



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

INEFICACIA DEL AUMENTO DE LA
PENA DE PRISION

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

FABIAN HERNANDEZ MATEOS



MEXICO, D.F.

2001



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno HERNANDEZ MATEOS FABIAN, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, la tesis profesional intitulada "INEFICACIA DEL AUMENTO DE LA PENA DE PRISION", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. PAULINO CHAVARRIA GOMEZ, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "INEFICACIA DEL AUMENTO DE LA PENA DE PRISION" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno HERNANDEZ MATEOS FABIAN.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

A T E N T A M E N T E
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 24 de octubre 2001



DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

A mis Padres
FLAVIO JESÚS HERNÁNDEZ AGUIRRE
Y MARIA DE LA PAZ MATEOS MORA
Siempre mis guías y ejemplo.

**A la Universidad Nacional Autónoma de México y Facultad de
Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México**
Eterna casa que siempre me acogió.

A Roxana
Mi gran motivación, mi cariño siempre.

INEFICACIA DEL AUMENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

INDICE

INTRODUCCION

Pág.

I.- PANORAMA GENERAL DEL DELITO

A. NOCIÓN DEL DELITO

1

B. FORMAS EN QUE PUEDE SER ESTUDIADO

2

- a) Teoría Unitaria o Totalizadora
- b) Teoría Analítica o Atomizadora

C. ELEMENTOS DEL DELITO

3

- a) La conducta y su ausencia
- b) La tipicidad y Atipicidad
- c) La antijuricidad y Causas de Justificación
- d) Imputabilidad y la Inimputabilidad
- e) La Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad
- f) Punibilidad y Excusas Absolutorias
- g) Condiciones Objetivas de punibilidad

4

7

13

17

18

23

25

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

A. PUNIBILIDAD

27

B. PUNICION

31

C. PENA

33

- a) Etimológico
- b) Gramatical
- c) Jurídico

34

34

35

III. BREVE ANÁLISIS HISTORICO DE LA PENAS EN MÉXICO.

A) Relación histórica y Formas de ejecución	40
B) El México Colonial	41
b.1) Tribunal del Santo Oficio	43
b.2) Tribunal de la Acordada	47
C) México Independiente	53
c.1) Cárcel de Belén o Nacional	55
c.2) Cárcel de San Juan de Ulúa	58
c.3) Cárcel de Lecumberri	61

IV. LA PENA Y SU IMPORTANCIA JURÍDICA SOCIAL

A) Fundamento legal de la Pena	63
B) Clasificación de las sanciones: El binomio Pena- Medida de Seguridad	66
C) Función de la Pena	76
a) Teorías Absolutas	77
b) Teorías Relativas	78
c) Teorías Mixtas	80
D) Substitutivos penales	87

V. LA CRISIS DE LA PRISIÓN

A) Defectos de la prisión	96
B) Pena larga y corta de prisión	101
C) La crisis de la justicia	104
D) La prisión es necesaria	109

E) Exceso en el uso de la Pena de Prisión	113
F) Algunas Causas que originan la Necesidad de Reducir la Pena de Prisión	115
CONCLUSIONES	120
BIBLIOGRAFÍA	124

INTRODUCCIÓN

Cada vez que somos víctimas de algún delito, buscamos que los órganos competentes apliquen las leyes y con ello se aplique la justicia, sin embargo los legisladores han encontrado una salida a los problemas que según en su opinión es la mejor y esta es el aumento de las penas, las nuevas reformas promulgadas y publicadas respecto de la penalidad tanto en el Código Penal Federal, como en Código Penal para el Distrito Federal, son evidentemente mayores a las que anteriormente se encontraban en la ley sustantiva.

Las penas aumentaron conforme al índice delictivo que según estadísticas demuestran ser los delitos más recurridos en el país, sin embargo el aumento de penas no es la solución, ni siquiera se debió de poner a consideración ya que sucede un fenómeno curioso e impresionante a mayor aumento de penas mayor criminalidad, mayor sobrepoblación en las cárceles o centros de reclusión.

En la teoría de la prevención general se suele afirmar que a mayor penalidad se producirá menor comisión de delitos. Por esta razón, ciertos delitos ven aumentada su penalidad año con año, sin que su comisión disminuya.

La política en nuestro país y la lucha por el poder han impedido que los legisladores estudien y busquen soluciones verdaderamente trascendentales, es decir, que arranquen de fondo la delincuencia y criminalidad en México, sino solamente buscan callar las voces del pueblo, engañándolo arrojando al código penal penas "más severas", pero completamente absurdas lo que verdaderamente se requiere en mi modesta opinión es que antes de que se aplique una ley, debe escucharse a los

criminólogos, penalistas y en general la opinión de los académicos del Derecho Penal y que la administración de justicia sea imparcial y completa, que la corrupción en los servidores públicos sea subsanada, para aplicar las penas con ello restablecer el orden público y que prevalezca el estado de derecho.

Un ejemplo actual de lo anterior es lo que erróneamente realizó el partido político P R D con fines meramente políticos hizo al delito de falso testimonio, delito grave con el fin de que no alcance libertad bajo caución los testigos que llegan a cometer contradicciones en una declaración; y ese delito por su naturaleza jurídica no merece una pena elevada. Fue aumentada la penalidad solo por circunstancias políticas.

Es imposible y erróneo creer que con aumentar las penas los delincuentes van a dejar de cometer ilícitos; por el contrario, psicológicamente el delincuente observa a este aumento como prueba que puede ser superada y la solución es deshacerse de la víctima para que está no denuncie el hecho y con ello al delincuente.

Aún en el mejor de los casos, si se detiene al probable responsable o delincuente, si la administración de justicia se encuentra viciada nunca se va a aplicar la sanción; y si acaso se aplica los centros de reclusión se encontrarán repletos. Actualmente hay sobrepoblación en las cárceles, y no existe una conciencia o política encaminada a la rehabilitación del sujeto, solamente se busca recluirlas y si aprenden más formas de delinquir a nadie le importa e internamente se genera odio a la sociedad que es lo más peligroso.

La sociedad y los legisladores deben entender que el aumento de las penas no es una solución aun problema tan creciente como es

la delincuencia, lo que se necesita es cambiar los factores endógenos y exógenos de los mexicanos, es decir mayores oportunidades de vida, empleo, una sociedad estable, mejores fuentes de ingresos, y lo más importante que es subsanar la administración de justicia, empezando con el órgano investigador (Ministerio Público), hasta los jueces, para que a la víctima se le restablezcan sus derechos y se pueda respirar un ambiente de paz y tranquilidad en nuestro país.

I. PANORAMA GENERAL DEL DELITO.

A. NOCIÓN DEL DELITO.

La noción del delito ha variado conforme a los momentos históricos, las áreas geográficas y la ideología de cada pueblo, de manera que es difícil establecer un concepto de honda raíz filosófica que tenga validez en cualquier momento y lugar; múltiples definiciones se han elaborado de acuerdo con diversas corrientes doctrinarias que han respondido a situaciones y necesidades específicas.

"La palabra delito deriva de la voz latina: Delictus, p. p. delinquere, que significa: infracción, quebrantamiento, violación de la Ley."¹

Los clásicos elaboraron varias definiciones del delito entre ellas se encuentra la que estableció Francisco Carrara quien afirma que:

"Delito es 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."²

De igual manera es importante incluir la definición que estableciera Zaffaroni al decir: "delito es una conducta típica, antijurídica y culpable. En síntesis para que exista delito se requiere un carácter genérico-que es la conducta-que debe adaptarse a una de las descripciones de la ley-típica-, no estar amparada por ninguna causa de justificación-antijurídica- y pertenecer a un sujeto a quien le sea reproachable- culpable".³

De acuerdo a las anteriores definiciones del delito, nótese que los autores coinciden que es toda conducta que transgrede las normas jurídicas previamente establecidas por el Estado, las cuales fueron instituidas para asegurar la convivencia armónica entre los miembros de la sociedad.

¹ Enciclopedia Salvat-Diccionario, Salvat, Tomo IV, Barcelona, 1976, p. 1021.

² CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Porrúa, México, 1989, p. 125.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal parte general, Tomo III, Cárdenas editores y distribuidores, México, 1988, p. 30.

B. FORMAS EN QUE PUEDE SER ESTUDIADO.

Son dos los sistemas principales para realizar el estudio esencial del delito: el unitario o totalizador y el atomizador o analítico.

a) Teoría Unitaria o Totalizadora.

El delito no puede dividirse para su estudio, por integrar un todo orgánico.

Según Antolisei: "El delito es todo hecho al cual el ordenamiento jurídico le adscribe como consecuencia una pena".⁴

b) Teoría Analítica o Atomizadora.

Estudia el delito penal por sus elementos constitutivos. Evidentemente para estar en condiciones de entender el todo, precisa el conocimiento cabal de sus partes; ello no implica, por supuesto la negación de que el delito integra una unidad. En cuanto a los elementos integradores del delito, no existe en la doctrina uniformidad de criterio; mientras unos especialistas señalan un número, otros lo configuran con más elementos, surgen así las concepciones bitómicas, tritómicas, tetratómica, pentatómicas, hexatómicas, heptatómicas, etcétera.

Edmundo Mezger, elabora una definición tetratómica, al expresar que: "el delito es la acción típicamente antijurídica y culpable".⁵

Según Cuello Calón, es "la acción humana, antijurídica, típica, culpable y punible".⁶

Desde el punto de vista Jurídico sustancial y en atención a sus elementos, Jiménez de Asúa, en su obra "La Ley y el Delito", expresa que:

"El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal".⁷

⁴ ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal, Temis, Bogotá, 1988. p. 133.

⁵ MEZGER, Edmundo, Tratado de derecho penal, Tomo I, Madrid, 1955, p. 156.

⁶ CUELLO CALON, Eugenio, Derecho penal, Tomo I, Octava edición, Barcelona, 1976, p. 236.

⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, Andrés Bello, Caracas, 1945. p. 256.

Según lo expresado anteriormente, el delito con base en la definición legal, es la conducta sancionada por las leyes penales expedidas con el objeto de proteger los bienes jurídicos fundamentales del individuo y de la sociedad.

C. ELEMENTOS DEL DELITO.

Según la definición expuesta por Jiménez de Asúa, los elementos del delito son:

- La acción (conducta o hecho)
- La tipicidad
- La antijuricidad
- La imputabilidad
- La culpabilidad
- La penalidad y
- Las condiciones objetivas de penalidad.

El Doctor Fernando Castellanos Tena, en su obra Lineamientos Elementos de Derecho Penal, señala; que es conveniente hacer el estudio conjunto de los elementos esenciales con los que no son, para tener una idea completa de la materia, postura que desde luego compartimos.

ASPECTOS POSITIVOS

- Conducta
- Tipicidad
- Antijuricidad
- Imputabilidad
- Culpabilidad
- Condicionalidad objetiva
- Punibilidad

ASPECTOS NEGATIVOS

- Falta de conducta
- Atipicidad
- Causas de Justificación
- Causas de inimputabilidad
- Causas de inculpabilidad
- Falta de condición objetiva
- Excusas absolutorias.

a) La conducta y su ausencia

La conducta es la forma como el hombre se expresa activa o pasivamente.

"La palabra conducta, penalísticamente aplicada, es una expresión de carácter genérico significativa de que todo delito consta de un comportamiento humano".⁶

Como puede apreciarse la conducta es una manera de asumir una actitud que puede manifestarse como una acción o como una omisión.

El sujeto activo en la conducta, solo puede ser sujeto productor de una conducta ilícita penal, es decir el hombre es el único posible sujeto activo de un delito, no puede atribuirse una conducta delictiva a animales o cosas inanimadas.

El sujeto pasivo y ofendido, es el titular del bien jurídico protegido por la norma penal y es quien resiente, directamente los efectos del delito, el ofendido es la persona que sufre de forma indirecta los efectos del delito. Generalmente concurren la calidad de ofendido y de sujeto pasivo o víctima, pero puede darse el caso del homicidio, en el cual el pasivo o víctima es el sujeto al que se priva de la vida y los familiares de este, vienen a ser ofendidos.

El vigente Código Penal para el Distrito Federal, y los que lo han tomado por modelo establecen: "Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales" (art. 7°) de donde a la luz de una dogmática nacional podemos obtener las siguientes conclusiones. Ante todo no se emplea el término "acción", pues el Código omite su referencia directa, aunque admite la indirecta, al aludir expresamente el "acto" y a la "omisión", con ello indica que

⁶ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Panorama del Delito*, Imprenta Universitaria, México, 1950, p. 7.

considera a éstos como especies de un solo género, el que no puede ser otro que la "acción". Luego la acción (género) se subdivide en acto y omisión (especies). Por acción entonces, hemos de entender las dos formas de la conducta, ya sea ésta en su aspecto positivo en su aspecto negativo. Para el hacer relevante al derecho penal que da la denominación de "acto", así como para el no hacer cuya relevancia es también manifiesta, la de "omisión".⁹

"El acto o la acción stricto sensu, ha de ser entendida en amplísimo sentido, comprendiendo tanto la conducta humana como el resultado que produce, tanto la comisión como la omisión. Hay acción, toda vez que un comportamiento corporal es jurídicamente referible en alguna forma a la voluntad de un hombre".¹⁰

"La acción, en sentido estricto, es el movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un resultado consistente en la modificación del mundo exterior o en el peligro de que se produzca".¹¹

Así tenemos que la acción es el movimiento corporal, el hecho voluntario del hombre, la actividad volitiva humana.

"La omisión, no es mas que el no cumplimiento de la acción que se esperaba de alguien".¹²

"La omisión consiste en una inactividad voluntaria cuando la ley penal impone el deber de ejecutar un hecho determinado".¹³

La omisión es la conducta negativa, la falta de actividad corporal, el no hacer, la abstención de actuar, contraria a la obligación de obrar y que produce un resultado.

"Por cuanto hace a los delitos de omisión, la doctrina los clasifica en delitos omisivos verdaderos y propios, denominados también

⁹ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Derecho penal mexicano, parte general, Porrúa, México, 1988, p. 292.

¹⁰ SOLER, Sebastián, Derecho penal argentino, Tomo I, Tipográfica Editora, Argentina, 1992, p. 276.

¹¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal, Op. cit. p. 271.

¹² ANTOLISEI, Francesco, Manual de derecho penal, Op. cit. p. 157.

¹³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal, Op. cit. p. 273.

delitos de omisión simple y los omisivos espúreos, también denominados de comisión por omisión. Los primeros producen una consecuencia en el mundo externo y los improprios por el contrario son aquellos que si producen consecuencias.¹⁴

El resultado material es el efecto causado por un delito y que es perceptible por medio de los sentidos.

El nexo causal es la vinculación estrecha, indispensable entre la conducta realizada y el resultado producido, es la relación necesaria de causa a efecto.

