito;
- VIII. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones, empleos o comisiones;
- IX. Suspensión y privación de derechos;
- X. Reclusión;
- XI. Amonestación;
- XII. Caución de no ofender;

- XIII. Vigilancia de la Autoridad;
- XIV. Publicación especial de sentencia; y
- XV. Decomiso de bienes producto del enriquecimiento ilícito.

Ahora bien, en su artículo 26 establece: "Que la prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de 3 días a 40 años y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México..."

Este ordenamiento establece los llamados sustitutivos de la prisión, que son:

- 1.Trabajo en favor de la comunidad, y ;
- 2.La suspensión condicional de la condena (aplicable en sustitución de sentencias de dos a cinco años).

También establece los beneficios a que puede hacerse acreedora una persona sujeta a proceso criminal:

1.Reducción hasta la mitad de la pena que le correspondiera, siempre y cuando se trate de un delincuente primario, de escaso desarrollo intelectual, de indigente situación económica y de mínima peligrosidad. (Párrafo I del art. 60 de la Ley Penal en consulta).

2.Reducción de la pena impuesta por confesión del acusado, la cual procederá siempre y cuando se reconozca los hechos imputados en forma espontanea o bien, ratifica la rendida en indagatoria o la formula con posterioridad hasta antes de la celebración de la audiencia final de juicio, el juez instructor podrá reducir hasta un tercio la pena que le correspondería según el delito cometido. La sentencia que reduzca la pena deberá ser confirmada por el tribunal de alzada correspondiente, para que surta efectos. Entre tanto, la pena se entenderá impuesta sin la reducción autorizada por el párrafo II del Ordenamiento antes invocado.

3.Conmutación de sanciones.

4.Amnistía e indulto, entre otros.

Cabe mencionar a éste respecto que, como crítica al sistema y costumbre de nuestros jueces, se imponen, en muchas ocasiones, sentencias condenatorias, sin tomar debidamente y en consideración lo establecido por la Ley en cuanto a la sustitución de sentencias, lo cual proponemos como un apartado de la Ley que debe aplicarse de manera más común y en mayor medida, evitando con esto, en penas cortas privativas de libertad, las cuales en estos casos, perjudican en lugar de beneficiar, puesto que en los casos de

infractores de peligrosidad mínima, primarios, etc., resulta un riesgo enorme la prohibición de la libertad dado la difícil reintegración a la sociedad por múltiples factores negativos que la prisión ofrece en la realidad mexicana.²

IX. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

El Derecho Procesal Penal representa la salvaguarda de los intereses sociales frente a los delitos, conduciendo al delincuente hasta su sentencia, ya sea condenatoria o absolutoria, toda vez que ha sido juzgado.

El Código Adjetivo Penal vigente en la Entidad, regula los procedimientos de Averiguación Previa, a cargo del Ministerio Público, así como la instrucción que abarca aquellas diligencias realizadas ante los tribunales, tales como la declaración preparatoria. También regula la substanciación o procedimiento realizados en segunda instancia, es decir, ante el Tribunal Superior de Justicia en el Estado.

Esta disposición legal señala que será la Ley de Ejecución de Penas Privativas y restrictivas de la libertad, quien señalará la forma en que se cumplirá las penas restrictivas de libertad; esto es, la ejecución de la sentencia, la cual corresponderá al Poder Ejecutivo a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Este Código también regula las facultades del Ministerio Público, que es el encargado de ejercitar la acción penal, así como las funciones de la Policía Judicial. También establece las normas que deben ser observadas en los procedimientos penales relativos a competencia, plazos y términos, formalidades, audiencias, etc. Estipula los medios de prueba, recursos e incidentes de libertad; señala los procedimientos relativos a los menores, enfermos mentales y a consumidores habituales de estupefacientes. De igual forma, contiene los procedimientos relativos a la libertad preparatoria, el indulto y la rehabilitación.

Por otro lado, dentro del procedimiento, el Ministerio Público tendrá injerencia en lo conducente, a fin de que las sentencias sean estrictamente cumplidas. La ejecución de las sentencias irrevocables corresponde al Poder Ejecutivo, quien determinará, en su caso, las modalidades de ejecución, ajustándose a lo previsto por la ley.

² Ver. Huacuja Betancourt, Sergio, "La Desaparición de la Prisión Preventiva", Editorial, Trillas, Primera Edición, México, 1989.

X. LEY DE REHABILITACIÓN PARA MENORES DEL ESTADO DE MÉXICO

Sabemos que los menores de edad no pueden ser sancionados de acuerdo a las disposiciones del Código Penal, toda vez que, de acuerdo al Código Civil, tienen capacidad de goce, mas no de ejercicio. Este hecho los hace ser distintos, por lo que, según mandato constitucional, deben recibir un tratamiento diferente al de los adultos cuando cometan alguna infracción.

Las Entidades Federativas cuentan con leyes específicas. En nuestro caso, el Estado de México es regulado mediante la denominada Ley de Rehabilitación para menores del Estado de México.

El título I establece la existencia de tratamientos externos, institucional y postinstitucional, con las características de individualización, imparcialidad y sin ningún tipo de discriminación en relación a nacionalidad, raza, condiciones económicas y sociales.

Desconcentra los servicios de prevención y tratamiento dando la posibilidad de que existan consejos tutelares auxiliares, delegaciones tutelares y escuelas de rehabilitación, como organismos auxiliares del consejo tutelar para menores con sede en la Capital del Estado, que fundamentalmente, con estudio de personalidad del menor en cada caso, promueve su rehabilitación social, aplica medidas educativas y de tutela.

Establece la incompatibilidad del nombramiento de consejeros y director de las escuelas de rehabilitación con el ejercicio de cualesquiera otros cargos en la administración pública y de justicia, con el objeto de propiciar una mayor atención en el estudio y decisión de sus determinaciones, las que serán revisadas a petición de parte interesada por el Ejecutivo del Estado, a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Para fortalecer la interdisciplina, la corresponsabilidad y tener una más eficiente funcionalidad, incorpora al órgano colegiado al director de la escuela de rehabilitación, que siempre será el Secretario y al Procurador de la defensa del menor, estableciendo que el cargo de presidente del consejo tutelar, será rotativo entre sus integrantes y renovable cada seis meses.

Regula los requisitos para ser consejero y establece las atribuciones del consejo tutelar para menores, así como las del presidente y las del secretario de éste órgano colegiado. Determina que son autoridades auxiliares del consejo tutelar para menores; el procurador de la defensa del menor, el director de las escuelas de rehabilitación y los delegados tutelares, señalando que deberán fortalecer el tratamiento rehabilitatorio,

intensificar acciones preventivas y consolidar la etapa de reintegración social, asignándoles sus funciones, dando con esto mayor integración a los procedimientos y una más efectiva seguridad jurídica al menor de conducta antisocial.

Faculta al Secretario de Gobierno para designar a los integrantes del consejo tutelar para menores, a los directores de las escuelas, al procurador de la defensa del menor y a los delegados tutelares, a propuesta de la Dirección de Prevención y Readaptación Social.

Con la orientación de la política criminológica más avanzada, promueve la elaboración y ejecución de un programa anual sobre prevención social y la elaboración de estadísticas de comisión de conductas antisociales en el Estado y la presentación de alternativas de solución para combatirlas.

En el título II de esta Ley resuelve la hipótesis de los menores que estando en tratamiento institucional cumplen su mayoría de edad. Este ordenamiento reduce considerablemente los términos que para dictar sus determinaciones tiene el consejo tutelar para menores, integrando el procedimiento en tres fases: La primera deberá agotarse en veinticuatro horas; la segunda en cinco días y la tercera en treinta, contados estos plazos a partir del día de ingreso, señalando a éste órgano colegiado las determinaciones que debe dictar en cada caso sometido a su consideración.

Esta Ley consagra los derechos que el menor de conducta antisocial tiene durante el procedimiento, estableciendo en su beneficio las excluyentes de responsabilidad aplicables a los adultos; además señala expresamente los elementos que el consejo tutelar para menores debe motivar y analizar en sus determinaciones, fortaleciendo con todos estos aspectos los principios de legalidad y seguridad jurídica y proporcionando una mayor tutela al menor durante el tratamiento que debe ser individualizado, digno, humano, interdisciplinario, progresivo y secuencial, basado en la educación, atención médica, psicológica, sociología, psiquiatría, etc.

El título III del ordenamiento que se somete a consideración, regula los tratamientos reabilitatorios estableciendo los propósitos del programa institucional, que deberá ser además integral, progresivo, individual y secuencial, iniciándose con la recepción del menor hasta llegar a la etapa de la reintegración social, imponiendo el deber a los padres, tutores o custodios de participar en todas las actividades del centro de internamiento y en los programas terapéuticos. Subraya la importancia de la educación y de la labor-terapia en el tratamiento reabilitatorio, e instituye el periodo de prueba.

XI. LEY DE EJECUCIÓN DE PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBERTAD DEL ESTADO.

Esta ley se compone de siete títulos;

En el Título Preliminar se citan en forma específica los objetivos que posee el presente Ordenamiento, las bases sobre las cuales deberán partir y sustentarse el tratamiento penitenciario, así como las diferentes secciones en que estarán integradas las distintas Instituciones de Prevención y Readaptación Social contándose entre ellas, las de ingreso y observación, la destinada a albergar mujeres, que deberá ser distinta a la de los varones, la correspondiente a los inimputables, así como el área propia, por un lado, de la custodia preventiva, y por el otro, la destinada a la ejecución de la pena.

En el Título primero de la presente Ley que ocupa el rubro de la Dirección de Prevención y Readaptación social, se detallan las atribuciones y obligaciones que corresponden a la citada dependencia, se especifican las actividades propias del Consejo Técnico Interdisciplinario, su forma de integración, así como las facultades y competencia de los Consejos Internos Interdisciplinarios, cuya aparición en el Ordenamiento constituye una adición de verdadera trascendencia.

Se señala la instauración de un Consejo Interno Interdisciplinario en cada una de las Instituciones de Prevención y Readaptación Social, distinto éste del Consejo Técnico Interdisciplinario y actuará como órgano de consulta, asesoría y auxilio de la Dirección del Centro de que se trate.

El Título Segundo se refiere a la organización de las Instituciones Penitenciarias, y se tratan aspectos tales como las bases de clasificación para todos aquellos que ingresan a prisión, atendiendo fundamentalmente a la situación jurídica y características tanto personales como económicas; se indican las causas por las cuales se podrá hacer el ingreso de algún sujeto a cualquiera de los establecimientos penales, los lineamientos que deberán observarse, así como los estudios que deberán efectuarse a los internos de nuevo ingreso, a fin de clasificarlos adecuadamente. Del mismo modo, se señalan las condiciones de higiene, alimentación y vestido que deberán proporcionarse a los internos; la forma en como deberán integrarse tanto su expediente personal, como los libros de registro y control interno de las Instituciones; como punto relevante, se citan además, aplicando el tratamiento individualizado que de acuerdo al sistema progresivo técnico corresponda, y por último, como otro punto también de importancia, se habla del tratamiento o medidas aplicables en el caso de inimputables.

En cuanto al Título Tercero, su contenido versa en torno al sistema o tratamiento Institucional desglosándolo en todas sus fases. El presente apartado se integra por seis capítulos, relativos a: Régimen de Tratamiento, Régimen Ocupacional, Régimen

Educativo, Régimen Disciplinario, de las Relaciones con el Medio Exterior y de Asistencia Médica, Psicológica y Psiquiátrica.

El Primer capítulo de los mencionados con anterioridad, se basa en el tratamiento de los internos en tres postulados fundamentales: El Trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, considerándose a éstos, los peldaños insustituibles y requeridos para la modificación de las tendencias e inclinaciones antisociales de los internos así como propiciar las adquisición de conocimientos que pueden serles de utilidad en su vida libre.

Sin pasar por alto la importancia que adquiere dentro del cuadro del tratamiento, la organización de las actividades culturales, recreativas y deportivas, que son contempladas éstas como derivado y complemento del factor educativo. Tales actividades tienen como meta principal el mejoramiento del nivel cultural y las condiciones físicas, mentales, etc. de los detenidos, además de apagar aquella carga de agresividad que generalmente se acumula en los sujetos sometidos a un régimen privativo o restrictivo de la libertad personal.

En cuanto al régimen ocupacional, se otorga al trabajo penitenciario no el objeto de simple complemento, asignado sin ningún sentido o destino terapéutico, por el contrario, se señala como eslabón primordial para el logro y consecución de la Readaptación Social de los internos. En el nuevo Ordenamiento en materia de Ejecución de Penas que se propone, se plasma la idea de que el propósito final de la pena de prisión es preparar al individuo para un desempeño libre y positivo mediante el trabajo y la capacitación para su elaboración y no solamente el hecho de intentar crear buenos reclusos. De aquí la necesidad de que el trabajo penitenciario se organice y se ejerza en condiciones técnicas hasta donde sea posible, administrativas, iguales o muy semejantes a las que prevalecen en la vida libre.

En cuanto a la distribución del ingreso (\$), producto del trabajo penitenciario, se establecen los parámetros porcentuales que servirán de base para efectuar el pago correspondiente.

Se establece la instrucción académica no sólo como factor primordial de readaptación, sino también como fuente reafirmadora del respeto a los valores humanos y a las Instituciones Nacionales. Se señala la instauración dentro de los centros Penitenciarios de la enseñanza primaria, la cual posee el carácter de obligatoria, existe además la educación media y media superior, así como cursos de capacitación y adiestramiento técnico conforme a los planes y programas oficiales.

Del mismo modo, se prevé la formación de bibliotecas provistas de volúmenes adecuados a una comunidad como la penitenciaria, además a la organización de conferencias, veladas literarias, representaciones teatrales, funciones de cine, conciertos, eventos deportivos y cívicos.

El Régimen Disciplinario se configura a través de lineamientos de carácter general, normativos de la conducta que los internos deberán observar desde el momento de ingresar a la Institución; concretamente, en sus relaciones interpersonales con los demás detenidos, en sus relaciones de subordinación y respecto al personal penitenciario, así como la obligación que posee de respetar las normas que regulan la vida penitenciaria en sus múltiples aspectos, a fin de que sea garantizado el ordenado desarrollo de la vida interna de la Institución.

Se incluye un Capítulo dedicado especialmente a las Relaciones que los Internos podrán sostener con la sociedad libre, comprendiéndose dentro de ésta categoría, los coloquios familiares o afectivos, las comunicaciones epistolares y telefónicas, información periodística, radial y televisiva, visitas familiares, la visita íntima que jamás podrá ser concedida o negada en base a la buena o mala conducta desarrollada por el interno y las salidas del establecimiento que en ocasiones y por motivos excepcionales de índole familiar o afectivo (particularmente graves o importantes), podrán serles concedidas.

Para finalizar con el Título Tercero, debe hacerse mención a la asistencia médica, psiquiátrica y psicológica que deberá ser prestada a los internos.

Por lo que hace al Título Cuarto, éste regula concretamente la Remisión Parcial de la Pena, normada actualmente por la Ley de Ejecución de Penas privativas y Restrictivas de la Libertad en su Capítulo relativo a la Libertad Condicional.

Creemos que dicha medida alternativa a la Pena Privativa de Libertad de larga duración dada su importancia y naturaleza, merece ser tratada en apartado propio, a fin de no caer en la confesión de considerarla como medida preliberacional y de libertad condicional, ya que si bien disminuye la duración de la condena, es también un beneficio valorativo de la personalidad del interno, que se desarrolla gradual y sistemáticamente, sin que esto signifique la concesión de la libertad, aún condicionada, en forma automática.

El Título Quinto denominado de las liberaciones, se integra por cuatro Capítulos, relativos al tratamiento Preliberacional, Libertad Condicional, Retención y Extinción de Penas.

En el Primero de los mencionados, se establecen con claridad las diferentes modalidades que lo comprenden, por medio de leyes acordes a la realidad, justas, implementando medidas tutelares en favor de quienes por accidente cometen delitos imprudenciales, de tal suerte que dichos individuos posean una protección amplia y generosa de las leyes emitidas, sin el amago de la pérdida de su libertad.

De tal suerte, se señala dentro del cuerpo legal, que tratándose de sujetos sentenciados por delitos culposos sea cualesquiera la duración de la pena, deberán ser alojados en Instituciones Abiertas bajo el régimen de auto-gobierno, independientemente de que para estos casos, dentro del Capítulo de Libertad Condicional, se señala que para su obtención bastará que el sentenciado por delito imprudencial cumpla con la mitad de su condena, beneficio que desde luego no se concede a favor de los internos sentenciados por delito doloso, caso en el cual, deberán cumplir las tres quintas partes de la pena, amén de otros requisitos, para poder obtener su libertad en los términos apuntados.

También dentro de este apartado y tomando como fundamento la aprobada ineficacia rehabilitadora que poseen las penas privativas de libertad de corta duración así como las consecuencias negativas que ésta acarrea dentro de las esferas familiares y social del interno y más aún en su propia persona, el Ejecutivo de esta Institución ha considerado oportuno incluir, dentro del apartado referente al Tratamiento Preliberacional, la disposición de que al igual que los sentenciados por delitos culposos, aquellos internos sentenciados con penas privativas de libertad menores de dos años de duración, serán igualmente alojados en Instituciones Abiertas.

Pasando a otro punto y considerando a la Retención y estableciendo como elementos indispensables para su aplicación fáctica que el interno observe mala conducta durante la segunda mitad de su condena, se resista al trabajo o incurra en faltas graves disciplinarias, se adiciona a ellos, las infracciones al reglamento interior de la Institución, así como la peligrosidad del interno, manifestándose ésta, por cualquier medio.

Finalmente, refiriéndonos a éste tipo de Leyes complementarias de la aplicación de penas en nuestra entidad, debemos que mencionar que, real y verdaderamente, no se puede presumir un sistema y estructuras que hagan factible la imposición de penas sustituibles, así como cada uno de los instrumentos descritos dentro del análisis de las leyes comentadas con anterioridad, lo cual, se debe tomar con mayor énfasis y cuidado, ya que si no existen dichas estructuras medios etc, ésto no es culpa del sentenciado, y por lo tanto no debe ser sufrido por el infractor; si el Estado no es capaz de implementar los medios y organismos para el mejor tratamiento de sus gobernados, esto no puede ni debe repercutir en la vida del individuo; si un Juez no impone dentro de su sentencia una condena que puede ser sustituible por no haber los medios para su ejecución y por serle más "fácil" la conmutación o hasta la privación de libertad... cae franca y sencillamente en un plano

absurdo, ya que estando prevista en la Ley la "Sustitución de Penas", no puede llevarse a cabo por incapacidad de las estructuras gubernamentales, pero desde luego, el que sufre por ésta incapacidad resulta ser... el Individuo.

CAPÍTULO CUARTO

La Prisión y la Retención

CAPÍTULO CUARTO

LA PRISIÓN Y LA RETENCIÓN

I. CONCEPTO DE PRISIÓN.

Es oportuno aclarar aquí la diferencia que hay entre Cárcel, Prisión y Penitenciaría, ya que la sinonimia con la que son usados dichos términos resulta ser el origen del cual se desprenden los vicios actuales referentes al tema.

La voz "CÁRCEL", que proviene del Latín CARCER-ERIS, que indica un "local para los presos, local donde se les encierra".¹ Es por lo tanto, el edificio donde cumplen condena los presos. También se señala como raíz probable "COERCERE (CUM ARCERE) que alude al encierro forzado en que se mantiene a los reos".²

Sin embargo, comentaremos que, "para Ulpiano queda bien definido que: - la cárcel se estableció para guardar a los presos, no para castigarlos- (*carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet*)".³

La palabra "PRISIÓN" proviene del Latín *PREHENSIONEM, PREHENSION* o *PREHENSIONIS*, que indica la "acción de aprehender, de asir, o coger una cosa o una persona"; o bien "aquello con que se ata o asegura el objeto prendido". Actualmente, por extensión, la prisión es igualmente una cárcel o sitio donde se encierra o asegura a los presos.

El término "PRESIDIO", deriva de *PRAESIDIUM*, que hace referencia a la guarnición de soldados que se ponían en un castillo o fortaleza para su custodia y mando; pero también fue usado como el lugar para detener en ellos a los presos.

La voz "PENITENCIARIA" invita a reflexionar en los individuos sujetos a un régimen, que haciéndolos expiar delitos, va enderezando a su enmienda y mejora, ya que viene de la voz latina *POENITENTIA* que implica el arrepentimiento y la corrección que se esperaba obtener desde los primeros ensayos correccionalistas por el aislamiento celular con

¹ Carrancá y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México 1986, p. 11

² Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México D.F. 1990. p. 574.

³ Citado por -Huacuja Betancourt, Sergio-, La Desaparición de la Prisión Preventiva, Editorial Trillas, S.A., Primera Edición, México D.F. 1989, p. 30.

visita y consejo de teólogos y moralistas, etc., en éste sentido la penitenciaria es, un sitio donde se "sufre".

La penitenciaria, realmente, se distingue de la cárcel, de la prisión y del presidio; por cuanto supone un régimen o tratamiento que se ve dirigido a procurar la regeneración o enmienda de los internos.

El Código Penal vigente en nuestra Entidad Federativa en su artículo 26 habla de prisión al establecer: "La prisión consiste en la privación de la libertad, la que podrá ser de tres días a cuarenta años y se cumplirá en los términos y con las modalidades previstas en la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México...".

De esta forma y después de establecer los parámetros de los vocablos que utilizaremos en el presente capítulo, entraremos de lleno al estudio y análisis de lo que consideramos relacionado con el tema del presente trabajo.

Primeramente, es necesario remitirse al párrafo primero del artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que distingue entre prisión preventiva o detención y la pena de prisión propiamente dicha, al disponer que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

"Este párrafo contiene a su vez dos garantías:

La primera garantía se encuentra en la parte inicial y dice que "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva".

Esta garantía se encuentra complementada por una parte del artículo 16 Constitucional, que determina que sólo puede ser aprehendida una persona, por orden girada por autoridad judicial, cuando el delito de que se trate se castigue con pena corporal.

La privación de la libertad en un proceso penal comprende dos etapas:

- A) Durante el proceso penal, como medida de seguridad, (mientras se ventila su caso en un proceso); y
- B) Como aplicación de un a pena corporal impuesta como resultado de una sentencia.

a) En el primer caso, la privación de la libertad da lugar a lo que el artículo 18 llama prisión preventiva. La prisión preventiva no procede de una resolución, respecto de la cual se considera a una persona como responsable de la comisión de un delito, sino que es

consecuencia de una orden judicial de aprehensión, conforme a la cual queda el inculpado a disposición de la autoridad judicial, o como consecuencia del auto de formal prisión, como prevé el artículo 19 Constitucional.

Respecto de ésta figura se puede generalizar que "Aunque varían en estilo, la totalidad de las definiciones coinciden en cuatro puntos: es una medida precautoria privativa de la libertad personal, debe imponerse sólo de manera excepcional (únicamente si se trata de delitos graves), tiene que haber un mandato judicial y extiende su duración hasta que se pronuncie sentencia definitiva sobre el fondo".⁴

La prisión preventiva propiamente dicha se inicia a partir de que la persona quede a disposición del juez (auto de radicación) como consecuencia de una orden de aprehensión.

La prisión preventiva comprende dos periodos:

I. La que comienza desde el momento en que el inculpado queda a disposición de la autoridad judicial, en virtud de una orden de aprehensión y abarca hasta el auto de formal prisión.

II. El segundo periodo comienza a partir del auto de formal prisión, hasta que se dicta la sentencia que cause ejecutoria en el juicio correspondiente.

Es debido señalar que, compartimos la idea de algunos autores en el sentido de que la prisión preventiva no se puede conceptualizar en dos fases o periodos, ya que en el primero de los anteriormente señalados sólo existen indicios de una probable responsabilidad, así como elementos de un tipo delictivo, es decir existe un periodo de investigación que culminará con un auto de formal prisión, un auto de libertad, o bien con sujeción a proceso, pero no es una "privación preventiva" propiamente dicha.⁵

Como consecuencia, la prisión preventiva para los efectos de éste artículo 18 y 19 corresponde desde que al sujeto se le dicta un auto de formal prisión y se prolongará hasta que se le dicte una sentencia que cause ejecutoria.

La prisión preventiva que venimos tratando sólo puede tener lugar en aquellos casos en que el delito que se impute, sea sancionado con pena corporal, la cual debe estar señalada en el artículo de la ley sustantiva en que se tipifique la acción contraria a derecho que para cada caso exista.

⁴ Huacuja Betancourt, Sergio, ob., cit., p. 50-51.

⁵ Cfr.: Huacuja Betancourt, Sergio, ob., cit., p. 52.

Algunos de los fines específicos que se le atribuyen a la prisión preventiva pueden ser enumerados en forma siguiente:

- a) Asegurar la presencia del imputado durante el desarrollo del juicio, ante la autoridad que debe juzgarlo.
- b) Garantizar la eventual ejecución de la pena.
- c) Posibilitar al inculcado el ejercicio de sus derechos de defensa.
- d) Evitar su fuga u ocultamiento.
- e) Evitar la destrucción o desaparición de pruebas, tales como huellas, instrumentos, cuerpos del delito, etc.
- f) Prevenir la posibilidad de comisión de nuevos delitos por o contra el inculcado.
- g) Impedir al imputado sobornar, influir o intimidar a los testigos o coludirse con sus cómplices.