Porte Petit, por su parte, señala que la relación de causalidad, "es el nexo que existe entre un elemento del hecho (conducta) y una consecuencia de la misma conducta: resultado".¹⁵

Definitivamente hemos de decir que la integración de los delitos se forma con un comportamiento y un resultado siempre será necesario la relación causal de ambos y, consiguientemente, la concurrencia de los demás elementos del delito hasta llegar a la culpabilidad.

En los delitos de acción la relación de causalidad no ofrece problemas, toda vez que la exteriorización de la voluntad del agente que atenta contra la norma producirá necesariamente un resultado material. Sin embargo, en los delitos de omisión el nexo causal se presenta en el no hacer, que precisamente viene siendo la causa del resultado.

Ausencia de conducta.

La ausencia de conducta es el aspecto negativo del elemento conducta.

En ocasiones, un sujeto puede realizar una conducta de apariencia delictuosa, pero dicha conducta no puede atribuirse a la persona

¹⁴ BETTIOL, Giuseppe, Derecho penal, parte general, Temis, Bogota, 1965, p. 290.

¹⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la parte general del derecho penal, Séptima edición, Porrúa, México, 1982, p. 341.

como hecho voluntario, tal sería el caso de la fuerza física irresistible, la energía de la naturaleza, el hipnotismo y el sonambulismo.

b) La tipicidad y Atipicidad.

Tipo es la descripción legal de una conducta estimada como delito que lesiona o hace peligrar bienes jurídicamente protegidos por la norma penal. El tipo es una concepción legislativa, es la descripción de una conducta hecha dentro de los preceptos penales.

"La tipicidad para Bettiol sirve para establecer los hechos que interesan al derecho penal en cuanto son hechos patológicos respecto a un normal estilo de vida."¹⁶

"La tipicidad, es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la fórmula *nullum crimen sine tipo*".¹⁷

Podemos afirmar que el tipo es abstracto y estático, en tanto que la tipicidad es concreta y dinámica.

En el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se le da a la tipicidad el rango constitucional de garantía individual, por lo que podemos afirmar que la tipicidad tiene función de principio de legalidad y seguridad jurídica, al establecer:

"...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 trate..."

Los elementos del tipo a estudiar son seis, según Porte Petit:

- Sujeto Activo
- Sujeto Pasivo
- Objeto Material

¹⁶ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de derecho penal y procesal*, Segunda edición, Bosch, Barcelona, 1977, p. 30.

¹⁷ PORTE PETIT, Celestino, *Importancia de la dogmática jurídica penal*, Porrúa, México, 1954, p. 37.

- Bien jurídicamente tutelado
- Medios
- Referencias¹⁸

Sujeto Activo. Sólo la conducta humana tiene relevancia en el derecho penal. El acto u omisión deben corresponder al hombre porque únicamente éste puede ser sujeto activo de los delitos.

"Sujeto pasivo es la persona ofendida por el delito, en otras palabras la víctima del delito".¹⁹

Objeto material del delito lo constituye la cosa sobre quien recae el daño o peligro.

El bien jurídicamente tutelado es aquél que se encuentra protegido por la ley y que el hecho u omisión lesionan.

Medios. La exigencia de los medios es sólo en determinados tipos penales, originándose los llamados "delitos con medios legalmente determinados" y ello quiere decir que, para que pueda darse la tipicidad, tienen que concurrir los tipos correspondientes. Artículos 262 y 330 de nuestro Código Penal.

Referencias. Pueden ser temporales o especiales. En las primeras encontramos que a veces el tipo reclama de algunas referencias en orden al tiempo y, de no ocurrir, no se dará la tipicidad.

Las referencias especiales existen cuando la punibilidad de la conducta queda sujeta a determinadas referencias de espacio. Artículo 285 y 286 del Código Penal para el Distrito Federal.

¹⁸ *Ibidem*, p. 346.

¹⁹ ANTOLISEL, Francesco, *Manual de derecho penal*, Op. cit. p. 128.

El tipo se clasifica, según Castellanos Tena, conforme al siguiente cuadro sinóptico:

POR SU COMPOSICION	Normales (homicidio)	Se limitan a hacer una descripción objetiva
	Anormales	Además de factores objetivos contienen Elementos subjetivos o normativos (estupro).
POR SU ORDENACION METODOLOGICA	Fundamentales o Básicos	Constituyen la esencia o fundamento de otros tipos (homicidio)
	Especiales	Se forman agregando otros requisitos al tipo fundamental, al cual subsumen.
	Complementarios	Se constituyen al lado de un tipo Básico y una circunstancia o peculiaridad distinta (homicidio calificado)
EN FUNCION DE SU AUTONOMIA O INDEPENDENCIA	Autónomos o Independientes	Tienen vida por sí (robo simple)
	Subordinados	Dependen de otro tipo (homicidio en rifa)
POR SU FORMULACION	Casusticos	Preven varias hipótesis, a veces el tipo se integra con una de ellas (alternativas), V. gr. adulterio, otras con la conjunción de todas (acumulativos).
	Amplios	Describen una hipótesis única (robo), que - Ejecutarse por cualquier medio comisivo.
POR EL DAÑO QUE CAUSAN	De daño o lesión	Protegen contra la disminución o destrucción Del bien (homicidio, fraude)
	De peligro	Tutelan los bienes contra la posibilidad de ser Dañados (omisión de auxilio) ²⁰

Se acepta unánimemente que no hay delito sin tipo legal, razón por la cual podemos decir que cuando el legislador no describe una conducta dentro de las leyes penales, tal conducta no es delito, es decir, hay ausencia de tipo cuando no existe descripción legal de una conducta como delictiva.

²⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Op. cit. p.p. 173 y 174.

"Por ausencia de tipo, se entiende toda acción, por antijurídica y culpable que sea, si no es incluíble en los tipos legalmente establecidos-lo atípico-para el jurista significa una acción no punible".²¹

"Ausencia de tipo, es la inexistencia del presunto general del delito porque presupone la ausencia total de descripción del hecho en la ley por la afirmación de que no hay delito sin tipicidad".²²

"La ausencia de tipo presupone la absoluta imposibilidad de dirigir la persecución contra el autor de una conducta no descrita en la ley, incluso aunque sea antijurídica. Es consecuencia primera de la famosa nullum crimen nulla poena sine lege, que técnicamente se traduce "no hay delito sin tipicidad". Puesto que no se acepta la analogía, cuando el hecho no está tipificado en la ley o cuando le falta alguno de los caracteres o elementos típicos, no puede ser detenido el agente..."²³

Llegado este momento, indicamos algunas causas que producen la ausencia de tipo:

"1.- La primera de ellas se fundamenta en especiales consideraciones y valoraciones que realiza el legislador. Consiste en que el legislador, entendiendo su función, analiza con toda profundidad necesaria un cierto fenómeno social, real o imaginado y llega a la conclusión de que políticamente no es conveniente cubrirlo con el tratamiento penal que es el más drástico de los medios de orientación de las conductas que se encuentran a disposición del Estado de Derecho".²⁴

Los procesos selectivos son realizados por el legislador, parte integrante de la sociedad en que vive, tomando en cuenta la especial manera de ser y de pensar del grupo y atendiendo al tiempo y lugar

²¹ BELING, Ernst Von, Esquema de derecho penal-La doctrina del delito tipo, De Palma, Buenos Aires, 1944, p. 5

²² JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, Op. cit. p. 264.

²³ *Ibidem*, p. 263.

²⁴ Revista Mexicana de Justicia, No.3 Vol. IV Julio-Septiembre 1986, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Consejo Editorial, p. 181

para los que se legisla. Congruencia y equilibrio son, en estas condiciones, bases para que la ley penal esté filosóficamente de acuerdo con la sociedad. Este es el primero de los casos que mencionamos al inicio, o sea. La conclusión del legislador, de darle o no darle el tratamiento penal, por razones de la política imperante.

"2.- El segundo de los casos presentables, en cuanto a las causas que producen la ausencia de tipo, no tienen, ni remotamente, fundamentos jurídicos o filosóficamente.

Se trata de una simple consagración en la realidad de esa conocida idea de que el hombre es por su propia naturaleza falible y por ende, su obra es imperfecta".²⁵

Como es sabido, las leyes penales, son producto y consecuencia de una serie de actividades humanas, normalmente llevadas a efecto por varios individuos, cumpliendo cada uno de ellos una función específica. Nos referimos desde luego, al proceso completo que culmina con la publicación de una ley. En este proceso hay quienes estudian, analizan, valoran y sugieren la forma de las leyes; pero este trabajo realizado por varios individuos tiene que ser objetivado de la manera más simple: tiene que ponerse en forma estricta en un papel. Esta actitud, que no es legislativa, si es parte del proceso generador de las leyes.

Resulta fácil percatarnos de la presencia obligada de distintas personas, no necesariamente legisladores, cumpliendo cada una de ellas, con cierta función específica. El error, consecuencia de la falibilidad

²⁵ Ibidem, Op. cit. p. 186.

humana, es en estos lo más natural, no obstante el deseo y la intención de buscar la perfección. Esto hace que exista el mecanismo de la "fe de erratas", medio útil para corregir determinadas fallas.

3.- El tercero de los casos es el resultante de la falta de previsión del legislador.

"Es así, que pueden darse y en realidad se dan, casos en los cuales el legislador fue incapaz de identificar el bien jurídico, sea porque tal bien no exista cuando se produjo el acto legislativo, o también porque la trascendencia social del bien jurídico no fue captada por el legislador".²⁶

Por vía de ejemplo, podemos citar el fenómeno que se está produciendo en nuestro mundo actual, en que vemos que por causa del avance de la ciencia y de la tecnología, cada vez penetra más el hombre en el cosmos. Todavía no somos capaces de identificar un bien jurídico que requiera ser protegido pero empieza a esbozarse la seguridad de la humanidad, como algo que puede llegar a ser afectado por los hombres, si se siguen ciertas líneas de comportamiento que se presentan actualmente. Estamos entrando a espacios y tiempos nuevos; igual que en algunas épocas, pareció pensamiento imposible el vuelo del hombre, ahora nos puede parecer remoto el dominio del espacio con finalidades de supeditación. Nada hay que pueda asegurarse que está más allá del alcance de la inteligencia del hombre, sin caer en riesgos que la historia nos acredita que se presentan. Esto hace que puedan llegar a surgir ciertos bienes, ahora fuera de nuestro criterio, que requieran de protección penal.

Atipicidad.

Habrá ausencia de tipicidad cuando una conducta no se adecue a la descripción legal; existe tipo, pero no encuadramiento de la conducta al marco legal constituido por el tipo.

²⁶ Ibidem, p. 188.

Siguiendo el criterio del Doctor Castellanos Tena, las causas de atipicidad puede reducirse a las siguientes:

* Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

- Si falta el objeto material o el objeto jurídico.
- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.

- Al no realizarse el hecho por los medios comitivos específicamente señalados por la ley.

- Falta de elemento subjetivos del injusto legalmente exigido.

- Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial".²⁷

c) La antijuricidad y Causas de Justificación.

El delito es conducta humana; pero no toda conducta humana es delictuosa, precisa, además que sea típica, antijurídica y culpable. Estudiaremos ahora el elemento antijuricidad, esencialísimo para la integración del delito.

Podemos entender la antijuricidad, desde un punto de vista penal, como lo contrario a la norma penal; la conducta antijurídica es aquella que viola una norma penal tutelar de un bien jurídico.

El maestro Mariano Jiménez Huerta establece al respecto que " para que una conducta pueda considerarse delictiva, necesario es que lesione un bien jurídico y ofenda los ideales valorativos de la comunidad".²⁸

"Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación".²⁹

²⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Op. cit. p. 175.

²⁸ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, La antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952, p. 9.

²⁹ PORTE PETIT, Celestino, Programa de la parte general del derecho penal, Porrúa, México, 1958, p. 285.

"Según Cuello Calón, "la antijuricidad, presupone un juicio y una norma jurídico-penal. Tal juicio es de carácter objetivo, por solo recaer sobre la acción ejecutada".³⁰

La antijuricidad puede ser formal o material

"Se habla de antijuricidad formal, cuando la conducta o hecho violan una norma prohibitiva o preceptiva".³¹

"Por antijuricidad material se entiende el quebrantamiento de los intereses sociales que una y otra (norma o ley) reconocen y amparan".³²

En relación a estas, es importante asentar lo que afirma Cuello Calón al decir:

"que los hechos dañosos y perjudiciales para la colectividad (antijurídica material), no previstos en la norma, solo serán antijurídicos, cuando una ley los sancione; que la antijuricidad material sin la antijuricidad formal, no tienen trascendencia penal".³³

Esto es porque la antijuricidad presenta un doble aspecto, el aspecto formal que es la conducta opuesta a la norma y el material, integrado por la lesión o peligro de los bienes jurídicos.

Causas de Justificación.

Cuando la conducta realizada, sea cual fuere (alterar la salud, privar de la vida, etc.), se encuentra permitida por el derecho, tal conducta no es antijurídica, pues no viola ninguna norma penal, no choca con el orden jurídico, no rompe el marco normativo de la sociedad, se efectúa al amparo de una causa de justificación.

³⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal. Op. cit, p. 284.

³¹ VELA TREVINO, Sergio, Antijuricidad y juricidad, Octava edición, Ed. Barcelona, Barcelona, 1976, p. 338.

³² VILLALOBOS, Ignacio, Derecho penal mexicano, Cuarta edición, Porrúa, México, 1983, p. 238.

³³ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal. Op. cit, p. 338.

Las causas de justificación son las condiciones de realización de la conducta que elimina el aspecto antijurídico de dicha conducta. Conforme a nuestro derecho, son causas de justificación las siguientes:

- Legítima defensa
- Estado de necesidad justificante
- Ejercicio de un Derecho
- Cumplimiento de un Deber
- Impedimento legítimo
- Obediencia Jerárquica.

Existe legítima defensa, cuando la persona objeto de una agresión, violenta y sin derecho que entrañe un peligro inminente para su persona, honor o bienes, o para la persona, honor o bienes de otro, reacciona enérgicamente y causa un daño al agresor.

Es menester que la agresión sea actual, es decir, en el momento, ni pasada ni futura; que sea violenta, por lo que se debe entender enérgica, brutal, con fuerza física o moral, injusta que significa, contraria a la ley, ilícita, y que entrañe un peligro inminente, inmediato inevitable por otros medios, para la persona, honor o bienes propios o ajenos. La defensa debe estar vinculada, necesariamente, con la protección de esos objetos de ala tutela penal.

Elementos de la legítima defensa

- Actual
- Violenta
- Injusta
- De peligro inminente
- Peligro inevitable por otros medios

La fracción IV del artículo 15 del Código Penal, señala los casos en que opera la legítima defensa, aquellos en que no opera y las circunstancias en que se presume.

El exceso de legítima defensa es la utilización de los medios desproporcionados para repeler la agresión, o si el daño causado por el agresor fuere fácilmente reparable posteriormente por medios legales, o si dicho daño fuere de notoria insignificancia en relación con el causado por la defensa.

El estado de necesidad justificante, es la situación de peligro real, grave, inminente, inmediato para la persona, su honor, o bienes propios o ajenos que solo puede evitarse mediante la violación de otros bienes, jurídicamente tutelados, pertenecientes a persona distinta.

Elementos del Estado de necesidad justificante.

- Situación de peligro real, grave, inminente e inmediato.
- Que el peligro afecte necesariamente a un bien jurídicamente tutelado, propio o ajeno.
- Violación de un bien jurídicamente protegido, distinto.
- Imposible de emplear otro medio para poner a salvo los bienes en peligro.

El cumplimiento de un deber, previsto en la fracción VI, del artículo 15 del ordenamiento legal antes invocado, consistente en el que actuar por obligación, ya sea que esta obligación provenga de la ley o que provenga de un superior jerárquico, tal sería el caso del Agente de la Policía Judicial que en cumplimiento de una orden de aprehensión, detiene a una persona, esta situación no es delictuosa, toda vez que esta en cumplimiento de un deber.

Ejercicio de un derecho, la persona que actúa conforme a un derecho que la propia ley le confiere, se ampara en una causa de justificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 fracción VI del Código Penal. Dentro de esta excluyente encontramos las lesiones y el homicidio causado en el ejercicio de los deportes, los originados como resultado de tratamiento médico-quirúrgicos.

La justificación por impedimento legítimo se encuentra en la fracción VII del artículo 15 del Código Penal. La conducta descrita en esta hipótesis normativa, entraña siempre una conducta omisiva que atiende a un interés preponderante, superior, tal es el caso de la negativa de declarar por razones de secreto profesional.

La obediencia jerárquica es el cumplimiento que un subordinado debe hacer de una orden proveniente de una persona que tiene mando sobre él. Este caso se presenta cuando un subordinado carece de facultades para examinar la orden y tiene que obedecer. Se da la eximente porque la verificación de la conducta se hace en función de la orden recibida y de la obediencia debida, no en razón de la voluntad del sujeto que actúa.

d) Imputabilidad y la Inimputabilidad.

La imputabilidad, es la capacidad de entender y querer, dentro del ámbito del derecho penal. Como se aprecia esta capacidad tiene dos elementos: uno intelectual, referido a la comprensión del alcance de los actos que uno realiza, y otro de índole volitiva, es decir, desear un resultado. Podemos considerar que la imputabilidad es la capacidad en el ámbito penal, condicionada por razones de edad y salud mental.

"Imputabilidad, capacidad general atribuible a un sujeto para cometer cualquier clase de infracción penal.

También, capacidad para ser sujeto pasivo de una sanción penal.

La imputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad".³⁴

Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como elemento del delito.

Inimputabilidad.

Es el aspecto negativo de la imputabilidad, o sea, es la incapacidad para entender y querer en materia penal.

Causas de Inimputabilidad.

- Trastorno mental
- Miedo grave
- Minoría de edad
- Desarrollo intelectual retardado

Estos preceptos se encuentran debidamente reglamentados en la fracción VII de nuestro Código Penal para el Distrito Federal, al establecer "al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquel o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado".

e) La Culpabilidad y Causas de Inculpabilidad

La culpabilidad se identifica con la reprochabilidad hacia el sujeto activo, por haberse éste conducido contrariamente a lo establecido por la norma jurídico penal.

Jiménez de Asúa, define la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".³⁵

³⁴ DE PINA, Rafael, *Diccionario de derecho penal*, Porrúa, México, p. 293.

³⁵ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *La ley y el delito*, Op. cit. p. 379.

Respecto de la culpabilidad Zaffaroni establece "sea reprochabilidad, esto es, el conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, para que le sea jurídicamente reprochada a su autor".³⁶

Formas de culpabilidad, la culpabilidad se presenta en las formas siguientes: Dolo o intención, culpa o imprudencia y preterintención.

El dolo opera cuando el sujeto activo ha presentado en su mente la conducta que va a realizar y el resultado de esa conducta y, decide en un acto de voluntad, llevar a cabo lo que en su mente se presentó. La conducta dolosa es intencional y voluntaria.

El dolo tiene como elementos, el moral o ético y el volitivo o psicológico, el primero contiene el sentimiento, la conciencia de que se viola un deber, el volitivo psicológico es la voluntad, la decisión de realizar la conducta.

El tratadista Eugenio Calón, define el dolo como "la voluntad consciente dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso".³⁷

El dolo puede representarse de diferentes formas, pero podemos considerar que existen cuatro especies principales que son:

- DIRECTO, el resultado corresponde al que había previsto el sujeto activo. (decide privar de la vida a otro y lo mata).
- INDIRECTO, existe cuando el sujeto se presenta un fin, pero prevé y acepta la realización necesaria de otros fines delictivos, (para dar muerte a quien va a abordar un avión, coloca una bomba cerca del motor, con la certeza de que además de morir ese individuo, perderán la vida otras personas y se destruirá el aparato).

³⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal parte general, Tomo IV Op. cit. p. 10.

³⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho penal, Op. cit. p. 429.

- **INDETERMINADO**, es la voluntad genérica de delinquir, sin fijarse un resultado delictivo concreto. (ejemplo: Anarquista que lanza bombas).
- **EVENTUAL**, el sujeto se propone un resultado delictivo, pero se prevé la posibilidad de que surjan otros típicos no deseados, pero se aceptan en el supuesto de que ocurran. (Incendio de una bodega, conociendo la posibilidad de que el velador muera o sufra lesiones).

La culpa o imprudencia, la encontramos cuando el activo desea realizar una conducta que lleve un resultado delictivo, pero por un actuar imprudente, negligente, carente de atención, cuidados y reflexión verifica una conducta que produce un resultado previsible delictuoso. En este caso la conducta es imprudencial, culposa o no intencional.

Los elementos de la culpa son: una conducta positiva o negativa, ausencia de cuidados o precauciones exigidas por el Estado, resultado típico, previsible, evitable y no deseado y una relación causal entre la conducta y el resultado.

Las especies de culpa son las siguientes:

CULPA CONSCIENTE, con previsión o con representación, existe cuando el sujeto activo prevé la posibilidad de un resultado ilícito penal, pero no desea tal resultado y espera que no haya tal evento típico. Como ejemplo, puede citarse el caso del manejador de un vehículo que desea llegar oportunamente a un lugar determinado y conduce su-

coche a sabiendas de que los frenos funcionan defectuosamente; no obstante representarse la posibilidad de un atropellamiento, impulsa velozmente la maquina, con la esperanza de que ningún peatón se cruzará en su camino. Existe en su mente la previsión o representación de un posible resultado tipificado penalmente y a pesar de ello, confiado en la no realización del evento, desarrolla la conducta.

CULPA INCONSCIENTE, sin previsión, esta especie de culpa se da cuando el resultado, por naturaleza previsible, no se prevé o no se representa en la mente del sujeto. Ejemplo, quien limpia una pistola en presencia de otras personas, sin medir el alcance de su conducta; se produce el disparo y resulta muerto o lesionado uno de los que se hallaban en el lugar. El evento era indudablemente previsible, por saber todos lo peligroso del manejo de las armas de fuego; sin embargo, el actuar del sujeto fue torpe al no prever la posibilidad de un resultado que debió haber previsto y evitado.

Se establece que efectivamente no existe delito de culpa, sino culpa en el delito; esto quiere decir que la culpa es uno de los grados o especies de la culpabilidad y no existe un tipo legal para la culpa.

LA PRETERINTECIÓN, es una suma del dolo y la culpa, una conducta que tiene un inicio doloso o intencional y una culminación culposa o imprudencial; el ejemplo típico es el sujeto que da un puñetazo a otro, sin la intención de causar un resultado mayor que el normal de un puñetazo, y el que recibe el golpe cae, de tal manera que se fractura el cráneo y fallece. Como se puede apreciar en este ejemplo, el resultado típico es mayor que el que inicialmente quiere o acepta el activo, pero dicho resultado se produce por imprudencia.

Es un hecho que en la preterintención, el resultado típico sobre pasa a la intención del sujeto.

Los elementos de la preterintención son: un inicio doloso y un resultado mayor al querido o aceptado (también podría decirse resultado mayor al querido o previsto) producido por imprudencia.

En nuestro Código Penal, lo referente al dolo, la culpa y la preterintención está previsto en los artículos 8 y 9.

Causas de Inculpabilidad.

El aspecto negativo de la culpabilidad, es la inculpabilidad, o sea, la ausencia del elemento culpabilidad. Según expresión de Jiménez de Asúa la inculpabilidad consiste en :

"La absolución del sujeto del juicio de reproche".³⁸

"Son dos las causas genéricas de exclusión de la culpabilidad:

- El error y,
- La no exigibilidad de otra conducta".³⁹

La inculpabilidad, se presenta cuando una persona actúa en forma aparentemente delictuosa, pero no se le puede reprochar su conducta por existir una causa de inculpabilidad que se refiere a la ausencia de conocimiento o voluntad en la realización de la conducta, como en el caso del error esencial de hecho y la no exigibilidad de otra conducta.

El error se divide en error de hecho y de derecho. Este último no produce efectos de eximente, debido al principio jurídico de que la ignorancia de las leyes a nadie aprovecha, también se le designa como error de prohibición.

Para el Doctor Castellanos Tena, en el error esencial de hecho están las eximentes putativas al decir:

"Por eximentes putativas se entiende las situaciones en las cuales el agente, por un error esencial de hecho insuperable cree, fundamentalmente, al realizar un hecho típico del Derecho Penal, hallarse

³⁸ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, Op. cit. p. 418.

³⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de derecho penal mexicano, Séptima edición, Porrúa, México, 1982, p. 433.

amparado por un justificante, o ejecutar una conducta atípica (permitida, lícita) sin serlo".⁴⁰

Para Jiménez de Asúa, "la defensa putativa, se da si el sujeto reacciona en la creencia de que existe un ataque injusto y en realidad se halla ante un simulacro".⁴¹

El error accidental, el error es accidental si no recae sobre circunstancias esenciales del hecho, sino secundarias. El error en el golpe, en la persona, en el delito.

No Exigibilidad de Otra Conducta.

La no exigibilidad de otra conducta se refiere a la realización de una conducta que se amolda a un tipo legal pero que debido a excepcionales y especialísimas circunstancias que rodean a tal conducta, se reputa excusable esa forma de conducirse.

La no exigibilidad de otra conducta, juntamente con el error esencial de hecho causa eliminadora de la culpabilidad.

Cuando se habla de la no exigibilidad de otra conducta, se encuentra en el estado de necesidad tratándose de bienes de igual jerarquía si los bienes son desiguales, solo cuando el sacrificado sea el menor, se integrara una causa de justificación; el Derecho, ante la posibilidad de conservar ambos, permite, aún con pérdida del menor, la salvación del de más valía. Pero tratándose de intereses o bienes iguales, el sujeto que actúa en esas condiciones no es culpable en función de la no exigibilidad de otra conducta.

f) Punibilidad y Excusas Absolutorias

El hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Op. cit. p. 266.

⁴¹ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, La ley y el delito, Op. cit. p. 307.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutido. Hay quienes afirman que efectivamente es un elemento del delito y otros manifiestan que es sólo una consecuencia del mismo.

Conforme a la definición de delito que proporciona el artículo 7° del Código Penal podría resolver que la punibilidad sí es elemento del delito, los argumentos en contrario son atendibles y sólo podemos decir que la discusión de la punibilidad, como elemento del delito, subsiste.

Dentro de nuestra investigación claro que lo consideramos elemento del delito ya que es fundamental para nuestro estudio, más adelante nos ocuparemos ampliamente del estudio de este elemento.

Excusas Absolutorias.

En casos excepcionales, señalados expresamente por la Ley, y posiblemente en atención a razones que estimamos de política criminal, se considera conveniente no aplicar, en el caso concreto, pena alguna al sujeto activo del delito. Estas situaciones excepcionales constituyen las excusas absolutorias.

En estos casos el carácter delictivo de la conducta y de más elementos del delito subsisten sin modificación, únicamente se elimina la punibilidad.

En nuestro sistema jurídico encontramos las siguientes excusas absolutorias:

Excusas por razones de mínima temibilidad. Art. 375.- Cuando el valor de lo robado no pase de diez veces el salario, sea restituido por el infractor espontáneamente y pague éste todos los daños y perjuicios, antes de que la autoridad tome conocimiento del delito, no se impondrá sanción alguna, si no se ha ejecutado el robo por medio de la violencia.

Excusas en aborto imprudencial o en embarazo resultado de violación, artículo 333.- No es punible el aborto causado sólo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación.

En el primer caso se estima que existe mínima o ninguna temibilidad y que la mujer sufre las consecuencias de su propia imprudencia al frustrarse su expectativa de maternidad, la segunda hipótesis la explican los tratadistas en función de que no debe imponerse a la mujer una maternidad odiosa que le recuerde el hecho de la violación, aquí se invoca una razón de no exigibilidad de otra conducta.

g) Condiciones Objetivas de punibilidad.

En nuestros derecho la gran mayoría de los autores no consideran a las condiciones objetivas de punibilidad o condiciones objetivas de penalidad, como elementos constitutivos del delito, "pero al partir de que la observación de que a veces no es delito el único requisito para que opere la penalidad y que en ocasiones, no es una causa personal la que impide la operatividad de ésta, se llega a afirmar que hay "condiciones objetivas de penalidad" o de "punibilidad". Bajo este nombre se conocieron por algunos autores los requisitos de perseguibilidad o al menos algunos de ellos. Otros autores incluyeron en este rubro a elementos del tipo objetivo que entendían que no debían ser alcanzados por el dolo y según otros, ni siquiera causados por el autor o por la conducta. Otros finalmente distinguen dentro de este complejo los requisitos de perseguibilidad de ciertos componentes objetivos, que colocan fuera del tipo y como presupuestos de la punibilidad pero cuya naturaleza pretenden que es totalmente distinta de la de cualquier otro componente y que se caracteriza por su pura presencia operativa"⁴².

⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, sexta edición, Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, p. 644

Hay autores que consideran que no se puede dejar fuera del delito las condiciones objetivas de punibilidad, ya que es precisamente esa condición la que determina la calidad delictuosa del delito, supuesto que no es posible considerar como delictuosa del delito, supuesto que no es posible considerar como delictuosa una conducta humana desprovista de sanción, esto es, antes de que sea punible. Las condiciones objetivas de punibilidad se contarían, por tanto, entre los elementos constitutivos del delito, aunque no sean elementos del hecho, porque no son producidos por la actividad del agente y no se refieren al hecho por él mismo ejecutado.