Ante las finalidades apuntadas, no se dejó esperar la atinada crítica del maestro Vela Treviño, quien aduce que tales argumentos deben rechazarse por pragmáticos e incluso falsos. En efecto no es cierto que con esta medida se evite el delito, porque a partir de la reclusión se cuentan innumerables casos de reincidencia; por otra parte, al parecer no es justificable que alguien pierda su libertad en aras de la "comodidad" de los juzgadores, y todo para que siempre se tenga a mano al procesado en cualquier diligencia que se efectúe y en la cual se requiera su presencia".⁶

Y sólo para reforzar ésta idea, emitiremos la interrogante de ¿si estos argumentos resultan cuestionables, no lo son más aún cuando se presenta la hipótesis de que un proceso concluya con una sentencia absolutoria?. Resulta entonces, que los argumentos en este caso, se transforman de cuestionables... ¡en aberrantes!

b) El sitio de ésta (la prisión preventiva), será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separadas.

"La segunda garantía del artículo 18 Constitucional establece que el sitio de la prisión preventiva será diferente al destinado para la extinción de penas, etc. Es evidente que la prisión preventiva y la prisión que se establece como sanción corporal provienen de dos resoluciones diferentes.

La prisión preventiva no es una sanción que se impone al sujeto como consecuencia de un delito, sino que es una medida de seguridad establecida por la Constitución que dura mientras el inculcado está sujeto a la plena comprobación del delito que se le imputa, ósea, hasta que se le dicte sentencia que cause ejecutoria.

⁶ Ibidem. p. 54.

La prisión como pena privativa de libertad proviene de una sanción que se le impone al sujeto en una sentencia ejecutoria, como resultado de haber sido comprobado mediante el proceso penal, su plena responsabilidad en el delito imputado.

Como consecuencia, ambas medidas esencialmente son diferentes, por lo que la Constitución exige existan diferentes condiciones de reclusión".⁷

En suma, la prisión preventiva o detentiva se lleva a cabo en una cárcel provisional o asegurativa y la pena de prisión propiamente dicha en una penitenciaría; sin embargo, el Ejecutivo podrá ordenar que la sanción se compurgue en cualquier otro centro de reclusión del Estado (artículo 7º de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado).

De las penas, actualmente, la más importante, y en el afán de redimir a los delincuentes, es la PRISIÓN, consistente en la privación de la libertad mediante reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial de vida y comúnmente obligado a trabajar.

La pena de prisión, fruto de una experiencia secular, no obstante sus graves inconvenientes y la fuerte reacción que contra ella se ha manifestado, en particular en los últimos años, es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades contemporáneas; esta pena es hoy en día el eje del sistema represivo de casi todos los países.

El fin y la justificación de la sanción privativa de la libertad, es proteger a la sociedad contra el delito. Hasta nuestros tiempos su ejecución se ubica por entero, confiada a las autoridades administrativas penitenciarias.

"Decía Baltard -la prisión debe ser un aparato disciplinario exhaustivo. En varios sentidos: debe ocuparse de todos los aspectos del individuo, de su educación física, de su aptitud para el trabajo, de su conducta cotidiana, de su actitud moral, de sus disposiciones; la prisión mucho más que una escuela, el taller o el ejército, que implican siempre cierta especialización es omnidisciplinaria.

La prisión, lugar de ejecución de la pena, es a la vez lugar de observación de los individuos castigados. La prisión no tiene que conocer únicamente la decisión de los jueces y aplicarla en función de los reglamentos establecidos; ha de obtener permanentemente sobre el detenido un saber que permitirá transformar la medida penal en una operación

⁷ Herrera Ortiz, Margarita, Manual de Derechos Humanos, Edición Única, México, Editorial Pac, S.A., 1992, p.p. 162 a 164.

penitenciaria".⁸

En éste orden de ideas, diremos que el sistema penitenciario fue creado para reemplazar con una idea humanitaria, la pena capital, el exilio, la deportación y diversos castigos corporales, y no fue sino hasta apenas éste siglo en que las ideas reformadoras y humanitarias reconocieron la importancia de los derechos humanos.

Debido a las anteriores observaciones entramos en el terreno del Derecho Penal Político, el cual se encarga primordialmente de "Estructurar Políticas Penales para el Estado de que se trate, (Derecho Penitenciario) que tendrá como objeto la readaptación de expresos. Esta rama del Derecho encuentra su antecedente de manera reciente, ya que fue en el año de 1966 que se llevó a cabo el Primer Congreso Penitenciario, creando de esta forma la Dirección de Prevención y Readaptación Social, enfocada a reos federales.

Resultante de lo anterior, se crean programas de combate para el delito, que pueden resumirse en tres grupos: Preventivo (inexistente), Readaptación (actividades constructivas y de recreo) y Regeneratorias (que tratan de evitar el reingreso)".⁹

Creemos oportuno aprovechar este momento en que se trata pura y exclusivamente de la PRISIÓN y de su análisis, para señalar algunos de los aspectos que debieran llevarse a cabo, pero que por desgracia no se encuentran de ninguna manera en nuestro país.

"De la prevención:

- a)Prevención punitiva, cuyo fundamento es la intimidación por medio de la amenaza penal.
- b)Prevención mecánica, que pretende bloquear el quehacer del criminal.
- c)Prevención colectiva, que trata de detectar y eliminar los elementos criminógenos.

De la Readaptación:

El tratamiento de los procesados deberá ser progresivo.

⁸ Citado por Michel Concautl, Vigilar y Castigar, México, Décimo cuarta Edición, 1988, p. 238.

⁹ García Cabrera, José Dibray, Apuntes de Curso de Derecho Penal Político, México, 1995, ENEP Acatlán.

- a) Estudio médico-psicológico y del mundo circundante. Aquí se efectúa un diagnóstico y se hace un pronóstico criminológico.
- b) Periodo de tratamiento paulatino por fases, a fin de atenuar paulatinamente las restricciones inherentes a la pena.
- c) Comprobación de los resultados por medio de salidas transitorias y egresos anticipados".¹⁰

Aún cuando no es el tema central del presente trabajo, deseamos mencionar, algunos de los aspectos modernos, derivados de convenciones internacionales y por supuesto de las ideas cada vez más fuertes que nos dejan los Derechos Humanos que al respecto vienen al caso tratándose de la prisión y del sujeto que la sufre, advirtiendo que algunos de estos preceptos no son aplicados ni aplicables en la actualidad en nuestro país, pero que son dignos de mencionar ya que conforman la vanguardia dentro de la administración de justicia a nivel mundial.

"1.-Derecho a ser conducido ante una autoridad judicial. (en todos los casos, ya que ésta autoridad es la única facultada para resolver en definitiva sobre la existencia o no de un hecho perseguible, así como de la calificación de culpabilidad o exoneración del sujeto procesado).

2.-Derecho a ser informado y notificado de los motivos de la detención. (directamente vinculado con la garantía de audiencia, consagrada en el segundo párrafo del numeral 14 de la Carta Magna, éste es un medio por el que se permite a la persona preparar su defensa).

3.-Derecho a ser presumido inocente. (es deber del Estado respetar la dignidad de la persona no prejuzgando acerca de su responsabilidad).

4.-Derecho a control de la legalidad de la detención. (todo mandato proveniente de una autoridad con facultades vinculatorias debe estar adecuadamente fundado y motivado).

5.-Derecho a ser liberado durante el juicio. (dada la posibilidad de ejercer algún otro mecanismo para la obtención de la libertad).

6.-Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. (no se respetan los términos fijados, amén de resultar inocente).

7.-Derecho a la defensa. (la defensa debe y tiene que ser libre, ya que lo que está en juego es la vida de un ser humano).

¹⁰ Huacuja Betancourt, Sergio, ob., cit., p.p. 70 a 76.

8.-Derecho a ser sometido a un régimen distinto. (se le debe tratar diferente a como se le trataría a un sentenciado).

9.-Derecho a la imputación y a la reparación. (no existe de forma alguna en la legislación mexicana precepto que regule la indemnización para un sujeto que sufrió una detención, y que a la postre fue encontrado inocente)".¹¹

Finalmente apuntaremos otros de los puntos deficientes dentro de la reclusión del individuo, -que acertadamente señala el maestro Huacuja Betancourt-, o bien que se presentan de manera arbitraria e insuficiente:

- 1.-Derecho a un trato humano.
- 2.-Derecho a la revisión médica al ingresar a la prisión.
- 3.-Derecho a la protección de la salud.
- 4.-Derecho a la alimentación.
- 5.-Derecho a trabajar. (la ley señala que el reo trabajará incluso para el sostenimiento de su familia, lo cual no resulta ser la realidad en México).
- 6.-Derecho a la formación profesional.
- 7.-Derecho a la instrucción religiosa.
- 8.-Derecho a la visita íntima y familiar. (¿que pasa con las parejas que viven dentro del régimen de la llamada "unión libre"?){concubinatos}.
- 9.-Derecho a la creación intelectual.
- 10.- Derecho al ejercicio físico.
- 11.-Derecho a una vestimenta adecuada.

Para reforzar una idea que pareciera de realización imposible en nuestro país, expondremos el pensamiento del investigador Carlos Madrazo que muy al caso transcribe en su libro el maestro Huacuja;

"el sujeto desadaptado social y psicológicamente, debe ser ayudado a través de una pedagogía especializada que permita una reincorporación al núcleo en que se desenvuelve y que le proporciona los medios suficientes para su aprendizaje. Es necesario hacerlo sentir realmente útil y seguro de sí mismo: la adquisición de determinada técnica de trabajo le facilitará una autonomía económica, y la fortaleza de espíritu y la actividad educativa, le abrirán el acceso a la independencia social"¹²

¹¹ Ibidem., p.p. 91 a 93.

¹² Ver -Huacuja Betancourt- p. 74.

II. FUNCIONES DE LA PRISIÓN.

Lo que dentro del lenguaje jurídico penal se conoce como "el fin de la pena", no es más que el cuerpo teórico en que se basa el sistema penal para explicar y justificar la necesidad de utilizar la pena, y entiéndase que para los fines de éste trabajo, con "pena" me refiero a la privativa de libertad, a la prisión.

"La prisión como verdadera pena fue casi desconocida en el antiguo derecho, empleándose principalmente como medio de mantener seguros a los procesados durante la instrucción del proceso. Aunque existen ciertos antecedentes de su utilización como medida represiva (el *ergastulum* de los esclavos en la época romana, las galeras, las casas de corrección holandesas del siglo XVI -Rasphuis y Spinhuis- destinadas a vagabundos, mendigos y prostitutas, la House of Correction en Londres, las cárceles canónicas en donde quedaban reclusos los clérigos que hubieran incurrido en penas eclesiásticas, etc.), sólo a fines del siglo XVIII, es decir, cuando bajo la influencia de la corriente humanitaria que caracterizó esta época en materia penal, las penas corporales empezaron a ser remplazadas por las penas privativas de libertad, la prisión adquiere un carácter represivo evidente.

Las escuelas penales que surgen entonces atribuyen a esta pena fines diversos: la escuela clásica acentúa su aspecto moral, retributivo, expiatorio e intimidante; los positivistas introducen la noción de medidas de seguridad y los neoclásicos siguen asignándole fines represivos, aunque también insisten en la necesidad de la enmienda del condenado; finalmente el movimiento de defensa social, y en particular la nueva tendencia representada por Marc Ancel, considera que la pena de prisión debe asegurar una protección de las condiciones en que el delito fue cometido, de la situación personal del delincuente, de sus probabilidades de enmienda y de sus posibilidades morales y psíquicas que permiten aplicarle un verdadero tratamiento de socialización.

Actualmente la pena privativa de libertad sigue cumpliendo una evidente función moral; la idea, tan vieja como el mundo, de que la conciencia social exige el castigo de la falta, continúa inspirando a las legislaciones penales. En cambio, a medida que el sistema carcelario se transforma, la función de prevención general se atenúa cada vez más; parece imposible prever hoy un régimen penitenciario de excesivo rigor con vistas a castigar a un hombre, por sus faltas sino en prevención de las que otros puedan cometer. Por lo que se refiere a la prevención especial, gracias a la cual se espera impedir la reincidencia del penado, la concepción penitenciaria moderna intenta sacar partido de la prisión aplicando al delincuente un tratamiento reductivo con vistas a su rehabilitación y a su readaptación".¹³

¹³ Rico, José M., *Las Sanciones Penales y la Política*, Criminología Contemporánea, México, Segunda Edición, 1982, p.p. 72 y 73.

"Por lo tanto, hay que precisar que el fin de la pena se ha transformado desde el surgimiento del derecho penal contemporáneo. Localizamos dos grandes corrientes: la retribucionista y la preventiva en sus diferentes matices. Así, de concebirse con un fin únicamente retributivo, donde la sociedad tenía el derecho de aplicar una "pena justa" que buscaba fundamentalmente -a partir de la visión Kantiana- cumplir con una exigencia ética de Justicia se pasó, básicamente a finales del siglo pasado, a la búsqueda de la "prevención", que en esos momentos asumiría -bajo la influencia del positivismo-, sobre todo la forma de prevención especial. El fin preventivo de la pena de prisión pasaría a asumir cuatro funciones diversas que sintetizamos: la prevención general (dirigida a la sociedad), negativa y positiva. La negativa lograría la prevención de los delitos a través de la generación de una mayor confianza en el derecho y en la aplicación de las leyes. La prevención especial (dirigida directamente a los delincuentes), tendría también una manifestación negativa (la exclusión, separación, segregación del criminal) y una positiva: la reeducación, rehabilitación o resocialización de éste.

Debe destacarse el hecho que desde el surgimiento de la cárcel y su establecimiento definitivo como pena central del proceso penal, se han venido como fines dominantes o prioritarios de la pena privativa de libertad, alternativamente los diferentes aspectos señalados, o todos ellos, juntos, correspondiendo a cada gran crisis del sistema penitenciario, y los historiadores de éste ubican la primera gran crisis en la década de (1825-1835).

También debe destacarse que el fin que logró el mayor entusiasmo y las más sólidas esperanzas de los penalistas fue el fin preventivo especial, el fin rehabilitador, que es, precisamente el que entró en crisis real desde finales de los sesentas.

Por último, habría que señalar dos posiciones contemporáneas. Así por un lado encontramos posiciones como la de Pavarini, quien divide el Control Social en: control social duro: aquel que se basa en la cárcel; y control social blando: aquel que maneja otras formas de control social alternativas a la prisión".¹⁴

Es debida la transcripción realizada anteriormente, ya que sus ideas vertidas constituyen directrices dentro de la materia penitenciaria. Sin embargo, a este respecto y si fuese imperativo aceptar algún fin justificativo de la pena y por lo tanto del derecho penitenciario, aceptaríamos el que propone Carrara cuando expone que el fin de la pena...

"no consiste en que se cumpla la justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni que el daño sufrido por él sea reparado, ni en que los ciudadanos sean intimidados, ni que el

¹⁴ Álvarez Gómez, Ana Josefina, El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza, La Cárcel ante el Tercer Milenio, Irapuato, Primera Edición, Orlando Cárdenas Editores, S.A., 1991, p.p. 108 a 110.

culpable expie su falta, ni en que se obtenga su enmienda; todas estas cosas pueden ser consecuencias accesorias de la pena y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena no se desnaturalizaría si aún todos estos resultados faltaran. El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad".¹⁵

Es ahora cuando concurren todas y cada una de las partes descritas y analizadas en capítulos anteriores, tanto la historia de las penas, las escuelas penales, la pena y su naturaleza, una necesaria y correcta individualización, etc., y en un afán de explicación pretendemos conjugarlos para darle una justificación válida al presente estudio.

Siguiendo las modernas perspectivas de la justicia penal, ya sea que se oriente al tratamiento de los delincuentes teniendo en cuenta su readaptación futura, o que prefiera reparar en los individuos considerados inadaptables con el fin de asegurar la protección de la sociedad, la pena deberá corresponder tanto a la personalidad del delincuente como a la gravedad y a la naturaleza del acto exteriorizado.

III. SISTEMAS PENITENCIARIOS.

CONCEPTO.

"Los sistemas penitenciarios están basados en un conjunto de principios orgánicos sobre los problemas que dieron origen a las reformas carcelarias y surgen como una reacción natural y lógica contra el Estado de hacinamiento, promiscuidad, falta de higiene, alimentación, educación, trabajo y rehabilitación de los internos".¹⁶

Por su parte Guillermo Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, nos dice que los sistemas penitenciarios son: "cada uno de los planes propuestos y practicados, para lograr la regeneración del delincuente durante el lapso de su condena".¹⁷

Ahora bien, coincidimos con la idea expuesta por parte del Maestro J. Dibray García Cabrera dentro de la cátedra de Derecho Penitenciario en el sentido de entender a los sistemas penitenciarios como "las estructuras políticas penales que establece el Estado para la readaptación de presos, derivado en una parte de la aplicación de penas, y todo a su vez se desprende del Derecho Penal Político".

¹⁵ Ver -Huacuja Betancourt- ob.,cit., p. 27.

¹⁶ Del Pont, Luis Marco, Derecho Penitenciario, México, Primera Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, p. 135.

¹⁷ Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, Madrid, Quinta Edición, Editorial Santillana, p. 95.

IV. *DISTINTOS SISTEMAS.*

En este sentido, los sistemas conocidos son:

a) Celular o Pensilvánico.

b) Auburniano o del trabajo común.

c) Progresivo.

d) Otros sistemas penitenciarios:

1. El sistema reformativo;
2. El sistema de clasificación de reos; y
3. El sistema de instituciones abiertas.

a) Celular o Pensilvánico.

Este sistema surge en las colonias que se transformaron más tarde en los Estados Unidos de Norte América; y se debe fundamentalmente a William Penn, fundador de la colonia de Pennsylvania, por lo que al sistema se le denomina Pensilvánico y Filadélfico, al haber surgido en la Philadelphia Society for Relieving Distraessed Prisoners.

"la influencia de la Iglesia Cristiana Protestante, a través de los cuáqueros, quienes propugnaban nuevas ideas de corrección y mejora de los reos, sobre la base de su aislamiento, el trabajo solitario, meditación y comunión con Dios, como elementos necesarios para expiar el delito-pecado y purificar de esta manera el espíritu para poder alcanzar la gracia, fue tan amplio, que en su obra abarcaba desde el campo legislativo, social, hasta la construcción de prisiones; todo ello de acuerdo al humanismo cristiano que se profesaba.

A través de la Society Philadelphia for Relieving Distressed Prisoners, se creó en Philadelphia la prisión llamada de "la calle de Walnut" (Walnut Street Jail), primera penitenciaria americana, nombre famoso en los anales de la reforma penitenciaria por considerarla como el precedente inmediato de las prisiones modernas. En ella los delincuentes más endurecidos fueron confinados en celdas, en aislamiento absoluto día y noche; los menos peligrosos reclusos en amplias estancias permitiéndoles dedicarse al trabajo. No se aplicaban hierros ni cadenas, la regla del silencio imperaba en el taller y durante las comidas"¹⁸

¹⁸ Ojeda Velázquez, Jorge, Derecho de Ejecución de Penas, México, Segunda Edición, Editorial Porrúa S.A., 1985, p. 86.

Este sistema se caracteriza por el aislamiento absoluto durante el día y noche interrumpido tan sólo por el paseo en patios celulares y por periódicas visitas (del director y funcionarios de la prisión, por sacerdotes, etc.), los penados trabajan en su celda, asisten a la escuela y al servicio religioso en un dispositivo especial denominado ALVEOLO que asegura el aislamiento de los reclusos; el aislamiento junto con las visitas, la enseñanza escolar, al trabajo y a las prácticas religiosas tranquilizaba las bajas pasiones, promovía la reflexión sobre las culpas pasadas haciendo surgir el arrepentimiento y despertando su amor al bien, y finalmente impedía los medios de corrupción para la comisión de nuevos delitos.

Ventajas de este sistema penitenciario:

1. Evita la corrupción carcelaria, es decir, el contacto criminal derivado del trato del condenado con otros individuos que hubieren cometido delitos de mayor gravedad.
2. Impide desde sus raíces, el problema de relaciones sexuales, ya que los condenados no tenían ningún tipo de contacto entre ellos.
3. Previene los posibles chantajes, entre los mismos internos dada su convivencia.
4. Por último, se señalaba que el aislamiento era uno de los mejores métodos, ya que el aislamiento conducía a la meditación y reflexión evitando con esto la comisión de futuros delitos de manera eficaz.

Aspectos negativos que el sistema Celular presentaba:

1. Costo excesivo por los gastos de construcción de la cárcel, ya que implica construir tantas celdas individuales como número de detenidos hubiere.
2. Nula posibilidad de organizar el trabajo. En efecto, el trabajo es un estímulo a la buena conducta. Su privación es un castigo. El trabajo se convierte (artesanal) en la única alternativa al ocio y la única tabla de salvación para escapar, para huir de la locura, que lenta e inexorablemente se posesionaba de cada detenido.
3. El aspecto más trágico se desarrollaba en el plano de la salud física y mental; tomando en consideración que a los prisioneros se les sacaba media hora, una vez al día a caminar en círculos para desentumir sus músculos.
4. Existía una imposibilidad material por parte del Director de la prisión, para tener contacto lo más frecuentemente posible con todos los detenidos. Se preveía que el condenado debía tener contacto con el personal penitenciario, sin

embargo, la experiencia demostró que el director podía solamente dedicar a cada detenido un tiempo irrisorio y por ende no se podía tratar de establecer una resocialización a partir de un aislamiento.

b) Auburniano o del trabajo común.

Cuello Calón en su *Moderna Penología*, cita: "Que si el Estado de Pensylvania adquirió celebridad con su sistema penitenciario basado en el aislamiento celular diurno y nocturno, en el Estado de Nueva York pronto ganó renombre con la implantación de un nuevo régimen carcelario, el llamado sistema Auburn. "existían en esta localidad una prisión comenzada a construirse en 1816 que fue terminada en breve plazo. Los recursos en ella estaban divididos en tres clases, la primera comprendía a los criminales más endurecidos que se hallaban recluidos en constante aislamiento celular; la segunda clase estaba confinada en celda durante tres días a la semana y la tercera, formada por jóvenes delincuentes, se les permitía trabajar en el taller durante los días de la semana. En 1823 se implantó el régimen Auburnés tal y como ha llegado a la posterioridad, sobre la base del aislamiento nocturno y la vida común durante el día, bajo la regla del silencio. La infracción de ésta regla, contraria a la naturaleza humana, se castigaba con pena corporal, con azotes o con el famoso "gato de las nueve colas", algunas veces eran azotados grupos de reclusos para que el culpable no escapara al castigo, hasta los locos e imbéciles eran azotados. El preso estaba por completo aislado del mundo, pues no se le permitía recibir visitas, ni aun de su familia. No existía ni ejercicio, ni distracción alguna, pero se daba una rudimentaria enseñanza de la lectura, escritura y aritmética".¹⁹

Los aspectos positivos de este sistema, según Jorge Ojeda Velázquez, fueron los siguientes:

1. "Economía en su construcción. En este tipo nuevo de arquitectura penitenciaria, los gastos de construcción se reducían considerablemente;

2. Reducción de gastos mediante el trabajo colectivo. Trabajando en común se podía tratar y comenzar a realizar un trabajo de equipo y en consecuencia, adiestrar a los detenidos en trabajos que pudiera efectuar una vez que saliera de la cárcel;

3. Evita los malos efectos del aislamiento completo; y

¹⁹ Cuello Calón, Eugenio, *La Moderna Penología, Represión del Delito y su tratamiento de los delincuentes. Penas y Medidas. Su Ejecución. ob., cit., p.p. 311-312.*

4. Evitaba la contaminación moral por medio de la regla del silencio. De ahí que este sistema se le conociera con el nombre de Silent-System".²⁰

c) Progresivo.

"Consiste en obtener la rehabilitación social mediante etapas o grados. Es estrictamente científico, porque está basado en estudios del sujeto y en su progresivo tratamiento, con una base técnica".²¹

"El sistema comenzó con el Capitán Maconochie, que en 1840 fue nombrado gobernador de la isla de Norfolk, señalando que al llegar a la isla "la encontré convertida en un infierno, y la dejé transformada en una comunidad ordenada y bien reglamentada".²²

"Para implantar el sistema progresivo influyeron decisivamente el capitán Maconochie, el Arzobispo de Duplin Whately, George Obermayer, El Coronel Montesinos y Walter Crofton. Se comenzó midiendo la pena con la suma del trabajo y la buena conducta del interno. Según el primero se les daba marcas o vales y cuando obtenían un número determinado de estos recuperaban su libertad. En consecuencia todo dependía del propio sujeto. En casos de mala conducta se establecían multas.

La pena era indeterminada y basada en tres periodos: a) de prueba (aislamiento diurno y nocturno) y trabajo obligatorio; b) labor en común durante el día y aislamiento nocturno, (interviene el sistema de vales), y c) libertad condicional, (cuando obtiene el número de vales suficientes).