En mi opinión tal consideración no puede aceptarse porque la categoría de tales condiciones ha sido acogida por el legislador en el artículo 44 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual, denominándoles condiciones de punibilidad las reconoce como hechos a que está subordinada la punibilidad del delito y el jurista debe interpretar el concepto expresado por el legislador. Y además, tales condiciones siendo independientes de la actividad física y psíquica del agente, no pueden considerarse como elementos constitutivos del delito.

"Pero también aquellos que admiten la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad como categoría autónoma, se encuentran en desacuerdo sobre la naturaleza de las mismas, porque unos piensan que forman parte de la estructura del delito y otros que están fuera del delito"⁴³.

En resumen y estando de acuerdo por lo establecido por el Maestro Fernando Castellanos consideramos que "las condiciones objetivas de penalidad o punibilidad, tampoco son elementos esenciales del delito. Si las contiene la descripción legal, se tratará de caracteres o partes integrantes del tipo; si faltan en él, entonces constituirán meros requisitos ocasionales y, por ende, accesorios, fortuitos. Basta la existencia de un solo delito sin estas condiciones, para demostrar que no son elementos de su esencia. Muy raros delitos tienen penalidad condicionada"⁴⁴.

⁴³ PORTE PETIT, Celestino, Programa de la parte general del derecho penal, op. cit. p. 729.

⁴⁴ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, Op. cit. p. 278.

CAPITULO SEGUNDO

II . CONCEPTOS FUNDAMENTALES

A. PUNIBILIDAD.

En este capítulo definiremos nuestro objeto de estudio que es la pena, pero antes de hablar de su conceptualización, la lógica nos remite a determinar dos conceptos, que dan lugar a la pena como es la punibilidad y la punición.

En la relación penal, hay que distinguir tres momentos diferentes, el momento legislativo, que se determina cuando se crea la norma, la amenaza a ser sancionado, a esto se le llama punibilidad por parte de las autoridades judiciales, y se convierte en punición . Y el último en el que se ejecuta la amenaza y se llama pena.

"La voz" punibilidad" tiene dos sentidos que debemos distinguir claramente: a) punibilidad puede significar merecimiento de la pena, ser digno de pena; en este sentido todo delito (toda conducta típica, antijurídica y culpable) por el hecho de serlo, es punible; b) punibilidad puede significar posibilidad de aplicar pena, en este sentido no a cualquier delito se le puede aplicar pena, es decir, no a todo delito se le puede dar lo que tiene merecido".⁴⁵

La punibilidad, constituye la esencia particular de la norma jurídica penal. Debemos entender que sin la punibilidad la norma jurídica estaría vacía , sería solamente expresión de buenos deseos del legislador, pues no existiría la obligación o amenaza de su cumplimiento.

"Se puede establecer que la punibilidad es la característica de la norma penal que la distingue de otra clase de normas, como las morales o religiosas, la punibilidad es entonces la reacción específica del Estado contra los actos de la conducta humana calificados como antijurídicos o contrarios al derecho".⁴⁶

⁴⁵ Ibidem p. 634

⁴⁶ OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge, Derecho punitivo, Trillas, México, 1993. p. 73

Podemos señalar que la punibilidad es una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal.

La punibilidad, es "la posibilidad de sancionar al sujeto que realiza algo prohibido o que deja de hacer algo ordenado por la ley penal".⁴⁷

"Surge así la punibilidad como concepto jurídico referido a la imposición de sanción penal respecto de quienes han ejecutado comportamiento delictivo o contravencional"⁴⁸

Es de manifestarse que la punibilidad, se ve legalizada cuando se han seguido los procedimientos que impone la norma constitucional.

Lo más importante de la punibilidad es su finalidad, y encontramos que es la Prevención General, es decir, evitar determinadas conductas antisociales que se dejen de realizar gracias a la intimidación que produce la amenaza contenida en la norma penal.

Para saber determinar su clasificación y la calidad de la amenaza, se debe entender a la idoneidad para su prevención, es decir, debe ser adecuada para que no se cometan conductas antisociales, y dependerá del derecho o bien tutelado que desea resguardar.

Goza de generalidad, porque la punibilidad se dirige a todos los gobernados, sin distinción de sexo, color, religión o ideas políticas, que se encuentran dentro del territorio nacional, es abstracta, pues no se refiere a un caso en particular, sino a todos los que se realicen durante su vigencia. Y es permanente porque subsiste a pesar de que se comentan o no delitos.

⁴⁷ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, *Penología*, Porrúa, México, 1998, p. 88

⁴⁸ REYES ECHANDIA, Alfonso, *Derecho penal*, undécima edición, Themis, Bogotá Colombia, 1990, p. 243.

El efecto disuasivo de la punibilidad consiste en crear hábitos y cumplir una función política social, pues conduce al hombre por las vías de la vida y actúa como modelo de orientación para el mantenimiento del orden jurídico implantado. Esto definitivamente no supondría decir que la sanción en su sentido abstracto sea el único medio que contribuya a controlar los impulsos criminosos de todo ser humano y, por ende, de la sociedad en su conjunto por que para que esto suceda es necesario otros factores que la propia sociedad inculca a través de los agentes y procesos de aculturación que son: la familia, la iglesia, la clase social o económica a que pertenece cada individuo, la virtud, el sentido del deber, los valores sociales y éticos, el honor, la justicia e inclusive el ejemplo de los héroes.

Es importante reafirmar que la sanción es la razón última o extrema que la sociedad impone a los gobernados para hacer respetar sus normas mínimas de coexistencia.

Dando seguimiento al estudio de la punibilidad, es de tenerse en cuenta la clase del bien jurídico tutelado y la ideología imperante en un contexto histórico y territorial, podemos establecer que, por ejemplo en un sistema político de tipo demócrata-cristiano los delitos contra la vida y la integridad corporal ocuparían un primer lugar en la parte especial de su código punitivo, y en esa proporción la sanción abstracta sería mayor que en los delitos patrimoniales, pues resulta lógico que en los países de capitalismo salvaje se castigue con mas fuerza el robo de un automóvil estacionado en vía pública que la privacidad de la vida, que constituye el máximo de los bienes jurídicos, ya que alrededor de ella giran todos los valores humanos.

"La punibilidad o pena en sentido abstracto, la vamos a entender como la sanción o sanciones que el legislador prevé para cada tipo penal".⁴⁹

Así la punibilidad es el hecho típico, antijurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea, debe ser punible y sancionada con una pena el comportamiento delictuoso; la punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función a la realización de una conducta delictuosa.

⁴⁹ ORELLANA WIARCO, Alberto, Curso de derecho penal parte general, Porrúa, México, 1999, p. 408

La punibilidad para ciertos tipos de delitos podría ser la solución inmediata hasta llegar a caer en el terrorismo penal, es decir la imposición de la pena capital para la mayor parte de los delitos. Pero no debemos olvidar que el reino del terror y de la anarquía no es sólo aquel donde falta una ley, sino también aquel donde ésta supera los límites de la proporción en el intento por parar las manos a los delincuentes.

El delincuente se convierte en una especie de faquir que juega indiferentemente con el fuego, pues no se deja intimidar ante el temor de las sanciones exageradas.

Más bien el delincuente al ver una pena más severa, considera una prueba más difícil de superar, lo cual impulsa a este pensar su actuar delictivo con más detenimiento para así superar la prueba y salir bien librado y demostrar que a pesar de que existan penas más severas este siempre tendrá la capacidad suficiente para perfeccionar su accionar delictivo.

La función punitiva que ejerce el Estado por medio de la rama jurisdiccional del poder público, se enfoca a que toda norma penal implica la existencia de un derecho subjetivo del Estado de ser obedecido y, consecuentemente, de que no se realice ningún hecho delictivo descrito en las normas jurídicas; a este derecho corresponde una obligación del integrante de la sociedad de abstenerse de cualquier comportamiento que lesione los intereses jurídicos protegidos por la ley.

El poder de imponer sanciones consideramos que no constituye, un derecho subjetivo del Estado, sino más bien es la manifestación de su voluntad soberana.

La potestad sancionadora del Estado se manifiesta en la determinación legislativa de sancionar penalmente determinadas conductas que se consideran sancionables, pero una vez creada la sanción, los jueces en nombre de la jurisdicción que les proporciona el Estado tienen el deber de imponer a quienes sean declarados responsables de la comisión de un hecho punible, salvo las excepciones que el propio legislador ha previsto.

La potestad punitiva del Estado se concreta en dos formas jurídicas, a saber: pena y medida de seguridad. Ambas son los instrumentos legales que el Estado utiliza respecto de quienes han sido declarados por el juez penalmente responsables.

Psicológicamente, a una mayor agravación de la sanción no corresponde un aumento en el sufrimiento del condenado, porque el dolor termina por entorpecer e inmutilizar al hombre. A menudo una sanción corta es más eficaz que una sanción de larga duración. De ahí que en este trabajo se tratara de demostrar la ineficacia del aumento de la pena de prisión, la cual para nuestras autoridades y legisladores parece ser la solución para controlar a la creciente ola de delitos que sufrimos los integrantes de la sociedad.

Es de señalarse que la correcta individualización legislativa exige una proporción cuantitativa de la punibilidad al delito-tipo que tome en consideración la gravedad objetiva del mismo. Para lograr esta proporción, el legislador encuadra la punibilidad dentro mínimo y máximos de cuotas sancionadoras, lo cual otorga al juez la posibilidad de ejercer su arbitrio tomando en cuenta no sólo el valor del bien tutelado, sino también la forma en que realiza la acción dolosa o culposamente.

B. PUNICIÓN

Nuestro siguiente concepto es la punición, y esta se puede definir como "la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito".⁵⁰

La punición es entonces la concreción de la punibilidad al caso individual, y da al infractor la calidad de merecedor de la sanción correspondiente, en función de haber realizado la conducta típica determinada en la legislación penal vigente.

⁵⁰ RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Op. Cit. p. 90

Algunos autores consideran, que es el Estado moderno, quien reafirma aquellas exigencias jurídicas, que sirven de base para una armónica convivencia social que el Estado debe tutelar reprimiendo al delito, castigando al reo de proporción a su culpa.

La punición, es una reacción justa y no una venganza desproporcionada, porque la contradicción en sus términos no la consciente y porque cuando se habla de punición, se habla del poder judicial, único órgano llamado a aplicar, el juez se funda en la Ley, la ley en la idea de proporción y esta en la idea de justicia.

Punición, "es la expresión de una justicia que se funda en un momento racional, en contraste con el momento pasional que es la venganza".⁵¹

La finalidad de la punición, es la prevención general,. Demostrando que la amenaza contenida en la punibilidad no era en vana, se demuestra que la amenaza era cierta y por lo tanto se le intimida mayormente para evitar su reincidencia en el delito.

Los límites de la punición deben estar ya establecidos definitivamente en la punibilidad, remarcando lo dicho sobre derechos humanos y bien tutelado, porque no puede sobrepasar esos límites.

Pero el límite que en definitiva interesa a los estudiosos del derecho es la culpabilidad, es decir, la punición no puede rebasar el grado de culpabilidad del autor del delito.

La culpabilidad por la conducta realizada, conduce a que el sujeto no sea utilizado, al imponérsele una pena, para los fines de otros, sino que se le conforme su calidad de individuo capaz de asumir derechos y obligaciones efectivamente.

⁵¹ OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge, Op. Cit. p. 74.

Para la punición se han establecido una serie de principios que a continuación expondremos:

i) Principio de necesidad. No se debe sentenciar cuando no sea estrictamente necesario. En la moderna Criminología se ha pugnado por la desjudicialización, y por evitar la saturación de los juzgados penales, utilizando figuras como la conciliación, el pago del daño, el perdón del ofendido.

ii) Principio de personalidad. La punición sólo puede recaer sobre el sujeto culpable de una infracción penal, y no puede ser trascendente. Por punición trascendente se entiende aquella que se aplica no sólo al delincuente, sino también a personas inocentes.

La no trascendencia de la punición está consagrada en la mayoría de las legislaciones, aunque en el mundo fáctico la estigmatización de los familiares del sujeto punido es una realidad que nos debe preocupar a todos los que somos parte de una sociedad la cual es regida por el Estado.

C. PENA

Una vez determinados los conceptos anteriores que preceden a la pena es el momento de concepir en tres géneros, etimológico, gramatical, y jurídico a la pena.

- a) **Etimológico.** La palabra pena, tiene su raíz en latín Poena Id. y éste del gramatical poine que significa multa.⁵²

Derivación poine, dolor en relación con el trabajo, fatiga, sufrimiento y con el sánscrito punga. Raíz, pu, que significa purificación. La voz pena equivale, pues en su significado etimológico a dolor, fatiga o sufrimiento que purifica de una acción mala.

Como podemos observar, la pena era normalmente comprendida como una multa, una sanción que se imponía a un sujeto cuya acción u omisión merecía una reprimenda.

- b) **Gramatical.** En su concepto gramatical, encontramos que la palabra pena, significa "castigo, la pena se muestra inicialmente en el individuo como una privación de bienes jurídicos, por tanto como un mal".⁵³

Este castigo impuesto, por un superior legítimo al que ha cometido un delito o un a falta, este concepto prevé dolor, tormento o sentimiento corporal.

Cuando en el lenguaje común hablamos de una pena, la mente nos sugiere una privación, puede ser de nuestra libertad, o paz.

⁵² CORONIMAS, Joan, *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, segunda ed. Gredos, Madrid España. 1967. p. 449.

⁵³ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Tomo XIX, Francisco Seis, Barcelona. España. 1990 p. 347.

- c) **Jurídico.** La conceptualización técnica del vocablo pena, implica la disminución de un bien jurídico, con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal.

Hay diversos autores, que tratan de definir a la pena, todos ellos concuerdan en sus definiciones, CUELLO CALON, quien define a la pena como : "el sufrimiento impuesto, conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal."⁵⁴

De esta noción se desprenden :

- I) La noción del sufrimiento, que se impone al culpable del delito cometido, o como lo llama el autor: *malum passionis propter malum actionis*.

Este proviene de la privación o restricción impuesta al condenado en bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, etc.

- II) La pena debe estar establecida por la ley y dentro de los límites fijados por la misma.

Este es el principio de legalidad de la pena, es decir exige que se imponga conforme a lo ordenado por aquella creando así una importante garantía jurídica de la persona.

En nuestra Carta Magna, se encuentran previsto este principio de legalidad, en el artículo 14 en su tercer párrafo que señala: " En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón,

⁵⁴ CUELLO CALON Eugenio, Derecho penal, Tomo I, Vol. II 18 ed. Bosch, Barcelona, España, 1981. p.714

pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".⁵⁵

III) La imposición de la pena esta reservada a los órganos competentes del Estado, a los Tribunales de justicia que la aplican por razón del delito para la conservación del orden jurídico y la protección de la ordenada vida social.