Luego Walter Crofton, director de prisiones de Irlanda viene a perfeccionar el sistema, al establecer cárceles intermedias. Era un medio de prueba para obtener la libertad. Entonces encontramos cuatro periodos. El primero, de aislamiento, sin comunicación y con dieta alimenticia. El segundo, trabajo común y silencio nocturno. Es el sistema Auburniano. El tercer periodo, intermedio, introducción por Crofton es el trabajo al aire libre, en el exterior, en tareas agrícolas especialmente, como el actual sistema de extramuros. Entre sus invocaciones se encuentra el no uso de traje penal. El cuarto periodo es la libertad condicional en base a vales, al igual que en el sistema de Maconochie, ganados por la conducta y el trabajo.

²⁰ Ojeda Velázquez, Jorge, Derecho de ejecución de Penas, ob., cit., p.p. 89-90.

²¹ García Ramírez, Sergio, La Prisión, México, Editorial Porrúa, S.A., 1975, p. 60.

²² Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII, Argentina, Editorial Driskill, S.A., 1978, p. 684.

Montesinos al igual que Maconochie había encontrado al presidio de Valencia en condiciones lamentables y supo transformarlos gracias a su humanismo, falta de apego a la formal y valentía para introducir un sistema de autoconfianza.

Entre los países de América Latina, que lo han aplicado con reconocido éxito, se encuentran México, por medio de la ley de Normas mínimas del año de 1971, art. 7º., donde se establece que el régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará por lo menos, de periodos de estudio, diagnóstico y de tratamiento, Argentina, por Juan José O'Connor y actualmente previsto en el decreto ley 412/58, Perú (decreto 063/69), Venezuela y Costa Rica muy recientemente".²³

d) Otros Sistemas Penitenciarios.

Existen otros sistemas de ejecución de penas restrictivas de la libertad personal, como los llamados Reformatorios, el de Clasificación y el de las Instituciones Abiertas.

1.El Sistema Reformatorio.

Surgió en Estados Unidos de Norteamérica para jóvenes delincuentes. Su creador fue Zebulon R. Brockway, director de una prisión para mujeres en la ciudad de los automóviles. Detroit. Logró una ley de internamiento en casas de corrección para prostitutas condenadas a tres años y que tenían derecho a la libertad condicional o definitiva, por su regeneración o buena conducta.

La primera institución de este tipo se creó en Elmira, Estado de Nueva York, en 1869 y comenzó a funcionar en 1876.

Los reclusos estaban divididos en tres clases o grados, recién ingresados, eran internados en el segundo grado, al cabo de seis meses de buena conducta pasaban al primer grado y a los seis meses, si persistían en ella podían aspirar a la libertad bajo palabra. Los que se portaban mal, eran destinados al tercer grado, los incorregibles cumplían su condena hasta el límite máximo. El liberado en estas condiciones, era puesto en libertad en cuanto encontrara un trabajo satisfactorio, a juicio del superintendente de la institución.

Dentro de las características relevantes de este sistema eran, la de la limitación de la edad de los reos, de dieciséis a treinta años; estos deberían de ser delincuentes primarios; tener una sentencia indeterminada; una clasificación de detenidos un sistema de vales o

²³ Del Pont, Luis Marco, Derecho Penitenciario, ob., cit., p. 146 a 148.

marcas semejantes a los de Maconochie y la concesión de varias prerrogativas en caso de buena conducta o de diligencia en el trabajo y en el estudio, y la pérdida de ellas, por abandono, negligencia o comisión de otro delito.

Este sistema fracasó, por la falta de establecimientos adecuados. Se utilizó para delincuentes de máxima seguridad. La disciplina estaba ligada a la crueldad (castigos corporales), no había rehabilitación social, educación social, ni personal suficiente, además de que existía sobrepoblación carcelaria.

2.El Sistema de Clasificación de Reos.

Este incluye la individualización del tratamiento, clasificando a los internos conforme a su procedencia urbana o rural, educación, instrucción, delitos, (si son primarios o reincidentes). A los peligrosos se les separó en establecimiento diversos. También la clasificación obedecía al tiempo de duración de la pena. En caso de que la pena fuera larga el trabajo era intensivo y en caso contraigo éste disminuía. Se crea laboratorios de experimentación psíquica, anexos a las prisiones, se suprime la celda y se moderniza el uniforme del presidiario.

3.El Sistema de las Instituciones Abiertas.

Este sistema consiste en una organización administrativa a fin que los detenidos purguen sus sanciones privativas de la libertad personal, en establecimientos sin muros, cercas, cerraduras, rejas o guardias suplementarios. Opera con base en la cuidadosa selección psicológica de los abocados a purgar sus sanciones en este tipo de instituciones; en base a un régimen de libertad concedido a los presos dentro de los límites de la prisión y como ya dijimos, con sustitución de los obstáculos materiales para prevenir las fugas, y por el sentimiento de responsabilidad personal que se inculca al detenido, mediante la confianza que se le otorga.

Modelo de este sistema es el que encontramos en el Centro Preventivo y de Readaptación Social de Almoloya de Juárez, México, que se encuentra anexo a esta institución. Donde funcionaba una colonia agrícola en donde los detenidos que gozaban de la semilibertad, salían de esta institución abierta compuesta de una edificación de casas que eran ocupadas por dos o tres preliberados, a donde regresaban después de haber pasado fuera de la institución. No teniendo ningún tipo de vigilancia custodial.

Es importante señalar que dicha institución causó admiración y respeto por el hecho de que los detenidos apesar de encontrarse a campo abierto y sin rejas, no se escapaban, sino que regresaban al establecimiento abierto, aun a pesar de haberse marchado lejos de ella. Resaltándose el régimen de autodisciplina, basado en el sentido de responsabilidad del

penado.

Luis Marco del Pont, en su *Penología y Sistemas Carcelarios* establece, que las instituciones abiertas o cárcel sin rejas, se les reconoce ciertas ventajas, que a saber son:

1. "Mejora la salud física y moral de los detenidos.

2. Sus condiciones se aproximan más a la vida normal que a las instituciones cerradas y por consecuencia atenúa las tensiones de la vida penitenciaria normal.

3. Es más fácil mantener en ellas la disciplina y rara vez se recurre a medidas disciplinarias.

4. La ausencia de un aparato material de represión y reclusión, las relaciones de confianza entre los presos y el personal de custodia son adecuadas para influir en las concepciones antisociales de los detenidos y suscitar en ellos, condiciones propicias a un deseo sincero de readaptación.

5. Son económicos, tanto del punto de vista de su construcción como el del personal.

6. Existe más facilidad para procurar trabajo a los presos en las instituciones abiertas, en la que los trabajos al aire libre, pueden ser complementados con trabajos en las fábricas cercanas".²⁴

V. SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO.

El Sistema Penitenciario aplicado en nuestro país, es el denominado Progresivo Técnico, cuyos primeros antecedentes se encuentran en el Código Penal de Martínez de Castro de 1871, donde si bien, se acentúa el sistema Filadélfico o Celular, de aislamiento absoluto, se prevén algunas fases intermedias, incluido el permiso para que el interno abandone la prisión durante el día con reclusión nocturna. Otro antecedente lo encontramos en el Código de José Almaraz de 1929, donde se localizaba un sistema penitenciario similar al regulado por el ordenamiento legal antes mencionado. Propiamente el Sistema Progresivo Técnico se implanta recién la Ley de Normas Mínimas publicada en el año de 1971, actualmente en vigor. En efecto, su artículo 7º establece que:

²⁴ Del Pont, Luis Marco, *Penología y Sistemas Carcelarios*, Tomo I, Buenos Aires, Ediciones de Palma, 1974, p.p. 80-81.

"El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente, se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que aquél dependa".

Se dice que es progresivo por que se desenvuelve a través de etapas, siendo la columna vertebral de este sistema; y técnico porque se debe contar con la aportación de sociólogos, psicólogos, psiquiatras, criminólogos, pedagogos y trabajadores sociales, tendientes a la readaptación social del delincuente teniendo en cuenta sus circunstancias personales.

Las etapas o fases en que se divide el tratamiento son: el de clasificación y el preliberacional, pudiéndose aplicar ambos, tanto en institutos de custodia preventiva como en los de ejecución de penas.

En la fase de clasificación, las etapas progresivas en que todo detenido tiene que pasar son las siguientes:

1. Recien internado, el detenido es alojado en la estancia de ingreso, donde permanecerá hasta el momento de resolver su situación jurídica.

2. Una vez decretada la formal prisión, el detenido es trasladado al Centro de Observación y clasificación, donde es sujeto a múltiples estudios que realiza el equipo técnico interdisciplinario, basándose en ciertos objetivos, por ejemplo: a través de esta clasificación se trata de readaptar socialmente a los detenidos, propiciar la convivencia armónica entre los detenidos, favorecer las medidas de tratamiento, evitar la contaminación criminológica coadyuvando a la seguridad de la institución.

3. El tratamiento dado a los procesados una vez que se encuentran clasificados en cada uno de los dormitorios, puede ser de dos tipos: criminológico y administrativo. Mediante al primero, el detenido participa en las actividades laborales, educativas, culturales, deportivas y recreativas. El otro tipo de tratamiento se aplica a los procesados de mínima peligrosidad o por haber cometido un delito imprudencial y ser la primera ocasión que delinque.

La etapa preliberacional se desarrolla a través de las siguientes progresiones:

1.El condenado después de haber agotado los recursos legales, no le queda mas que cumplir con el resto de su condena. Durante los primeros días es sujeto nuevamente de observación hacia su personalidad, llevado a cabo por el equipo interdisciplinario, tomando en cuenta su expediente inicial, para nuevamente clasificarlo en los dormitorios, pudiendo ser tratado criminológicamente durante todo el tiempo que dure su condena.

2.El tratamiento preliberacional que reciben estos individuos es de tipo administrativo. Se concede después de un año antes de la fecha en que el interno esté en tiempo de obtener su libertad condicional o absoluta.

VI. EL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL ESTADO DE MÉXICO.

Con éste término nosotros entendemos aquel conjunto complejo de normas jurídicas relativas a los varios aspectos de la condición del privado de su libertad personal, derivada de un hecho criminal.

Ahora bien, el artículo 59 de la Constitución del Estado de México, otorga el derecho de iniciar leyes a los Diputados locales; al Gobernador del Estado; al Tribunal Superior de Justicia, en todo lo relacionado con la organización y funcionamiento de la Administración de Justicia, a los Ayuntamientos en los asuntos que incumben a los Municipios; por lo que se refiere a sus respectivas localidades y en general a los ciudadanos del Estado en todas las ramas de la Administración Pública. Dicho precepto se caracteriza por su extrema liberalidad, al dar oportunidad a todos los ciudadanos del Estado a que aporten sus ideas y conocimientos en beneficio de la buena condición de la administración del Estado. Confiar el cuidado y tratamiento de los reclusos a simples reglamentos inflexibles resulta ser un vicio de nuestro sistema legislativo; al delincuente por más protervo que sea, no se le puede poner al margen del Derecho y sostener que lo único que le incumbe y el fin de su existencia en el Centro Preventivo y de Readaptación Social sea... cumplir su condena.

Nuestra Entidad, tomando en consideración la trascendencia que representa para la materia penal y penitenciaria, formula la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado, dando origen a acertados planteamientos para el sistema penitenciario Internacional, Nacional y Estatal. La Ley que nos ocupa, y que es menester considerar dentro del marco de la política criminal, como un esfuerzo para la fase de ejecución de penas, fue aprobada por la Legislatura del Estado conforme al decreto LXXXI, del 20 de Abril de 1966, promulgada por el entonces Gobernador Constitucional del Estado, Licenciado Juan Fernández Albarrán, el día 23 de los mismos, mes y año, publicada y puesta en vigor, según el primero de los artículos transitorios en la "Gaceta de Gobierno" el 4 de Mayo de 1966. El esfuerzo para formular un ordenamiento legal de este tipo se inscribe no solo en la actividad legislativa, que por sí sola resultaría estéril, sino también la construcción del moderno Centro Penitenciario, hoy denominado Centro

Preventivo y de Readaptación Social de Almoloya de Juárez, México, puesto en servicio en el año de 1967. Dicho ordenamiento fue obra de distinguidos juristas locales y presidida por el Procurador General de Justicia, Licenciado Leopoldo Velásco Mercado. Siendo así como el Estado de México pudo ofrecer, una vez más, el fecundo modelo, que vino en función del periodo de tratamiento preliberacional, del establecimiento penal abierto y de la remisión parcial de la pena, de esta forma queda establecido que: cuidando de no caer en el terreno detestable de la Demagogia es dable al Estado de México el honor de establecer instituciones que habrán de servir de estímulo y ejemplo a los demás Estados y principalmente al Distrito Federal, que tratándose de esta materia, ha abandonado su papel de guía y modelo de la República entera.

Cabe destacar de la misma forma que la Ley referida, siguiendo las modernas orientaciones de la esencia penitenciaria, establece en los Centros Preventivos y de Readaptación Social de nuestra Entidad, el sistema progresivo técnico, que toma esa calificación, con raíz en el régimen clásico humanitario, de la progresión de fases por las que atraviesa el penado, y la segunda en la orientación precisa del tratamiento, que arranca de las urgencias y sugerencias del positivismo criminológico. Ligada en este punto a las recomendaciones de nuestros Congresos Penitenciarios y de las leyes que, a escala nacional, la precedieron.

Por último, otro aspecto relevante de indudable importancia es la proposición de crear profesiones de criminólogo, policía judicial científico y penitenciarista, y al efecto el Maestro Sergio García Ramírez señala de manera futurista:

"Durante la Mesa Redonda de trabajo celebrada el 12 de Julio de 1969 por el Colegio de Abogados del Estado de México se puso énfasis en la necesidad de crear las mencionadas carreras, a nivel universitario. El autor de esta iniciativa, que el colegio recibió con beneplácito, fue el Licenciado Enrique González Vargas, que con elocuencia y abundancia de razones apoyó su proposición sobre el particular. -y continúa refiriéndose a la preparación que- La importancia de este anhelo y la urgencia de resolverlo, si bien preocupa "y es fortuna que así sea, pues la participación y al falta de previsión del futuro suelen cobrar alto precio a las universidades", el mercado de trabajo de los egresados de tales carreras, también lo es semejante a la vastedad de mercado que tiene la República entera, pues el problema no es de una u otra, sino de todas las entidades federativas. En un terreno virgen, como el nacional, el mercado de trabajo carece, prácticamente de limitaciones estimables a muy largo plazo".²⁵

²⁵ García Ramírez, Sergio, Manual de Prisiones, ob., cit., p. 308.

Queremos resaltar que el presente estudio básicamente es un análisis limitado, es decir, solo es presentado para el Estado de México, sin embargo pretendemos reforzar la idea anterior haciendo conciencia de la necesidad de abrir los ojos a una realidad nacional, no pensando que el país es el Distrito Federal y el Estado de México solamente, ya que bastaría dar un paseo por las cárceles de Estados tales como Guerrero, Chiapas, Oaxaca, etc., en los que, hasta unos años, "no solamente era deficiente el sistema penitenciario, sino que, era nulo, malo, falso, francamente y de hecho... ¡no existía!"²⁶

LA RETENCIÓN

I. CONCEPTO.

Según el Maestro Julio Acero, en su libro de Procedimiento Penal, señala al respecto que "Aunque con efecto inverso, la Retención tiene en cierto modo el mismo fundamento que la Libertad Preparatoria: la modificabilidad a posteriori de las penas según sus resultados; de cuyo principio constituye el otro extremo desfavorable ya aludido de la Sentencia Indeterminada. Cuando a pesar de transcurrir el término de la condena privativa de libertad, el sentenciado no sólo obtuvo su liberación condicionada por no acreditar su regeneración; sino que de lo contrario, por su conducta y demostraciones, sigue constituyendo una amenaza para la sociedad".²⁷

El Maestro Sergio García Ramírez coincide con lo apuntado anteriormente²⁸; para nosotros, este término es: la prolongación de la privación de la libertad personal del penado, por una mitad más de la duración de su condena, cuando haya observado mala conducta durante la segunda mitad de su internamiento.

En cuanto a los antecedentes de esta figura, cabe advertir que se presentaron oportunamente en capítulos anteriores, sin embargo recordaremos que fue en el Código de Martínez de Castro de 1871 en el cual se contemplaba ya como una institución innovadora.

²⁶ García Cabrera, José Dibray, -Apuntes de Derecho Penal Político- ENEP, Acatlán, México.

²⁷ Julio Acero, Procedimiento Penal, Editorial Cajica, Séptima Edición, Puebla, Pue., Méx. 1984. p. 461-462.

²⁸ Ver -García Ramírez, Sergio, Manual de Prisiones- ob., cit., p. 308.

II. NATURALEZA JURÍDICA.

El artículo 26 del Código Penal del Estado de México, establece que: "...las sanciones privativas de libertad, siempre que excedan de un año, se entienden impuestas en calidad de retención hasta por una mitad más de su duración, así se expresará en la sentencia sin que la omisión de ese requisito sea obstáculo para hacerla efectiva.

La retención se hará efectiva, cuando a juicio del Ejecutivo el inculcado tenga mala conducta, durante la segunda mitad de su condena, se resista al trabajo e incurra en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del Establecimiento Penal, o bien muestre que no ha cesado su peligrosidad".

Por lo tanto, esta Institución Jurídica, tiene por esencia la variación a posteriori de la pena privativa de la libertad según el desenvolvimiento del penado, y constituye el extremo desfavorable de la pena o sentencia indeterminada.

La retención, según el dispositivo legal antes invocado, alarga o prolonga el tiempo de duración de la sanción en los casos en que el reo no ha observado buena conducta, por lo que se presume que aún no se encuentra redimido, pero existe también una grave amenaza o violación a los derechos del condenado que trataremos de demostrar en páginas siguientes, amén de advertir de los posibles abusos de autoridad que pudieran darse.

III. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA RETENCIÓN.

El artículo 118 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad, dispone: "La retención se hará efectiva cuando a juicio de la Dirección de Prevención y Readaptación Social y tomando en consideración al Consejo Técnico Interdisciplinario, el interno observe mala conducta durante la segunda mitad de su condena, resistiéndose al tratamiento, incurriendo en faltas graves de disciplina o en infracciones graves al reglamento, o bien muestre por cualquier medio que no ha cesado su peligrosidad.

Esta disposición legal, establece las causas por las cuales el Ejecutivo a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social Estatal, como órgano Administrativo, encargado de la compurgación de las penas privativas de la libertad, estima se aplique la retención por las causas que ella misma señale, para, de esta manera, lograr la efectividad de la pena, así como los fines que en la persona del sentenciado se pretendieron con la imposición de la sentencia original.

La figura jurídica de la retención, supone la ausencia de la libertad condicional, ya que, ésta resulta ser el extremo opuesto a la retención, pues la libertad condicional es el lado favorable de la sentencia, al substituir la restricción de la libertad personal del penado, buscando su reingreso a la sociedad, siempre y cuando se cumplan con las exigencias que contienen los artículos que van del 111 al 115 de la ya mencionada Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad.

Si la prisión excede de un año -señala Carrancá y Trujillo- límite para que proceda la retención y si está en curso el segundo semestre de dicho lapso, a la censura que amerita la imposición de una pena corta de privación de la libertad debe sumarse la que se le prolonga con otra prisión corta también, tanto la libertad preparatoria como la retención requieren para que se cumpla su finalidad un lapso suficientemente dilatado como para acumular experiencias sobre la conducta del reo en el Centro Preventivo y de Readaptación Social, pero, particularmente para la retención se hace imprescindible que el tiempo señale la tendencia en la conducta del reo. Es por esto que si la figura retentiva resulta inadmisibles bajo cualquier regla general, lo es más aún cuando se trata de penas cortas de privación de la libertad lo que como ya hemos señalado lo que propicia en la mayoría de los casos es la idea de una mala individualización administrativa, provocando con esto que las prisiones se mantengan con una población excedente de la capacidad planeada, lo cual acarrea, como ya lo mencionamos otros problemas graves en los centros penitenciarios.

IV. PROCEDIMIENTO DE RETENCIÓN.

El procedimiento para la aplicación de la retención se rige por lo dispuesto en los artículos 119 al 121 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado.

De acuerdo con lo establecido por los dispositivos legales antes aludidos del ordenamiento jurídico en consulta, los Directores de los Centros están obligados a comunicar a la Dirección de Prevención y Readaptación, cualquier hecho que pueda dar motivo a que se aplique la retención, ordenando una investigación y, dependiendo de ésta, se resolverá si procede o no, así como el tiempo que deba durar.

V. INCONVENIENTES DE SU APLICACIÓN.

En un esfuerzo sintetizador, pretendo enumerar y especificar los inconvenientes legales y prácticos que representa la aplicación de la retención dentro de nuestra Entidad, con la salvedad de que estos pueden no ser los únicos.

1. Su imposición contraviene lo previsto por el párrafo primero del artículo 26 del Código Sustantivo Penal, esto es, si tomamos en consideración que dicho numeral señala como pena máxima de prisión la de 40 años, y que por lo tanto, al hacerse efectiva la retención a un reo que se encuentre compurgando una pena de la duración señalada, aumentando hasta por una mitad más de la duración original se incurriría en una violación del precepto legal penal al rebasar el límite previsto en él.

2. De aplicarse la retención, se atentaría contra el principio de "cosa juzgada", toda vez que se modifica la pena privativa de la libertad impuesta en sentencia definitiva, dada la prolongación en el tiempo para la compurgación de la sentencia, lo cual resulta inexacto, porque **AL CAUSAR EJECUTORIA UNA RESOLUCIÓN, NO PUEDE SER MODIFICADA, ALTERADA O EXTINGUIDA MEDIANTE JUICIO ULTERIOR ALGUNO.**

3. El Ejecutivo, a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social, al retener a un sentenciado realiza una función **EMINENTEMENTE JUDICIAL** que no le es encomendada, ya que su actividad se enfoca primordialmente a actos administrativos, ya que es sabido que la imposición de sanciones es propia y **EXCLUSIVA** de la autoridad Jurisdiccional, quien tiene la facultad de decir el derecho, y en su caso, de privar de la libertad a una persona, obviamente previo proceso.

4. El hecho de retener a un reo, basado esto en su mal comportamiento durante la segunda mitad de la condena que compurga, significaría tanto como juzgar que incurrió en alguno de los tipos legales que contiene nuestra Ley Penal y, por lo tanto, lo procedente sería hacerse acreedor a una nueva sanción privativa de libertad, mas no conceptualizar el pretendido alargamiento como una extensión de la sanción original.

5. Al determinar una retención, se implicaría confundir la pena como tal con las medidas de seguridad.

6. Al imponer la retención, se acepta el fracaso del fin inmediato que pretende la pena de prisión, y que además ha de ser justa, lo que no resulta ser ya que la facultad retentiva carece de carácter cierto y justo.

7. Resulta también incuestionable y perjudicial para un individuo que después de hacerse sabedor del término que ha de estar privado de su libertad, según la sentencia que se le haya impuesto, además no tenga la seguridad del tiempo que deba seguir recluido en la prisión, o más aún, el impacto que se le causa al sujeto cuando cree saber la fecha de salida del centro penitenciario y se le notifica el estado de retención hacia su persona.

8. La retención no revela otra cosa sino la falta de conocimientos en materia penitenciaria de parte del Órgano Jurisdiccional así como de los encargados de los Centros Preventivos y de los auxiliares técnicos que debieron en su momento apreciar la personalidad del reo, dando su diagnóstico para de esta manera llevar a cabo una correcta individualización judicial y administrativa o penitenciaria, no tomando a la ligera el hecho probado de tener en sus manos la vida de un ser humano, no restringiendo la libertad a un sujeto por un tiempo inequívoco al acto cometido, que implicaría un abuso de poder en perjuicio del reo.

9. Otro inconveniente es la inaplicabilidad de la figura retentiva, ya que en nuestro medio sólo son efectivos los beneficios de libertad, tal y como se puede constatar en los archivos de la Dirección de Prevención y de Readaptación Social del Estado de México, donde aparece el "dato estadístico" de que en diez años única y exclusivamente se ha aplicado en tres casos, lo que hace parecer a esta figura como una reminiscencia arcaica, obsoleta e inútil.

10. Es sabida la tendencia del ser humano hacia la causa del daño para con sus semejantes, es decir, el ser humano es perfecto para crear instrumentos para castigar a sus semejantes, y por lo tanto, la idea de darle, aún cuando no se lleve a cabo frecuentemente, la facultad de poder aplicar ésta figura constituye un peligro latente y que en cualquier momento pudiera surgir.

11. Tal vez uno de los mayores motivos para erradicar la retención, sea el hecho de que PUDIERA SERVIR COMO UN ELEMENTO PARA LA PERSECUCIÓN DE PRESOS POLÍTICOS, no siendo esta afirmación un exceso para la pretensión antes señalada, ya que, como elemento que puede llevarse a cabo o no, y que resulta potestativa su imposición por parte de... (?) quien sea, se presta a convertirse en un capricho de...(?), o bien, servir a intereses de los que la impusieron u ordenaron para mantener a alguna persona que afecte con su libertad a aquellos.

12. La retención no tiene otro fundamento ni son mas que el primer paso para la sentencia indeterminada, aunque en una medida tan mezquina y con tan mala organización reglamentaria, que los resultados prácticos son nulos.