IV) Las penas pueden ser impuestas a los declarados culpables de una infracción penal (nulla poena sine culpa). Y deben recaer únicamente sobre la persona del culpable, de modo que nadie sea castigado por el hecho de otro. Este principio es llamado de la personalidad de la pena.

Para Rodríguez Marzanera, la pena se puede definir como aquella efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito.

Para Mezger "es según el derecho en vigor imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido".⁵⁶

Estamos de acuerdo, que la pena es la primera y principal consecuencia del delito, es decir, de una acción típica, antijurídica, culpable y punible.

⁵⁵ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Vigésimo novena ed. Porrúa, México. 1999. p.15

⁵⁶ MEZGER Edmund, Derecho penal, sexta edición, Cárdenas Editores, México, 1985, p. 353.

Existen otras consecuencias jurídicas del delito, que juegan un papel más modesto y entre estas se encuentran las medidas de seguridad, la responsabilidad civil o el pago de costas procesales.

"La pena la sufre el autor y la perciben sus contemporáneos como personas estructuradas en diversos estratos, considerados en su integridad, es decir, tanto, en su estrato superior personal del conocer y querer, como en el estrato profundo de los instintos, aspiraciones y sentimientos".⁵⁷

"Dentro de la pena se encuentran algunos principios rectores que para nuestra investigación es necesario hacer un repaso de estos."⁵⁸

"La pena la sufre el autor y la perciben sus contemporáneos como personas estructuradas en diversos estratos, considerados en su integridad, es decir, tanto, en su estrato superior personal del conocer y querer, como en el estrato profundo de los instintos, aspiraciones y sentimientos".⁵⁹

Principio de necesidad. Este es fundamental para que entendamos una política penológica. Nos indica, que solo se debe privar o restringir de bienes a título de pena en casos indispensables.

Principio de personalidad. En este principio se prevé que solamente al culpable de la infracción puede ejecutarse, es decir, la pena no es trascendente para los familiares del infractor.

Principio de individualización. No puede ejecutarse a todos por igual, para la aplicación de la pena hay que tomar en cuenta las peculiaridades de cada reo, es decir, el motivo, la cusa sus factores

⁵⁷ WELZEL Hans, *Derecho penal alemán*, cuarta edición, Jurídica de Chile, Chile, 1993, p. 281.

⁵⁸ Cft. RODRÍGUEZ MANZANERA, Op. cit. p. 96.

⁵⁹ WELZEL Hans, *Derecho penal alemán*. Op. cit. p. 281.

criminógenos que lo llevaron a delinquir, en nuestra legislación no se encuentra diferenciado el robo y el hurto, el hurto no es una acción criminal si bien es la apoderación de un bien mueble, la prioridad de tal apoderación es el hambre y no puede castigarse de igual manera a quien roba por placer y a quien hurta por hambre.

Principio de particularidad. La pena va a sancionar a un sujeto determinado y particular.

La naturaleza humana determina que la convivencia no sea siempre perfecta y pacífica, sino alterada por conflictos, para cuya solución se aplica una normatividad que disciplina la actitud de cada sujeto con el fin que sea compatible con la de los demás. El conjunto de normas jurídicas que existen (las normas penales) amenazan con la imposición de una pena. Que consiste en la privación de un bien jurídico personal de diversa índole, en caso de contrariar dichas normas.

La pena es una amarga necesidad que hace posible la convivencia de los hombres, la pena, al consistir para el condenado en la privación de bienes jurídicos por ejemplo la libertad, es lógicamente un mal.

Sólo puede ser impuesta una pena por los órganos jurisdiccionales competentes, esta pena no puede ser ejecutada en forma distinta que la que precisa la ley y sus reglamentos.

Una de las finalidades de la pena es actuar en el delincuente, con el motivo de crear en el delincuente motivos suficientes que lo alejen del delito en lo futuro y readaptarlo a la vida social. Además, debe perseguir la necesidad de guiar a los ciudadanos de notable conducta a respetar los ordenamientos jurídicos establecidos, para que estos a su vez no retrocedan a cometer las conductas que un momento dado cometió el delincuente, sino que finalmente se extingan las conductas tendientes a cometer actos ilícitos.

Consideramos que el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad, la pena para conseguir este fin tiene que ser :

Intimidatoria .- Con el fin de evitar a la delincuencia, por el temor directo de su aplicación. Y así mismo eficaz para que se complemente totalmente.

Ejemplar .- Tiene que necesariamente servir de ejemplo a todos los integrantes de la sociedad y solo a la persona que comete ilícitos, para que todos estén conscientes la efectividad de la amenaza del Estado. Considero que esto sin llegar a un estado de terror.

Correctiva .- Para que pueda producir en el penado la readaptación a una vida normal, mediante tratamientos curativos y principalmente educativos adecuados, impidiendo de esta naturaleza la reincidencia del delincuente, en este aspecto es donde todos debemos trabajar bastante desde todos los aspectos porque debe llevarse a la realidad y no sólo quedar en buenos deseos.

Justa .- Por que definitivamente una pena injusta tendría como consecuencia mayores males, no sólo con relación a quien directamente sufre la pena, sino para todos los miembros de la sociedad al tener la esperanza de que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, el bienestar social y la seguridad.

Y por que finalmente una pena injusta genera rencor en quien la recibe, y así no habría ninguna posibilidad de readaptar a ninguna persona o delincuente, por que lo único que buscaría este persona sería venganza contra la sociedad.

CAPITULO TERCERO

III. BREVE ANÁLISIS HISTORICO DE LAS PENAS EN MÉXICO.

A) Relación Histórica y Formas de Ejecución

Desde que el hombre comienza a vivir en comunidad, comienza a existir un ordenamiento social, es decir, un código de conductas que toda la comunidad debe seguir y respetar, aquellos que no se encuadran bajo estos lineamientos sufren el repudio de los demás, tras la continuidad en la ruptura de esos ordenamientos que se convierten en ley por la costumbre que se genera en la comunidad, se buscan nuevas formas de represión. Así entonces nos encontramos con la conformación de cárceles.

Sin embargo las cárceles o centros de readaptación social que en nuestro orden jurídico se encuentran delimitados, no han sido lo suficientemente capaces de reprimir todas las conductas antisociales y delictivas que se realizan en la vida cotidiana.

En los últimos meses, encontramos que en los diferentes medios de comunicación se discute el tema de el aumento de las penas y con ello una reclusión de por vida para el delincuente, sin embargo dentro de la lógica jurídica y social esto no es viable, ya que las cárceles en nuestro país no han sido lo suficientemente eficaces para rehabilitar al delincuente, ni tampoco han podido restablecer el orden jurídico que nuestro país merece, esto lo podemos observar a continuación en el desglose de los siguientes centros de readaptación social que se mencionan.

Para efectos de nuestro estudio sólo nos abocaremos desde la época colonial hasta nuestros días.

En México durante la colonización española el control social se ejerció formalmente a través de:

- Las Partidas
- Ordenanzas Reales de Castilla
- Leyes del Toro
- La Nueva Recopilación
- Las Leyes de los Reynos de las Indias
- La Novísima Recopilación

"El fuero Real, en el hurto calificado ordenaba imponer pena de muerte aún para el primer robo, en los siguientes casos:

1.- Si fuere ladrón conocido que públicamente robase en los caminos.

2.- Si fuere ladrón que entrase por fuerza a la casa o lugar de otra para robar con armas o sin ellas.

3.- Si fuere corsario o ladrón que roba en el mar con navíos armados.

4.- Si hurtase de la iglesia u otro lugar religioso o alguna casa sagrada.

5.- Si algún oficial del Rey que tuviere en guardia algún tesoro o hubiese de recoger sus pechos o sus derechos, hurtare o encubriere alguna parte de ella.

6.- Si el juez hurtase el dinero del Rey o de algún consejo mientras estuviere en el oficio.

Todos estos y los que se les diere ayuda o consejo para verificar semejantes hurtos tienen pena de muerte".⁵²

B) El México Colonial

Se caracterizó por la conformación y consolidación de un orden social y político derivado de una legislación que hizo posible el sostenimiento de una sociedad compuesta de mestizos, mulatos, negros libres, esclavos, criollos y españoles.

En 1596 se realizó la recopilación de las leyes de Indias en materia jurídica restando la confusión. Se aplicaban el fuero real, las partidas y las ordenanzas de Castilla y de Bilbao; los autos acordados, la nueva y novísima recopilación a más de algunas ordenanzas dictadas para la Colonia, la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

⁵² FUERO REAL, Libro IV, Título V, Ley VI y Ley XVIII, Título XIV. p. 7

En 1680 cuando aparece publicada en Madrid la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, mandadas publicar por la majestad católica, el rey Don Carlos II. Esta recopilación estaba compuesta por libros que se subdividían en varios títulos cada uno. "En el libro VII Título VI, Ley XVI, aparece ya la privación de la libertad reglamentada como pena, y no como simple medida de custodia preventiva en la que el prisionero sólo esperaba el momento del sacrificio o del castigo, según el caso"³³.

La legislación colonial tendía a mantener las diferencias de castas; de ahí que en materia penal haya habido un sistema intimidatorio para los negros y mulatos, tales como tributos al rey, prohibición de portar armas de transitar por las calles de noche, obligación de vivir con amos conocidos, penas de azotes y trabajo en minas. Para los indios se señalaron como penas los trabajos personales, pero excusados de azotes y penas pecuniarias, debiendo servir en conventos o monasterios siempre que el delito fuera grave, ya que si era leve o menor la pena sería la adecuada.

En el peor de los casos, lo indios podían ser entregados a sus acreedores para pagarles con sus servicios; los mayores de trece años podían ser empleados en los transportes, donde se carecía de caminos o bestias de carga.

Esta recopilación de leyes fue el primer antecedente de una reglamentación carcelaria propiamente dicha. Se liga al Derecho Penal, ya que sin autoridades ordenadoras no habría autoridades ejecutoras de las sanciones, ya que el ámbito de ejecución de penas se da en la medida del ámbito penal.

El régimen penitenciario encuentra una base importante en la partida VII, Título 29, Ley 15. Ahí se declara que el lugar donde los procesos deberán ser conducidos será la cárcel pública, no autorizándose a particulares tener puestos de prisión, detención o arresto que pudiesen constituirse en cárceles privadas.

³³ Recopilación de Leyes de los Reynos de Indias.

A partir de esta legislación se consideraron aspectos como: la construcción de cárceles en todas las ciudades; con el paso de los años proliferaron los presidios, fundados sobre todo en la región norte del país.

b.1) Tribunal del Santo Oficio

Ciertamente en el periodo de la Inquisición episcopal existía una situación confusa que permaneció en esa época, por muchos motivos, que tenían altamente insatisfecha a la corona, especialmente por el conflicto que provocaban las investigaciones episcopales respecto de la ortodoxia y buenas costumbres de los frailes. Se comprendió que el remedio consistía en depositar el poder inquisitorial en las manos de profesionales de un órgano independiente de las autoridades eclesiásticas y civiles. En una palabra, se vio la necesidad de someter a la colonia a la jurisdicción del inquisidor general de España y del Consejo Supremo de la Inquisición. Con ese propósito y atendiendo a repetidas instancias de los colonos, "Felipe II creó el Tribunal del Santo Oficio en México por real cédula del 25 de enero de 1569, complementada por otra cédula del 16 de agosto de 1570 en donde se fijaba la jurisdicción territorial que comprendía todo el virreinato de la Nueva España e incluía a las Filipinas, Guatemala y el Obispado de Nicaragua"⁵⁴.

Las mismas cédulas sentaban las bases de la organización y funcionamiento del tribunal de acuerdo con las ordenanzas y tradiciones de los similares en España y se mandaba que todas las autoridades coloniales respetaran y favorecieran a los inquisidores, a sus ministros y empleados y colaboraran con ellos en el desempeño de sus actividades.

"El tribunal del Santo Oficio establecido en México dependía directamente del Consejo Supremo de la Inquisición, cuyo Presidente era el inquisidor general de España. La autoridad superior del tribunal en México era el inquisidor o inquisidores, ya que podría haber, y normalmente había varios de ellos. Los empleados de más alto rango eran el Fiscal, a cuyo cargo estaban promover los procesos, y el Secretario del Secreto, que tenían fe pública y

⁵⁴ Archivo General de la Nación, Inquisición en México, tomo I, número 2.

autorizaban las actas , diligencias , despachos, edictos, etc. Los inquisidores contaban con un cuerpo de personas doctas y de alta posición social y oficial, llamados Consultores del Santo Oficio, que integraban una especie de consejo.⁶⁵

Estos consultores intervenían con su voto en las decisiones graves, como eran las sentencias de tormento y definitivas y cuando un reo era condenado a muerte.

El tribunal contaba además con el auxilio de un cuerpo de peritos en asuntos teológicos y religiosos, llamados Calificadores del Santo Oficio, cuya misión era ilustrar la opinión de los inquisidores en puntos controvertibles y de difícil resolución. El Tribunal tenía un cuerpo policiaco cuyo funcionario superior se llamaba Alguacil Mayor del Santo Oficio. A ese cuerpo pertenecía. A ese cuerpo pertenecían los Alcaldes de la Cárcel Secreta, donde estaban los reos aún no sentenciados, los de la Cárcel de Penitenciaría Perpetua o de Misericordia, don de se compurgaban las condenas de prisión y los llamados Familiares del Santo Oficio, que eran personas a quienes se encomendaban tareas propiamente policiacas.

"Para los asuntos administrativos y fiscales había un receptor general, un contador, un notario de secuestros y otro del juzgado, un abogado, procuradores del real fisco y un proveedor de la cárceles. Para la defensa de los reos había un abogado de presos que sólo intervenía cuando el reo no contaba con los servicios de un letrado. Contaba el Tribunal con los servicios de un medico, un cirujano, un boticario, un maestro mayor de obras, un impresor, un capellán, interpretes, nuncios o pregoneros, un portero y un grupo de personas llamadas honestas y religiosas personas, que asistían en las ratificaciones. Ocasionalmente se designaba Visitadores de librerías, es decir, de bibliotecas y Recogedores de libros⁶⁶.

Fuera de la ciudad de México, el Tribunal tenía diseminados por todo el territorio bajo su jurisdicción, además de familiares, unos

⁶⁵ O'GORMAN, Edmundo. La Inquisición en México, Historia de México, tomo VI, Salvat Mexicana de Ediciones, pag. 1256.

⁶⁶ MARIEL DE IBÁÑEZ, Yolanda. El tribunal de la Inquisición en México, tercera edición, Porrúa, México, 1984, p. 93.

importantes funcionarios llamados Comisarios del Santo Oficio. Generalmente, eran sacerdotes que residían en las ciudades de provincia, villas o pueblos apartados. Estos comisarios tenían la facultad de recibir denuncias y practicar todo tipo de diligencias necesarias para averiguar los hechos que se les denunciaban o los que les parecía sospechosos. Debían informar al Tribunal en México de todo cuanto hubieran realizado, y sólo podían reducir a prisión y secuestrar bienes con expresa orden de los inquisidores.