13. No de manera temeraria afirmamos que la retención, en muchas ocasiones, presupone el siguiente postulado implícito en su aplicación, ya que existe en ella un problema de técnica judicial y como tal merece un estudio atento: actualmente esta técnica es empírica. El juez adquiere en el curso de su carrera judicial un cierto hábito de juzgar. SUFRE DE MANERA INCONCIENTE LA INFLUENCIA DE ALGUNOS COLEGAS Y FUNDAMENTALMENTE DE SUS SUPERIORES.

14. Creemos que existe mayor preocupación hacia el castigo sobre castigo o la probable fuga del reo que por su readaptación, sin la reflexión del cuestionamiento referente a ¿como regresará ese individuo a la vida en libertad después de haber sido aislado?, y mas aún, en muchas ocasiones los individuos nunca fueron antisociales, teniendo que soportar que se les trate como tales y combatir el cruel señalamiento de familiares y amigos, aparte de vivir con una herida sumamente profunda en su orgullo y dignidad.

15. Es conocido el ejemplo que para probar la necesidad de erradicar la figura retentiva suele emplearse análogamente con un caso médico, que se plantea de manera siguiente:

"un paciente que debiendo seguir las instrucciones que le ha dado su médico, el cual basándose en sus conocimientos para diagnosticar el tratamiento necesario que deberá llevarse a cabo para eliminar el padecimiento, indica como camino a seguir para lograr el fin deseado: la ingestión de medicamentos y la guarda de cinco días de reposo, el paciente decide no seguir las instrucciones referidas, y a pesar de ello, éste sana completamente del malestar que lo aquejaba, ¿debería continuar el "exenfermo" con el tratamiento prescrito por su médico?, y más, ¿no sería francamente absurdo y hasta peligroso el hecho de que el médico ordenara seguir con el tratamiento aún cuando el mal ha desaparecido?.

Creemos que, en el terreno de lo legal que pretende la readaptación del sujeto, sería irónico y hasta inhumano el querer alargar el periodo de privativo de libertad (retención) de un individuo, cuando el término del castigo impuesto fue resultado de todo un proceso de pruebas y análisis judiciales que culminaron en el establecimiento de una pena cierta y determinada, sin tomar en cuenta que, "al igual que el paciente del ejemplo anterior", el reo puede estar ya curado como resultado de la reclusión impuesta, o bien por méritos y factores externos o propios, quedando en un plano de necesidad el querer cumplir con la pena, y en un plano de injusticia e inhumanidad el alargar el término. Sí la imposición de penas privativas de libertad pudiera ser justificable, no lo es así en tratándose de la figura retentiva, ya que ésta despoja a "la materia de trabajo" de algunos, osea un ser humano, del factor sin el cual la vida no merece ser llamada así ... la libertad.

VI. INCONSTITUCIONALIDAD.

Antes de adentrarnos al tema relativo del por qué consideramos inconstitucional la aplicación de la retención dentro del sistema punitivo y penitenciario en el Estado de México, se hace necesario, a nuestro juicio, aclarar aunque de manera somera, qué es lo que se entiende por dicho término y en general sobre las garantías de seguridad jurídica a que tienen derecho los gobernados dentro de nuestra Entidad, ya que esto resulta ser de

notable importancia para la exposición y fines del presente trabajo.

Así las cosas tenemos que, por inconstitucionalidad o anticonstitucionalidad debe entenderse "aquel acto contrario a lo establecido en nuestra ley fundamental"²⁹, es decir, se manifiesta como la substancia de diversos derechos subjetivos públicos individuales de los gobernados oponibles y exigibles al Estado y a sus autoridades, quienes tienen la obligación de acatarlos y observarlos, pues al no hacerlo se contraviene con lo preceptuado en ella, violando con esto las garantías individuales y en nuestro caso, las garantías de los sentenciados.

Ahora bien, las garantías de seguridad jurídica implican el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos, circunstancias previas a que debe de sujetarse un acto de autoridad, para generar una afectación válida al gobernado apesar de los derechos subjetivos de éste. Por ende, una actuación de la autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo en su calidad de gobernado, sin que esta actuación se encuentre sustentada en los requisitos, condiciones, elementos, o circunstancias referidas, no será válido a la luz del derecho.

En efecto, "para que el derecho sea efectivo y cumpla con su cometido, será necesario que esté fincado sobre la base de LEGITIMIDAD del gobierno que las impone y por el cual es creado. Debemos recordar que en todo régimen democrático, la base de todo orden jurídico y de la existencia del mismo Estado, así como la base de toda posibilidad de defensa de derechos, es el principio de legalidad.

Llamamos principio de legalidad al hecho de que toda actividad política, social, individual, colectiva, gubernamental, etcétera, tiene que estar ordenada por normas jurídicas que señalen la posibilidad de efectuarla".³⁰

Bajo éste orden de ideas, pensamos que si el Ejecutivo del Estado aplica la retención hasta por una mitad más de la duración de la pena privativa de libertad impuesta, está imponiendo una pena privativa que contraviene cabalmente un Derecho Público Subjetivo importantísimo, la libertad, ya que el reo que la sufre no podrá salir de la prisión al cumplir la pena impuesta por la autoridad judicial, sino que permanecerá en el Centro Penitenciario; por tal motivo, dentro de la figura retentiva se incurre en una INVACIÓ DE COMPETENCIA CONSTITUCIONAL, pues el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos delimita y señala una prohibición a este respecto estableciendo en su segundo párrafo que: "NO PODRÁN REUNIRSE DOS O MÁS

²⁹ Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1989. p. 210.

³⁰ Herrera Ortiz, Margarita, Manual de Derechos Humanos, ob., cit., p. 135.

PODERES EN UNA SOLA PERSONA O CORPORACIÓN..."; por que toda invasión de un Poder en las atribuciones de otro, o bien toda acción de un Poder fuera de los límites que la Constitución impone, se produce en forma de Ley Inconstitucional o se traduce en acto atentatorio que no se funda en una ley ni buena ni mala, y en uno y en otro caso implicaría la infracción del artículo 14 y 21 Constitucional, tal y como sucede en los casos en que se define al acto de "Invasión": "si el invasor es el Ejecutivo y diera leyes malas cuando usurpa funciones del legislador, o dictase resoluciones judiciales sin competencia, por tanto es cuando invade funciones judiciales"³¹, tal y como acontece en el caso que nos ocupa, en el cual el Ejecutivo al resolver la aplicación retentiva por haberse probado mediante una investigación los hechos que la fundan y motivan, no está realizando una función propia de su naturaleza orgánica, o sea ejecutiva, sino una función materialmente judicial, porque mediante la retención se impone una pena privativa de libertad.

El artículo 14 Constitucional es un precepto complejo, pues en él se implican cuatro garantías fundamentales para el individuo, que son: La de irretroactividad legal, (Párrafo Primero); La de Audiencia, (Párrafo Segundo); La de Legalidad en materia Judicial Penal, (Párrafo Tercero); y por último, la de Legalidad en materia Judicial Civil y Administrativa, (Párrafo Cuarto); analizaremos única y exclusivamente el Párrafo Segundo y Tercero, por tener enorme trascendencia para los fines que nos proponemos.

El tercer párrafo del artículo 14 de la Carta Magna consagra la garantía de la exacta aplicación de la Ley en materia penal, en los siguientes términos:

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

"Aquí se consagra el principio "Nullum crimen, nulla poena, nullum delitu, sine lege". Dicho principio nos enseña que no habrá delito ni pena si no existe una ley previa".³²

El principio antes mencionado no viene expresamente definido en el párrafo tercero, lo que sucede es que diversos autores lo infieren de la definición de los delitos y las penas. Por consiguiente, un hecho cualquiera que no esté reputado por la ley en un sentido material como "Delito", no será delictuoso y por lo tanto no será susceptible de engendrar una penalidad para el que lo cometa.

³¹ Rabasa, Emilio, El artículo 14 y el Juicio Constitucional, México, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, 1978, p. 228.

³² V. Castro, Juventino, Lecciones de Garantías y Amparo, México, Séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1991, p. 241.

El principio de legalidad, en la estimación delictiva de un hecho humano, no se contiene directa y expresamente a nivel constitucional; sin embargo, siguiendo la exégesis del concepto legal del delito, podemos considerarlo inmerso e implícito en la mencionada disposición suprema.

En consecuencia, si el Ejecutivo del Estado aplica la retención a los reos condenados a prisión privativa de libertad que exceda de un año, ya que durante la segunda mitad de su condena se resistieron al tratamiento, incurriendo en faltas graves de disciplina o en infracciones al reglamento del Centro Penitenciario, o bien, muestre por cualquier medio que no ha cesado su peligrosidad, viola en perjuicio del sujeto lo dispuesto en el párrafo tercero del precepto legal antes aludido, toda vez que el Ejecutivo está dictando una resolución privativa de libertad al retenerlo en la prisión por más tiempo del que como pena les fuera impuesto por la autoridad judicial, sin que los actos que motivan la aplicación retentiva posean TIPICIDAD, ya que NO BASTA SOLAMENTE LA ANTIJURICIDAD COMO ELEMENTO PARA CONCEPTUALIZAR UN DELITO, pues habría que recordar que no toda acción antijurídica constituye un delito, es preciso que corresponda a un tipo legal, definido y conminado por la ley, ha de ser un acto típico.

Así toda acción típica y punible, según la ley es antijurídica y no será antijurídica una acción que por ella no esté tipificada y sancionada, lo cual como se ha dicho, se encuentra consagrada en la Constitución que prescribe que, si no es por ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trata no puede imponerse pena alguna, por lo tanto, al ser atípicos los actos que dan origen a la aplicación de la retención, no pueden caer en la tesis de tipo penal, ya que donde reina la razón debe imperar la aplicación de una misma disposición legal en la administración de justicia, y no exceptuar a la retención de este planteamiento, debiendo señalar que es el Ejecutivo el que crea "extralegem" delitos o penas, pues de no hacerlo se correría el riesgo de quedar fuera de todo orden jurídico. La misma razón se presenta como salvadora de controversia en este sentido, por considerar tan evidente la aberrada existencia de la retención, que puede ser atacada desde diversos puntos llegando sin dificultad a la conclusión de lo inadmisibles que es en nuestro derecho.

El principio de la ausencia de castigo o pena debido a la falta de una ley previa, persigue un fin concreto: garantizar la libertad y autonomía contra actos de la autoridad que puedan tener inmersos abusos o un capricho derivado del poder político.

Por lo tanto, es inexacto, y falto de ética de quienes ejercen o aspiran a ejercer actos de autoridad sin límites o compromisos precisos. Toda ideología que enfatice el valor del Poder Político y la Seguridad, toda posición que se precie de ser científica y aspire a una defensa social sin cortapisas jurídicas, como la retención penal que pueda ser utilizada no sólo contra los delincuentes comunes, sino también sin razón contra los adversarios

políticos, toda concepción *jusfilosófica* que conceda al interprete judicial la facultad de crear reglas para el caso imprevisto dando a cualquier autoridad la facultad de imponer sanciones sin haber delito, conducirán sin remedio al repudio.

A mayor abundamiento, García Maynez afirma que:

"El principio universal de Derecho Penal *Nullum crimen nulla poena sine lege*", en realidad combina otros diversos; "*nullum crimen sine lege*" y "*nulla poena sine lege*", aunque este último también comprende el de "*nulla poena sini iudicium*". La disposición constitucional, sólo se refiere al segundo y no al primero, pero uno está implícito en el otro".³³

El principio "*nulla poena sini iudicium*", significa que: no hay pena sin juicio y se encuentra implicado a la vez en la garantía de audiencia consagrada por el Párrafo Segundo del artículo 14 Constitucional y que corresponde a la fórmula norteamericana del "Debido Proceso Legal", que a la letra dice:

"Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

La garantía de audiencia está integrada por cuatro preceptos específicos de seguridad jurídica, que son:

- 1."El juicio previo al auto de privación;
2. Que el juicio sea seguido ante tribunales previamente establecidos;
3. El cumplimiento o la observancia de las formalidades esenciales procesales; y
4. La decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con anterioridad a la causa que origine el juicio.

Formándose la garantía de audiencia mediante la conjunción indispensable de las cuatro garantías específicas mencionadas con antelación, es evidente que aquella es susceptible de contravenirse al violarse una sola, por lo que merced a la íntima articulación que existe entre ellas, el gobernado encuentra una verdadera y sólida protección a sus bienes jurídicos integrantes de sus esfera subjetiva de derecho".³⁴

³³ García Maynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Vigésima séptima Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1977, p. 379.

³⁴ V. Castro, Juventino, *Lecciones de Garantías y Amparo*, ob., cit., p. 229.