Carecían de facultad para someter a tormento y para sentenciar. Concluidas las averiguaciones que les compelian, enviaban el expediente al Tribunal, que casi siempre iba ya con la persona o personas indiciadas.

"Era requisito indispensable que todos los funcionarios, ministros y empleados de la Inquisición demostraran antes de ser nombrados limpieza de sangre, es decir, que eran cristianos viejos y que en su familia no habían ningún penitenciado por el Santo Oficio. Ser empleado de la Inquisición, aunque sólo fuera como portero, tenía un alto valor social⁵⁷.

"El domingo 4 de noviembre se instaló legalmente el Tribunal del Santo oficio en un sitio contiguo al monasterio de Santo Domingo, cuyo edificio se ubica hoy en las calles de Brasil y Venezuela, precisamente frente a la plaza del mismo nombre. Allí estuvo siempre el Tribunal hasta su extinción en 1820. Posteriormente, en 1854, el edificio fue ocupado por la escuela de Medicina de la Universidad Nacional Autónoma de México⁵⁸.

La norma fundamental de todo procedimiento inquisitorial era el secreto que debían guardar respecto de todos los actos en que intervenía el Tribunal, incluso los inquisidores mismos. Para que se cumpliera esta condición, se tomaban todas las precauciones imaginables y se procedía con rigor inusitado contra quienes no lo observaran.

⁵⁷ TORIBIO MEDINA, José, *Historia del Tribunal del Santo Oficio de la inquisición en México*, México, 1987, p. 87

⁵⁸ *Ibidem*, p.96

Comúnmente llamado la "Inquisición", era un juzgado de alto rango cuya función consistía en mantener en la Nueva España la pureza en las creencias y prácticas de la religión católica. Con ese fin se investigaba a personas sospechosas de actos, creencias o ideas contrarias a esa religión y las sentencias, condenándolas o absolviéndolas, según el resultado de aquella investigación.

La razón de ser del tribunal fue que en España y en todas sus colonias la religión católica era aceptada como la única verdadera y obligatoria para todos los súbditos del rey y para todos los residentes en sus dominios. Quienes negaran esa religión o no se sometieran a su práctica era, pues, delincuente y el Tribunal podía perseguirlos legalmente.

Las creencias y prácticas de la antigua religión de los indios creían, por supuesto, dentro de los actos considerados contrarios a la religión católica y muy al principio de la colonia algunos indios fueron cruelmente castigados por aquel motivo.

Pero cuando se estableció en la Nueva España el tribunal se comprendió que sería injusto juzgar a los indios con igual rigor que a los españoles por ser muy reciente su aprendizaje y conversión al catolicismo y se dispuso que quedaran fuera del alcance del tribunal.

Esto no significó en realidad una consideración para los originales ya que los españoles buscaban cualquier otra circunstancia para castigar a los indios por no adecuarse a su régimen inmediatamente.

"El Tribunal era una autoridad mixta, porque los asuntos que conocía era un juzgado eclesiástico, pero administrativamente no dependía de los obispos, sino del rey y era, pues, un juzgado oficial. Estaba compuesto de tres jueces nombrados por el rey. Había un fiscal, o sea un abogado que formulaba las acusaciones y por toda la Nueva España el tribunal tenía unos comisarios que recibían denuncias, practicaban averiguaciones y remitían los reos a México para ser juzgados."⁵⁹

⁵⁹ O'GORMAN, Edmundo, Un recorrido por la historia de México, México Colonial. Secretaría de Educación Pública. p. 131.

Todos aquellos que transgredían la ley debían de compurgar las penas en las prisiones de la época, paralelamente en el año de 1535 en la Nueva España se establece el Tribunal del Santo oficio convirtiéndose así en el instrumento de las más violentas venganzas personales, bajas prisiones y feroz ambición.

Por medio de torturas se obtenían confesiones de culpables fabricados obligándolos a vender sus propiedades y a sufrir las más infames muertes, las más crueles torturas, todo esto envuelto en un proceso sin fin, alargado a propósitos por los diversos enemigos que se pudieran tener, a los cuales les bastaba una denuncia anónima para provocar la desgracia de los procesados.

En relación con la inquisición fueron muy famosos en la vida colonial los que se llamaron autos de fe. Consistían éstos en un acto público en que un grupo de reos ya condenados eran sacados de la cárcel a la plaza mayor de México para oír sus sentencia y tener oportunidad de manifestar su arrepentimiento. Asistían a tan triste ceremonia las autoridades civiles y eclesiásticas, las corporaciones religiosas, las cofadrías, la nobleza y del pueblo todos cuantos quisieren o pudieren. Se usaban diversos modos de vejación de los reos, como eran unas vestimentas especiales llamadas sambenitos y reunido el concurso, el secretario del tribunal daba cuenta de los delitos cometidos por el reo y de las sentencias que se habían impuesto.⁶⁰

b.2) Tribunal de la Acordada.

El establecimiento de este Tribunal represento aparentemente un importante avance filosófico en la administración de justicia de la Nueva España. Este tribunal rompió vigorosa y dramáticamente con el sistema tradicional de jurisdicciones limitadas y confinadas en una sofocante amalgama de responsabilidades jurídicas y administrativas. La preocupación excesiva con los ---

⁶⁰ Ibidem. p. 135.

asuntos de política había dictado automáticamente una dispersión del poder entre un gran número de autoridades e instituciones, no permitiendo que se concentrara la energía necesaria para regular la sociedad cada vez más compleja de la Nueva España.

"La creación del Tribunal señaló un cambio de la política real. Libre de funciones políticas directas, la Acordada ponía todo su esfuerzo en hacer cumplir la ley. Ningún otro organismo del virreinato recibió tales poderes. Relevado de la subordinación jurídica normal a la sala del crimen, el Tribunal impuso y ejecutó sentencias. Colocó la autoridad policíaca, centralizada, en manos del virrey quien era el único que ejercía el control directo sobre el juez y sus agentes. La creación de la Acordada fue una forma positiva de solucionar el problema de cómo regular la sociedad. Como tal su creación y subsiguiente aprobación por Felipe V, primer monarca de la nueva dinastía de los Borbones, indicaba la creciente madurez de la administración colonial española. Significativamente, la forma de racionalizar la observancia estricta de la ley, ocurrió mucho tiempo antes de las reformas por las que tradicionalmente se da mérito a los Borbones, sugiriéndose así que las fuerzas del cambio en la Nueva España, bien pudieron haber tenido tanta importancia como el liderazgo de la nueva dinastía"⁶¹.

A pesar de que la Acordada dependía de voluntarios sin paga, muchos de ellos comerciantes y propietarios de tierra y sus empleados, que tenían intereses creados en el cumplimiento de la ley en sus distritos, ésta no era una organización de vigilantes.

El juez en la ciudad de México, designaba y cesaba a cada uno de sus dependientes y les exigía que lo mantuvieran informado de todos los casos en proceso. En la mayoría de ellos los culpables de delitos mayores aparecían ante el juez y sus asesores en la capital virreinal para ser sentenciados. Durante los primeros tiempos de la existencia del Tribunal, sus procedimientos tendían a ser más bien irregulares.

⁶¹ Archivo General de la Nación, Cédulas, CXX, p. 252.

No obstante, la naturaleza voluntaria de los miembros de la organización hizo que fuera difícil traducir la teoría en práctica y, en general, ésta trabajaba en contra del profesionalismo.

"La Acordada, al igual que la sala del crimen de la Audiencia, funcionaba como un sistema especial que trataba aquellos crímenes que no podían manejar eficazmente las autoridades regionales en forma adecuada.

A diferencia de la sala y de los demás cuerpos judiciales esta organización no era pasiva, al no depender de las autoridades locales para perseguir casos denunciados formalmente, se dedicaba a aprehender a los malhechores y llevarlos ante la justicia. En razón de que la mayoría de los agentes prestaban sus servicios sin ser compensados, el tipo de actividad criminal que estaban dispuestos a suprimir, dedicando a ello su tiempo y energía, se hallaba obviamente determinado. Como propietarios de tierras, comerciantes y dependientes tenían un comprensible interés en controlar crímenes que afectaban la propiedad y no los de otra naturaleza, como el homicidio el asalto y las ofensas sexuales. El interés del Estado y de tales individuos coincidía. El bandillaje, el robo y el hurto minaban la autoridad y el prestigio del gobierno virreinal, obstaculizando la actividad económica con los consiguientes malos efectos en la tesorería y en la sociedad en general⁶².

No puede hacerse a un lado el cuestionamiento de la justicia, del orden impuesto a la población de la Nueva España. Incuestionablemente, el paso hacia el acatamiento de los procedimientos legales fue un paso necesario hacia la obtención de justicia. Sin una estructuración debida de la ley, la justicia depende del capricho o de la arbitrariedad.

Situación que a veces pareciera quedar permanente en nuestro tiempo actual, porque se ajusta esta situación a que por capricho de grupos, legisladores o partidos políticos, se aumentan la penalidad de los delitos sin antes prever eficazmente una estructuración de prevención general y consecuencias de dicho aumento.

⁶² Archivo General de la Nación, Acordada IV, p. 259

La elaboración de procedimientos prescritos que definían los límites del comportamiento, quizá es un paso hacia la justicia en el sentido ideal. El trazo de una línea entre la conducta socialmente aceptable y la culpable, hace posible despersonalizar, hasta cierto grado, la imposición del castigo. De otro modo, la justicia queda a discreción de quienes las imparten y los abusos de la autoridad sólo pueden ser contenidos mediante una respuesta fuerte y a menudo violenta.

Considerando que tanto la Acordada como la sala del crimen tenían atribuciones especiales y que el peso principal de la aplicación de la ley quedaba en manos de las autoridades locales, no puede pretenderse que se haya producido un gran movimiento hacia la aplicación de la justicia formal, aunque el movimiento en busca de ella se inició, en ese tiempo sin grandes avances o mejorías.

El cuestionamiento que se relaciona, desde luego, es cuán opresivas eran la ley y el orden. Es claro que los administradores coloniales se preocuparon sobre la suave distinción entre el control y opresión. Claramente estaban definidos diferentes niveles de conducta, por consiguiente el control sobre ciertos grupos bien pudiera haberse considerado opresivo si se aplicaba a otros. Lo que marcaba una clara distinción en la aplicación de justicia sobre los diversos grupos existentes en esa época, que es claro que quien recibía injusticia y todo el peso del aparato eran los grupos disidentes con el régimen y los más desamparados.

En el contexto de las actitudes raciales modernas la asociación de ciertos grupos con la conducta antisocial es moralmente indefinido, así como socialmente opresiva. Sin embargo en la Nueva España tal situación parecía natural a pesar de la violencia que una actitud tal conlevaba a la autoestima de la castas. A otro nivel es evidente que las autoridades coloniales deseaban sólo un cierto grado de control jurídico que conformara con su concepción de los requerimientos necesarios para un gobierno políticamente viable y responsable. Aparentemente estaban conscientes de que la cooperación de los gobernados sólo podía ser inducida y no forzada, como consecuencia el gobierno se tenía que adherir a límites que fueran mutuamente aceptables: Incluso los administradores locales operaban en base a ese principio.

La alternativa era la represión, una onerosa solución que invita a la rebelión, a la destrucción de toda autoridad colonial.

"En el transcurso de la historia de la Acordada existen revelaciones de esta preocupación. Como consecuencia de esto se implementó un uso limitado de la pena capital, un máximo de diez años en las sentencias de cárcel, y la flexibilidad de este límite"⁶³.

Ciertamente podían proporcionar un modelo para los sistemas de aplicación de la ley en nuestros días, ya que consideramos que existe una gran confusión en la sociedad sobre la aplicación y la eficacia de la pena, no sólo de prisión sino en general en todo tipo de pena, que es ocasionada por la falsa creencia que a mayor penalidad menor delincuencia. Cuando desde la época de que estamos hablando ya se había descubierto lo erróneo de dicho pensamiento y es ilógico que en la actualidad con todo el avance de las ciencias especializadas no se plasme este hecho.

La falla principal del sistema se desarrollaba durante el proceso, con la defectuosa recolección de evidencias, el prolongado encarcelamiento antes de dictarse la sentencia, la incapacidad del acusado para influir el curso de los hechos, lo cual provocaba que la justicia fuese extremadamente unilateral. Muy poco se hacía para corregir el desequilibrio entre el Estado todo poderoso y el impotente individuo, impedido por las actitudes racistas, así como la incapacidad social y económica. El acusado desempeñaba exclusivamente un papel pasivo al aceptar el castigo o la benevolencia según lo decidían las autoridades. Una vez que las acciones del individuo rebasan el punto en que podían ser tratadas por las autoridades regionales, existían ciertos procedimientos establecidos que permitían a la resistencia social intervenir para moderar la intervención de otras autoridades, ante la imposición final del castigo. Sin embargo, la moderación oficial hacia el grupo, no protegía al individuo una vez que éste era considerado culpable.

Este sistema podía ser potencialmente opresivo y siempre lo fue. Aunque existía una leve corriente que se preocupaba por los principios abstractos de la justicia que finalmente nunca pudo realizar una acción definitiva para evitar tal opresión.

⁶³ Archivo General de la Nación, Acordada, III, p. 16.

Las autoridades a menudo celosas de sus prerrogativas, ofrecían vías legales como ilegales de resistencia, motivo por el cual se veían en la necesidad de poner en juego elementos políticos y morales para poder impulsar su causa. Justificaban su oposición en términos del bienestar de los súbditos del rey, ocultando las metas estrechas y a menudo personales que pudieran haber sido su preocupación real. Como resultado, el concepto de justicia se veía favorecido por la fricción reinante en el seno de una burocracia relativamente compleja.

Es decir la justicia era un aparato para proveer de beneficios sociales, personales y políticos a un selecto grupo de gobernantes o burócratas.

"El 22 de mayo de 1722 se creó el Tribunal de la Acordada, tribunal ambulatorio, independiente del virrey, que vigilaba por la seguridad en los caminos, procediendo mediante medidas sumarias y enérgicas contra los bandidos. Desgraciadamente no hay un record de estos juicios sumarios ya que la mayor o casi la totalidad de los archivos de este tribunal fueron vendidos a los coheteros como materia prima.

En 1722 el Tribunal de la Acordada, el cual contaba con duras prisiones, en las que el vicio reinaba con base en el fraude y el artificio. Si bien este nuevo tribunal restó víctimas al Santo Oficio, aquellos que se libraban del segundo no corrían con mejor suerte que con el primero. Sus calabozos provistos de grandes cerrojos con guardias en las azoteas y múltiples centinelas, sirvieron igual para los propósitos de las venganzas personales y la corrupción; verdaderamente no tenían el fin de compurgar una pena por un acto delictivo que transgredió al ser humano o a la sociedad, podemos advertir que esta cárcel no cumplía el verdadero fin que es la adaptación del sujeto a un medio social obedecía a caprichos del grupo social fuerte⁶⁴.

⁶⁴ DE CASTRO SANTA ANA, Josémanuel, Diario de sucesos notables. Documentos para la historia de Méjico, vol. IV, México, 1854, p.139

"En las prisiones del Tribunal de la Acordada los reos eran una muchedumbre sucia y haraposa, unidos de dos en dos por medio de una cadena de hierro sujeta por medio de argollas a las gargantas y pie. Sometidos a los mandatos de los presidentes, los, los cuales no eran más que reos elegidos para conservar el orden con garrote en mano, sufrían de las más viles humillaciones. Aquí se confundía a los verdaderos criminales, con los que habían cometido faltas leves".⁶⁵

"Para el año de 1812 la Acordada contaba con cifras aterradoras, 1,729 reos, 410 habían sido remitidos a presidios, 58 habían obtenido su libertad, 77 habían sido desterrados, 68 entregados a la Inquisición y 1,280 muertos en prisión".⁶⁶

Un gran error de la ideología de la época colonial fue condenar a los sujetos a grandes penas, poblando sin límite las cárceles, viviendo en la suciedad, y sin el más pequeño sentido de rehabilitación. Este error esta a punto de cometerse nuevamente en caso de que se sigan aumentando las penas sin tener en cuenta que la administración de justicia en nuestro país se encuentra hundida en la corrupción y desgraciadamente en la ignorancia de algunos servidores públicos, que se venden al mejor pagador.

C) México Independiente.

Al consumarse la Independencia de México continuo vigente como legislación penal, principalmente, la Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, los autos acordados, las ordenanzas de minería, de intendentes, de tierras, aguas y de gremios, y como derecho supletorio de novísima recopilación, las partidas y las ordenanzas de Bilbao. De lo anterior se desprende que, aun después de librarnos políticamente del yugo español, se continuo dependiendo de sus enseñanzas e instituciones que después, del descubrimiento y conquista se implantaron en la Nueva España.

⁶⁵ File: A/IA/ Historia. Hmn. Senado de la República, p. 2.

⁶⁶ CASADO FERNANDEZ-MENSAQUE, Fernando, El tribunal de la acordada de nueva España, Anuarios de estudios americanos, XVIII, 1950, P. 32

"El nuevo estado nacido con la Independencia, se interesaba primeramente por legislar sobre su ser y funciones, elaborando diversos proyectos en materia penitenciaria, pero por razones de tipo social, económicas y políticas, algunos de estos proyectos no consiguieron el objetivo humanitario con el que fueron creados, pero ya desde esa época se vio la necesidad de una reforma carcelaria, así fue que se impuso una inmediata reglamentación para reprimir vagancia y mendicidad, asimismo, el 7 de febrero de 1822 se legisó sobre la organización de la policía preventiva contra la delincuencia⁶⁷.

"El 11 de mayo de 1831 y 5 de enero de 1833 se declaró que la ejecución de las sentencias corresponde al poder ejecutivo. En 1814 se reglamentaron las cárceles de la ciudad de México, estableciéndose en ellas talleres de artes y oficios. Esta reglamentación fue modificada en dos ocasiones, 1820 y 1826; se condicionó la admisión de penales, ya que únicamente debían ingresar quienes reunían los requisitos que para ello estableciera la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, decretada el 4 de octubre de 1824, en la cual se estableció que la Nación adoptaba el sistema federal.⁶⁸

Para esta época inicia una real gestión penitenciaria, que pugna por la prohibición de juzgar a cualquier persona por tribunales especiales o leyes privativas; se estableció que nadie debe ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes anteriores al hecho, en tribunales establecidos previamente, la prohibición de la prisión por deudas de carácter civil, la detención mayor de tres días, sujeta a un auto que la justifique.

El Código penal de Martínez de Castro incluye ya un sistema penitenciario propio, partiendo de la base de la progresividad del mismo y de la clasificación del reo, que debe trabajar y educarse para volver al sendero de la virtud.

⁶⁷ File: A//A:// Historia. Hm. Senado de la República, p. 4.

⁶⁸ Idem.

c.1) Cárcel de Belén e Nacional

"Para fines del siglo XIX el general Don Porfirio Díaz llega al poder, en su gobierno se crea la cárcel de Belén de la Mochas, en la que se caracterizó por reavivar las antiguas prácticas inquisidoras para obtener confesiones, sirviendo así como cárcel municipal, cárcel de distrito y penitenciaria.

En esta cárcel hubo una gran sobrepoblación de delincuentes tenía una capacidad máxima de 500 presos, sin embargo albergó a más de 5,000 personas quienes sobrevivían con una ración de galletas y frijoles, sufriendo de hambre, torturas y vejaciones, enfermedades diversas, golpes, maltratos de los custodios y de los "presidentes"⁶⁹.

"La cárcel de Belem inició su funcionamiento como institución penitenciaria y cárcel de custodia el 23 de enero de 1863. El edificio cuando fue construido estuvo situado en lo fuera en aquel tiempo el extremo noroeste de la ciudad en la zona donde hoy convergen formando esquina las actuales calles de Arcos de Belén y la Avenida Niños Héroes.

La cárcel de Belem, también conocida Cárcel Nacional, estaba dividida en los departamentos siguientes : detenidos, encausados, sentenciados a prisión ordinario, sentenciados a prisión extraordinaria y separados. Al frente de la prisión se encontraba al Alcalde, y aparte de éste como personal directivo de la misma, se observaba al "segundo ayudante", que colaboraba con el anterior en el trámite administrativo interno y particularmente en todo lo relativo a la situación jurídica de los reclusos. El servicio de custodia laboraba en turnos de 24 horas y estaba integrado por una fuerza de la guarnición que era enviada por el Comandante Militar de la Plaza y que quedaba a cargo del Alcalde de la prisión, existían también el celador de patios y celador de separos"⁷⁰.

⁶⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Historia de la cárcel en México*, INACIPE, México, 1979, p. 105.

⁷⁰ CENICEROS, José Ángel, *Derecho penal y criminología*, Botas, México, 1954, p. 340.

La situación en que se encontraban los patios, galeras separos y talleres de la cárcel, dejaban mucho que desear, ya que el edificio no fue construido para el uso de cárcel que se le daba y como consecuencia de esto la capacidad no era suficiente para albergar a todos los presos que en dicha cárcel se alojaban, en las galeras había grandes aglomeraciones de individuos y estas no estaban debidamente ventiladas lo que provocaba situaciones de insalubridad de igual manera eso dificultaba la vigilancia en las mismas galeras.

"El 31 de diciembre de 1887, había en la cárcel de Belem 1,612 reos, de los cuales 1,199 eran varones y 313 mujeres. De los primeros, más del 50% eran encausados, el resto sentenciados, y de entre éstos, 38 se encontraban sentenciados a muerte.

El calabozo tenía por pavimento una capa de fango de 3 pulgadas de espesor, mientras que las paredes había un fluido espeso que impedía sacar las expectoraciones que negligentemente habían arrojado sobre ellos incontables y descuidados ocupantes anteriores. Del techo pendían enormes telarañas, desde las que acechaban negras y horribles arañas"⁷¹.

Los delitos consignados con mayor frecuencia en la cárcel de Belem se observaban: homicidios, heridores, rijosos, delincuentes por sevicia y peculado, calumniadores, prófugos de presidio, falsificadores, incendiarios, vagos escandalosos, tahúres, plagiaros, ebrios envenenadores, estupradores y adúlteros.

En la mayoría de las cárceles o prisiones existía la figura del presidente y en Belem no fue la excepción los directores de la prisión escogían siempre al más temible de entre los encerrados, considerando que sólo un sujeto de tales características podría ser capaz de imponerse a los demás.

⁷¹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Historia de la cárcel en México*, Op. cit. p. 114.

Como símbolo de su autoridad este personaje portaba un garrote de encino, que era al mismo tiempo arma de defensa y de castigo en los casos de sublevación. El presidente era un explotador más, ya que estaba autorizado para cobrar a los reclusos por sus servicios, era habitual que recibiera propinas de los visitantes y además se ocupaba de la venta de cigarros.

Este personaje es un hecho que en nuestras cárceles no ha desaparecido talvez sea diferente su descripción pero siguen cumpliendo con la actividad de sus antepasados.

Es de señalarse que en aquel pueblo de criminales los había de diversas especialidades. Se encontraban asesinos, asaltantes, ladrones, estafadores y muchos más como ya señalamos anteriormente, pero también había hombres jóvenes, delincuentes ocasionales, que habían caído en manos de la justicia por mala preparación y la peor realización de sus delitos. Y los otros los maestros, se dedicaban pacientemente a aconsejarlos y adiestrarlos para el futuro. Fácilmente se aprendía el arte de sacar las carteras sin que la víctima se diera cuenta; se daban clases de la forma en que debía de emplearse la ley para evitar ser castigados después de cometer una estafa, se ensayaban los timos más socorridos para que los aprendices más destacados, que por sus antecedentes no habrían de sufrir grandes condenas y con eso pudieran trabajar al salir de la prisión, todas las enseñanzas tenían que ser pagadas a plazo fijo, es decir, una vez que el discípulo sacara provecho de ellas, haría partícipe de las utilidades al maestro, que este así podía contar con elementos para obtener libertad o por lo menos, para pasarla lo mejor posible en la cárcel.

Entre las celdas más famosas en esta cárcel se encontraban las llamadas bartolinas las cuales eran destinadas a los reos más peligrosos y a los sentenciados a muerte, una de ellas la más estrechas y tal vez la más conocida era el "infierno", eran unos cuartos estrechos en los que difícilmente cabían el preso y su equipaje, se encontraban provistos de un petate y en la parte alta contaba con un poco de luz, algo de sol y una ventanilla angosta que con dificultad permitía ventilación.

c.2) Cárcel de San Juan de Ulúa.

"La fortaleza de San Juan de Ulúa fue construida originalmente por los conquistadores o aventureros españoles como un baluarte para defender de la piratería el puerto de Veracruz y las costas colaterales del vasto territorio recién usurpado; después fue utilizada como prisión de Estado y para reos civiles y militares generalmente sentenciados a muy largas condenas. Su edificación, hecha sobre un islote constituido por una especie de madrepora llamada vulgarmente piedra muca o mucara, distante unos mil metros del citado puerto y descubierto por Juan de Grijalva el junio de 1518, se comenzó en 1582, empleándose en el proceso de construcción más de 200 años y a un costo que sobrepasa la enorme cifra de 40 millones de pesos de aquella época.

Al consumarse la Independencia Nacional, fue el último reducto de las tropas españolas, que de allí después de un tenaz y prolongado asedio, fueron desalojadas en noviembre de 1825 por el general Miguel Barragán con la valiosa cooperación del famoso marino del estado de Campeche Pedro Sainz de Baranda. Posteriormente, los fuegos de sus cañones defendieron la dignidad y soberanía de nuestro territorio combatiendo gloriosamente contra la escuadra francesa en 1838 y 1863 y contra la norteamericana en 1874 y 1914. Finalmente, cuatro años después de la caída de la Dictadura porfirista, la fortaleza dejó de ser prisión por decreto del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, para convertirse, ya convenientemente reformada en un museo histórico y regional⁷².

El castillo fue utilizado por las pasadas tiranías como instrumento de tortura; en el piso bajo el edificio se encuentran las mazmorras o calabozos destinados al presidio, entre los que se encuentran dos muy recordados designados como tinajas, que en realidad eran verdaderos sepulcros donde fueron enterrados vivos muchos desgraciados. Las emanaciones fétidas, las filtraciones salitrosas y las reducidas corrientes de aire que penetran en esta especie de cavernas, contribuían a la destrucción de cualquier individuo que tuviese la desgracia de encontrarse en aquel infierno.

⁷² MARTINEZ NÚÑEZ, Eugenio, Los Mártires de San Juan de Ulúa, ed. Biblioteca del Instituto de Estudios Históricos de la Revolución Mexicana, México, 1986, p. 28.

En aquellas mazmorras solitarias el presidiario no percibía más ruido que el de las tristes olas y de vez en cuando, la melancólica campana que anunciaba la ida y el arribo de alguna embarcación.

Los presos que salían a trabajar tenían el consuelo de respirar un aire más puro y de ver siquiera el cielo, el mar, el sol; pero su labor era en demasía fuerte y ruda, por que tenían que ir a arrancar de los bajos o lugares que estaban a flor de agua, la piedra muca, teniendo para ello que estar sumergidos en el agua muchas veces hasta el cuello, en medio de un sol quemante con una temperatura de 60 grados, teniendo que caminar entre rocas, agudas y filosas, que lastimarian al menor contacto, vivían con la constante amenaza del tiburón que en esa época y hasta en la actualidad es considerado como el depredador del hombre.

Dicha piedra era calcinada en hornos, hasta convertirla en cal, la cual tenía un solo destino, los pulmones y el estomago de esos seres infortunados, produciendo en ellos la muerte más o menos tarde, pero siempre segura.

"Dentro de las muchas galerías que existían en la fortaleza hay dos que conducen una al calabozo llamado "El Diablo", la cual era una celda de bóveda circular que tenía escasamente la altura de un hombre y una superficie no mayor de cuatro metros cuadrados, otra de las rejas conducía al vestíbulo de los calabozos conocidos con el nombre del Infierno y la Gloria.

El Infierno es una celda semejante a la anterior. En la Gloria, además de la pequeña celda que pudiéramos llamar planta baja, había otra empotrada en el relleno del baluarte a la que se asciende por una escalera de seis peldaños.

Era una verdadera cueva de bóveda circular que tenía dos metros de altura por otros dos de ancho y unos tres de profundidad, no tenía más comunicación que el agujero de la escalera y que tendría escasamente un metro cuadrado y que va al calabozo de la planta baja, no tenía ningún espacio por donde pudiese entrar algo de luz o aire, existía una oscuridad profunda"⁷³.

Definitivamente estos calabozos estaban hechos con el pretexto de encerrar en ellos a los presos que cometían alguna falta contra la disciplina del presidio; pero por más que trato de forzar mi imaginación, no encuentro culpa suficiente que mereciera ser castigada de esa forma inhumana, y ni siquiera me imagino como pudo haber hombre capaz de resistir el castigo en esas cuevas de la muerte ya que pienso que difícilmente sobreviviría un topo en ese lugar.