Por lo tanto, el procedimiento que rige a la retención (artículos 120 y 121 de la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado) no reúne las formalidades esenciales al no establecer una forma para comprobar o desvirtuar los hechos que los Directores de los Centros comunican a la Dirección de Prevención y Readaptación Social, las cuales dan origen a que el Ejecutivo resuelva la procedencia o no de la retención, el tiempo que deba durar, **NO PERMITIENDO AL REO SER OÍDO Y VENCIDO DENTRO DE PROCEDIMIENTO ALGUNO**, pues tan sólo se limita a decir que: -con base en la investigación practicada se resolverá si procede o no la retención-, por lo que se viola el derecho a defenderse, a través del procedimiento, de ser escuchado dejando al individuo en estado de INDEFENCIÓN ya que queda anulada la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 Constitucional.

Respecto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ha de establecerse que: "La imposición de la penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial...", ya que ésta disposición garantiza al individuo el derecho subjetivo público de que **NINGUNA AUTORIDAD ESTATAL QUE NO SEA LA JUDICIAL PUEDE IMPONER PENA ALGUNA**, entendiendo como Autoridad judicial a aquellas que desde el punto de vista constitucional y legal se encuentran así catalogadas.

Por otro lado, esta primer garantía, establece que la imposición de una pena se aplica sólo a la sanción que se impone dentro de un proceso penal, que de acuerdo con este artículo, dicha sanción se debe imponer por la autoridad judicial, después de que se haya realizado por todas sus fases el proceso. **PUES LA IMPOSICIÓN DE PENAS SÓLO PUEDE REALIZARSE AL DICTARSE SENTENCIA**; y la sentencia sólo se puede decretar después de haberse agotado un proceso.

Por lo que hace a la Retención como institución prevista en nuestra legislación estatal, creemos que queda comprobado que, dada la magnitud de los razonamientos expuestos, resulta claramente Inconstitucional, **PUES EL EJECUTIVO RETENIENDO A UNA PERSONA INVADE LA PARTE DE AUTONOMÍA QUE LE CORRESPONDE AL PODER JUDICIAL** y como se ha planteado ya anteriormente, la imposición de penas es facultad propia y exclusiva de éste último, lo que nos parece inexacto, derivando el hecho insólito de que una Ley Secundaria (Código Penal) otorgue facultades al Ejecutivo para retener a un delincuente **HACIENDO CASO OMISO A LA JERARQUÍA IMPERANTE EN NUESTRA LEGISLACIÓN QUE ANTEPONE A LA CONSTITUCIÓN A CUALQUIER ORDENAMIENTO ESTATAL**. Y por si fuese poco, también autoriza a la Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad para hacer efectiva la resolución de procedencia retentiva basándose en una simple investigación.

De tomarse en cuenta es la reflexión que a propósito de dejar definida nuestra postura hacemos en el sentido de que al aplicarse la retención por resolución del Ejecutivo se viola, modifica o altera la sentencia ejecutoriada, así como el principio de autoridad de "cosa juzgada" producto de un juicio que culminó con una sentencia que debe ser cumplida íntegramente. Se ha señalado que la existencia de la libertad preparatoria es el efecto positivo de la pena indeterminada, y estriba precisamente en esto su justificación, con lo que prevenimos el nacimiento de una probable postura contradictoria al respecto, formándose ésta, al aceptar la libertad preparatoria y rechazar a la retención, perteneciendo las dos al concepto de indeterminación de la duración de la pena; con lo que, adelantándonos a esta posible idea responderemos justificando a la libertad preparatoria de forma siguiente: si la imposición de la pena, tomándola como aspecto positivo, destruye al delito conceptualizado antagónicamente como negativo, se diera el caso de que el primero neutralice al segundo antes de que transcurra el tiempo previsto en la sentencia, entonces debe darse por terminada la condena ya que sería injusto e inútil prolongar la privación de libertad, cuyo comportamiento debió haber sido comprobado para la concesión del beneficio aludido y anula la necesidad de sanción, quedando en carácter de premio para los condenados que dieron pruebas de una verdadera corrección y enmienda.

La Ironía parece reflejarse como factor unido a la imposición Retentiva ya que se cuida minuciosamente todos y cada uno de los elementos que conforman de alguna forma un proceso penal, se cuida también a los sujetos que lo conforman, se enaltecen a los que tienen los conocimientos suficientes, se señala a quienes carecen de las virtudes necesarias para formar parte de la difícil tarea de decidir sobre otro ser humano, pero, increíblemente, se acepta la humillación hacia el trabajo de Abogados Litigantes, Ministerios Públicos, Jueces, Magistrados, Ministros, etc. que dirigiendo su esfuerzo y conocimiento para encontrar lo "Justo", tienen que soportar que su labor quede en absoluto plano de indignación, al imponer, por arriba de un sistema, personas y profesionales la aberrante figura Retentiva.

Corresponde al lector del presente trabajo, la tarea de calificar las tendencias y propuestas que se plasman en las páginas que anteceden, sin embargo en un afán de difícil autoevaluación, creemos que dada la imposibilidad de llevar a cabo hoy por hoy las sugerencias y propuestas lanzadas por nosotros es propio decir que pensamos que el futurismo implícito pudiera ser una característica de éste trabajo, dado los enfoques de modernidad y vanguardia, además de tratar de rescatar el liberalismo perdido como consecuencia del poco cuidado de observar hacia dentro de nosotros mismos. Pensamiento con el cual no queremos dar a entender que nuestra Legislación e Instituciones se encuentren totalmente erradas, sino que como todo lo creado por el hombre, incluso él mismo, es perfectible más no perfecto, y que dentro de este orden de ideas, el régimen jurídico-legal, penal, de readaptación, etc, es sólo el resultado lógico evolutivo de la realidad del México actual, atreviéndonos a afirmar que es la realidad merecida para algunos, justa e injusta para otros, pero no por esto... imposible de mejorar.

PROPUESTAS Y CONCLUSIONES

1. Debe anularse la Retención en nuestro Código Penal, por que viola el principio de Legalidad contemplado en el párrafo tercero del artículo 14 Constitucional, con base en que esta figura jurídica es resultante de la creación "extra legem" por parte del Ejecutivo, y además, porque la sentencia ejecutoriada no puede ser modificada, alterada o extinguida mediante juicio, recurso o figura ulterior.

2. Debe suprimirse a la Retención de la Ley Sustantiva Penal Local ya que su aplicación contraviene lo instituido por el artículo 21 Constitucional, toda vez que la pena de prisión es una facultad propia y exclusiva de la Autoridad Judicial.

3. El Ejecutivo a través de la Dirección de Prevención y Readaptación Social al resolver sobre la procedencia de la Retención invade la esfera de competencia de poderes, prohibida esta en el segundo párrafo del artículo 49 de nuestra Carta Magna.

4. Es necesario abolir la aplicación Retentiva dado que su aplicación no es mas que la muestra de fracaso del fin inmediato de la pena privativa de libertad, que ha de ser justa, cierta y suficiente.

5. Al hacer efectiva la Retención, se fomenta el abuso de la autoridad dañando la salud física y mental del reo por la incertidumbre creada en él dado lo indefinido de la duración de la pena impuesta por el órgano que la ordena.

6. La Retención contraviene la idea de retribución que exige una pena fija proporcional al hecho y contraviene de igual forma todo el sistema de penas ciertas y determinadas que contempla la Legislación Penal en el Estado de México.

7. Se requiere la eliminación de la facultad Retentiva ya que, aplicada la Retención, lleva consigo implícita la ausencia de procedimiento, mediante el que se permita al sentenciado ser oído y vencido en juicio, infraccionando con ello la garantía de audiencia prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Ley Suprema.

8. Se propone la derogación de la Retención de la Codificación Penal dado el fracaso e inaplicabilidad por parte de la Dirección de Prevención y Readaptación Social en la Entidad.

9. La Retención presupone la tentativa de facilitar en cualquier momento su utilización para fines diversos, tales como la persecución de reos políticos.

10. La Retención implica una burla a todo un proceso penal y a quienes lo forman (Autoridades y Afectados), ya que aplicando la Retención nada de lo que se haya realizado importa, pues el Ejecutivo al finalmente impondrá su propia sanción.

BIBLIOGRAFÍA

1. Abarca Ricardo, El Derecho Penal en México, Editorial Cultura, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Edición Única, México, 1941.
2. Acero, Julio, Procedimiento Penal, Editorial Cajica, S.A., Séptima Edición, Puebla, Puebla, Méx., 1984.
3. Álvarez Gómez, Ana Josefina, El Sistema Penitenciario entre el Temor y la Esperanza, La cárcel ante el Tercer Milenio, Editorial Orlando Cárdenas Editores, S.A., de C.V. Primera Edición, Irapuato, Guanajuato, México, 1991.
4. Bornes y Teers, New Horizons in Criminology, Editorial Life, Cuarta Edición, New York, 1980.
5. Carrancá y Rivas, Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México D.F., 1986.
6. Carrancá y Rivas, Comentarios a la Ley de Ejecución de Penas del Estado de México, Ediciones del Gobierno del Estado de México, Edición Única, Toluca, México, 1969.
7. Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1974.
8. Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Quinta Edición México 1990.
9. Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General, Editorial Porrúa, S.A., Décima Edición, México, 1991.
10. Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., Décimo sexta Edición, México D.F., 1997.
11. Cortés Ibarra, Miguel Angel, Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, Tijuana, Baja California, 1987.
12. Cuello Calón, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Editorial Nacional, Novena Edición, Barcelona, 1975.

13. Del Pont, Luis Marco, Derecho Penitenciario, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, México, D.F., 1991.
14. Del Pont, Luis Marco, Penología y Sistemas Penitenciarios, Tomo I, Ediciones Palma, Primera Edición, Buenos Aires, 1974.
15. Franco Sodi, Carlos, Nociones de Derecho Penal, Parte General, Editorial Botas, Segunda Edición, 1950.
16. García Cabrera, José Dibray, Apuntes de los Cursos de: Derecho Penal I, Criminología, Criminalística, Derecho Penal Político, ENEP, Acatlán, México.
17. García Maynez, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, Vigésimo séptima Edición, México, 1977.
18. García Ramírez, Sergio, Manual de Prisiones, La Pena y la Prisión, Editorial Porrúa, S.A., México, 1980.
19. González de la Vega, Francisco, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, 1964.
20. Herrera Ortíz, Margarita, Manual de Derechos Humanos, Editorial Pac, S.A., de C.V., Edición Única, México, D.F., 1992.
21. Huacuja Betancourt, Sergio, La Desaparición de la Prisión Preventiva, Editorial Trillas, Primera Edición, 1989.
22. Jiménez de Asúa, Luis, La Ley y el Delito, Editorial Hermes, Sudamericana Distribuidor, Primera Edición, México, 1986.
23. Jiménez de Asúa, Luis, El Criminalista, Tomo II, Editor Zavala, Segunda Edición, Buenos Aires, 1958.
24. Levene, Ricardo y Zaffaroni, Eugenio Raúl, Ciencias Penales, Editorial Hammurabi, Argentina, 1979.
25. Mezger, Edmund, Derecho Penal, Parte General, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Segunda Edición, México, D.F., 1990.

26. M. Rico, José, Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea, Editorial Siglo XXI, Segunda Edición, México, 1982.
27. Ojeda Velázquez, Jorge, Derecho de Ejecución de Penas, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición México, 1985.
28. Porte Petit, Candaudap Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., Décimo tercera Edición, México, 1990.
29. Rabasa, Emilio, El Artículo 14 y el Juicio Constitucional, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1978.
30. Soler Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial La Ley, Primera Edición, Buenos Aires, Argentina, 1945.
31. Toro, Alfonso, Historia de México, Editorial Patria, Décimo sexta Edición, México, D.F., 1973.
32. V. Castro, Juventino, Lecciones de Garantía y Amparo, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, 1991.
33. Villalobos, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1990.
34. Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Parte General, Tomo V, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, Primera Edición, México, 1988.

OTRAS FUENTES CONSULTADAS

1. Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo IV, Editorial Santillana, Quinta Edición, Madrid, España, 1985.
2. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Editorial Driskill, Primera Edición, Argentina, 1954.
3. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII, Editorial Driskill, Primera Edición, Argentina, 1954.
4. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo P-Z, Editorial Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1991.
5. Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal, Tomo I, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1989.
6. Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho procesal Penal y de Términos Usuales en el Proceso Penal, Tomo II, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1989.
7. Jurisprudencia, Poder Judicial de la Federación, 1917-1985, Cuarta Parte, Tercera Sala, Ediciones MAYO, 1985.

RED INTERNET

- Derechos Humanos
<http://derechos.org/nizkor/mexico/index.htm/>
- Información Jurídica UNAM
<http://info.juridica.unam.mx/>

LEGISLACIÓN

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
2. Ley de Amparo.
3. Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
4. Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social del Sentenciado.
5. Ley de Amnistía.
6. Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.
7. Código Federal de Procedimientos Penales.
8. Código Penal para el Estado de México.
9. Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.
10. Ley de Rehabilitación para menores del Estado de México.
11. Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de la Libertad del Estado.