Pero es de llamar la atención que no solo el Infierno y la Gloria eran los únicos calabozos, sino también, el Limbo, el Purgatorio, la Cadena, la Leona, el Jardín de las Meditaciones y otros calabozos igual de infames fueron empleados sistemáticamente, más que para castigar faltas de presos, para martirizar en ellos por consigna y por largas temporadas, a los principales luchadores que el despotismo porfiriano había encerrado en la terrible fortaleza.

La infamia de la dictadura porfirista, ordeno que se les hiciera sufrir corporal y espiritualmente a dichos luchadores, más allá de lo que la naturaleza humana pudiese resistir. Para dicho trabajo desde luego que se comisiono a los mas despiadados verdugos para que los hicieran víctimas de las mayores atrocidades y después ser incomunicados.

⁷³ MALO CAMACHO, Gustavo, Historia de la cárcel en México, Op. cit. p. 130.

Los prisioneros no comunicados, no obstante de estar débiles y hambrientos, eran alimentados con sobras y desperdicios de los hoteles de la ciudad de Veracruz. Casos de inaudita crueldad se daban contra los campesinos indígenas que en gran número habían sido injustamente encarcelados por los levantamientos de Veracruz, ya que algunos de los caían desmayados bajo el peso de su carga, en lugar de ser enviados a la enfermería, eran arrojados al mar como alimento de tiburones, o rematados a palos por los capataces.

"Desgraciadamente otros muchos ultrajes e infamias sufrieron todos los prisioneros de la fortaleza, a grado tal que de los 700 que llegaron al Castillo Menos de vigor y juventud, en menos de cinco años unos 400 fallecieron en el fondo de los calabozos o bajo el garrote de los verdugos, de los 300 restantes que lograron su libertad con el derrumbe de la Dictadura, salieron del presidio muy enfermos y envejecidos. Es de notarse que definitivamente en la fortaleza de San Juan de Ulúa la prisión sólo tenía un fin torturar y destruir al individuo"⁷⁴.

c.3) Cárcel de Lecumberri.

La tercera institución en el gobierno del general Díaz fue la cárcel de Lecumberri, inaugurada en el año 1901, la cual para la época fue una prisión modelo, en la cual aplicar los modelos correccionales progresivos.

"Circundada por una muralla con torreones, no contaba con áreas verdes ni campos deportivos, sus galerías eran rectas y largas agrupaban en dos pisos, constituida por una torre central con mayor altura que los demás edificios, desde donde se dominaban las azoteas y los espacios descubiertos entre las crujeas, la sucesión de celdas destinadas a los ocupantes de la prisión. Cada una de las celdas de Lecumberri contaba con un camastro y con servicio sanitario, también estaban forradas con una plancha de acero y contaban con una puerta metálica espesa y segura"⁷⁵.

⁷⁴ MARTINEZ NÚÑEZ, Eugenio, Los Mártires de San Juan de Ulúa, Op. cit. p. 34.

⁷⁵ VIVEROS, Marcel, Anatomía de una prisión, Diana, México, 1982, p. 15

En sus inicios Lecumberri fue considerada como la mejor penitenciaria de América Latina, con traslado de los internos de la cárcel general de México se originaron graves problemas de sobrepoblación dentro del penal a tal grado que cuando algún interno tenía visita conyugal se veía obligado a rogarle a sus otros dos compañeros de celda que lo dejaran solo para poder recibirla.

La clasificación dentro de este penal se basaba en el delito cometido, los antecedentes penales, la conducta y el trabajo que los reos realizaban antes de su detención, situación por la cual las crujiás se encontraban divididas de la siguiente manera, "la crujiá A era la de los ladrones; la B la de los violadores y otros delincuentes sexuales; la C, era la de los sentenciados; en la D estaban los presos consignados por homicidio y lesiones; la E, era para ladrones primerizos o menores; la F, para los toxicómanos, aunque cabe aclarar que casi todo el penal lo era; la G, para los convictos de fraude y en ella vivían los pocos ricos de la prisión, además de la I, de distinción, en donde se hallaban las celdas más lujosas del penal; la H, casi en la entrada, era para los reos de turno; la J, albergaba a los homosexuales; las dos circulares, la M y la N, eran la primera de máxima seguridad y de castigo la segunda."⁷⁶

El Palacio Negro, como se conoció a la prisión de Lecumberri, tuvo un gran significado para su época y para el desarrollo del penitenciarismo en el país. No obstante, con el tiempo se convirtió en una casa de asignación, cuna de todos los escándalos y escuela del vicio. Sucumbió ante la pasividad de las autoridades y la superpoblación. Así para el año de 1976, fenece el día 26 de agosto, siendo director el Doctor Sergio García Ramírez, y presidente de la República el Licenciado Luis Echeverría Álvarez.

⁷⁶ COLETTI, Aldo, La negra Historia de Lecumberri, ed. Universo, México, 1981, p.p. 124 y 125.

CAPITULO CUARTO

IV. LA PENA Y SU IMPORTANCIA JURÍDICA SOCIAL.

A) Fundamento legal de la Pena

El sistema Penal Mexicano ha reaccionado, frente a la verificación de un hecho antijurídico, a través de mecanismos estatales de defensa denominados sanciones. La pena como sanción única ya se contemplaba en el Código Penal de 1871 como retribución moral por el hecho cometido, y como medida de seguridad, en el de 1929. Ambos Códigos Penales tenían una concepción monista en su imposición. Sin embargo, fue el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal de 1931, el que introdujo la doble vía como sistema complejo de medios de lucha contra la delincuencia, y que dependiendo de la entidad del hecho antijurídico y las circunstancias particulares del hombre delincuente, aplicó para retribuir por el hecho cometido o para prevenir, removiendo aquella causa endógena que podría llevarlo de nuevo a violar la norma prohibitiva penal. De esta manera, al ser perturbado el ordenamiento jurídico, por un evento criminal, dispuso que se aplicara una pena o medida de seguridad al sujeto que hubiera violado normas mínimas de convivencia, para castigarlo, curarlo y devolverlo inmune de su eventual peligrosidad a la sociedad.

Así en nuestra carta magna, ley suprema, es considerada fuente del derecho penal por que los principios en ella contenidos constituyen directivas generales a las que el legislador tiene que ceñirse, porque muchas normas tienen un concreto valor normativo y están destinadas a la generalidad de los habitantes del país, y por que una disposición penal que se declarara contraria a la Constitución perdería su fuerza obligatoria erga omnes, y porque en ella existen principios jurídicos fundamentales para el derecho penal, como son el propósito general de la seguridad jurídica.

En todo fundamento legal encontramos principios sustantivos o materiales los cuales cuentan con una doble perspectiva: la legalidad incriminadora y sancionadora, y también abarca el principio de *nulla poena sine iudicium*. Es un principio de tipicidad respecto a la conducta declarada punible, y también principio de atribución legal, por lo que hace a pena del hecho ilícito. Así encontramos consignada en la Constitución, en el tercer párrafo del artículo 14, la prohibición de imponer pena alguna que no este establecida por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

El principio prohíbe que una conducta sea sancionada o su penalidad agravada con una ley posterior a su comisión, a la que se conceda efectos retroactivos. De aquí se sigue el carácter estrictamente legal del delito, la continuidad del derecho penal, y la prohibición de la integración judicial, particularmente referida a la analogía. En la mayoría de las ramas del derecho la analogía es un excedente medio de búsqueda del derecho, sin embargo en derecho en derecho penal se prohíbe en tanto repercute en perjuicio del reo; así el artículo 14 dispone en su párrafo tercero lo siguiente: "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata".⁶⁰

El principio adjetivo con que cuenta el fundamento legal de una sanción hace alusión a que el Estado moderno detenta como facultad exclusiva el poder de sancionar y readaptar al delincuente, surgiendo así el proceso público, como único método para discernir la responsabilidad, pero dicha facultad a mi consideración pocas pero muy pocas veces lleva a cabo en la realidad, por que es un hecho que son pocos a los delincuentes a lo que sanciona y todavía más pocos los delincuentes que readapta.

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, 1999, p. 5

El artículo 18 Constitucional lleva consigo el principio ejecutivo, casi todos los países tienen normas constitucionales orientadas al cumplimiento de las penas, el artículo 18 constitucional encierra tres materias perfectamente diferenciables entre sí, y cuyo sólo común denominador es que en todo caso se implica la privación de la libertad, el artículo 18 constitucional tribuye a regular, en su primer párrafo, el instituto cautelar de la prisión, los siguientes párrafos del mismo fijan las bases del sistema penitenciario federal y estatal, en su cuarto y último párrafo el artículo 18 ordena la creación de instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

"La causa jurídica y la finalidad de la prisión pena y el encarcelamiento preventivo son radicalmente distintos, lo cierto es que ambos se resuelven en privación de libertad, por lo que nada impide, sino por el contrario claras razones de justicia aconsejan imputar el periodo cumplido en preventiva, que a menudo es muy considerable, al tiempo que se haya fijado a la pena".⁶¹

El numeral 18 de nuestra carta magna es la base de nuestro sistema penitenciario, a partir de su reforma en 1965 hemos comenzado a hablar de la readaptación social como el fin de todas las penas. Esta concepción y su inclusión a nivel constitucional puede servir como concesión a la administración penitenciaria para dotarla de posibilidades intolerables de manipulación del individuo, manipulación difícilmente evitable porque es la propia dirección de la prisión quien señala el modelo sobre el que gira el tratamiento rehabilitador, ante la ausencia de una ley de ejecución de penas que se ocupe de regular en su totalidad la ejecución de la pena

Así encontramos el fundamento legal de la pena establecido en su artículo 18 que en su primer párrafo establece "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".⁶²

⁶¹ GARCIA RAMÍREZ, Sergio, El artículo 18 Constitucional, UNAM, 1967, p. p. 32 y 33

⁶² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ed. SISTA, p.7.

Es obvio que lo que encierra el citado artículo es que la pena fue por mucho tiempo retribución por el ilícito cometido, y para los de más, ejemplo del castigo a que se harían acreedores de encontrarseles en la misma situación. Supuestamente a partir de los últimos años la pena y las medidas de seguridad tienen como función lograr la readaptación del sentenciado pero es una realidad que ni la pena ni las medidas de seguridad han logrado esa función ya que no es posible lograr readaptación cuando el sistema penitenciario de cualquier país no funciona.

Es de señalarse que la pena tiene su fundamento en el principio de tutela jurídica, el derecho penal debe sufrir en todos sus desenvolvimientos la influencia de ese principio y, por virtud del mismo repeler toda dominación del principio de la enmienda. Parece que la enmienda no puede tener más que dos formas: la primera totalmente subjetiva e interior; la segunda objetiva y exterior.

Se enmienda el hombre, en el primer sentido, cuando purgado su animo de toda mancha de las malvadas propensiones se realiza al amor de la virtud y al rechazo del mal; en una palabra, se despierta al amor del bien por el bien mismo y se vuelve adorador de ese bien. Se enmienda un malvado, en el segundo sentido cuando aprende por la experiencia a moderar sus inclinaciones, de tal manera que no se deja arrastrar por las mismas a actos exteriores ofensivos de la ley, por que eso le determina un cálculo del bien sensible y así una liquidación de sus cuentas.

B) Clasificación de las sanciones:

El Binomio Pena- Medida de Seguridad

La pena es el correlativo de la culpabilidad, así la medida de seguridad representa el sistema curativo que le Estado implementa en las personas peligrosas para tratar de readaptarlas a la vida social, alejarlas de ella, o por lo menos circunscribirlas en hospitales psiquiátricos o judiciales para sanarlos.

La pena es fija y determinada en el tiempo, la medida de seguridad es en nuestro derecho positivo indeterminada en el mínimo y determinada en el máximo de duración; la pena es conminada a los reos imputables, y la medida de seguridad a los no imputables.

La pena detentiva obra sobre la esfera física del delincuente, en cuanto lo constriñe a habitar en una prisión, dejándolo libre en su esfera psíquica, en cuanto que coloca al individuo en un manicomio o casa de curación en la que el personal médico empleara los medios más diversos para eliminar aquellos factores que le impiden tener una relación normal con los otros y obran sobre su sistema neurovegetativo o sobre sus impedimentos físicos o fisiológicos; mientras que la pena sólo se aplica a sujetos que han cometido un hecho previsto por la ley como delito.

"Las medidas de seguridad, aparecen por obra del profesor Sotos, en 1893 en el primer anteproyecto del Código penal suizo, años más tarde los anteproyectos de Código penal alemán de 1909, y de Código penal austriaco del mismo año instituyeron también junto al cuadro de penas, formando un grupo orgánico, las medidas de seguridad."⁶⁴

El afianzamiento y aparición de las medidas de seguridad nace y prospera con la creciente desconfianza en la pena. Ya en el pasado siglo algunos criminalistas manifestaron su escasa fe en ella, y a medida que este sentimiento se difunde, arraiga con firmeza la creencia de que la protección social contra el delito exige, además de la pena, el empleo de otro género de medidas, medidas de preventivas, que no pertenecen al campo penal y caen en el ámbito de la política social, y de las hoy denominadas medidas de seguridad. La pena ha adquirido nuevo vigor en nuestros días a causa de la ofensiva lanzada contra la pena de privación de libertad, eje del sistema penal de

⁶⁴ CUELLO CALON, Eugenio, La moderna penología, ed. Bosch, Barcelona, 1974, p. 85

todos los países, a la que se reprocha su ineficacia para prevenir la reincidencia y hasta se acusa de constituir un factor de criminalidad.

Esta conducta agresiva no es enteramente justa. La pena no es un medio de lucha contra el delito por completo desdeñable, su valor y utilidad social dependen en gran parte del sentido que la inspire y del modo de aplicarla, sin embargo, debe reconocerse que no es, como durante largo tiempo se ha creído una panacea contra el crimen, que no es el único ni quizás el remedio más eficaz contra el delito.

Mientras que la pena se va achicando las medidas de seguridad adquieren amplio desarrollo, en cuanto a las penas, en particular las de privación de libertad, mientras en ellas prevalece una arraigada tendencia a disminuir sus variedades, la medida de seguridad presenta cada día nuevas formas, por otra parte asistimos a una frecuente transformación de las penas en medidas de seguridad.

"Las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delincuentes para la obtención de algunos de los siguientes fines: a) su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación); b) su separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) o, aun sin aspirar específicamente a los fines anteriores (readaptación o eliminación), a prevenir también la comisión de nuevos delitos."⁶⁵

La imposición de la medida de seguridad presupone la comisión de una infracción penal, solo se aplica como consecuencia de la perpetración de un delito, recae sobre la peligrosidad postdelictual, a diferencia de las medidas preventivas destinadas a combatir la peligrosidad social. Todo ello resultado del principio de legalidad que también rige para las medidas de seguridad, aun cuando tratándose de éstas sufre un cierto menoscabo en cuanto, por regla general, se admite su aplicación retroactiva.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 88.

Dentro de las características de las medidas de seguridad destaca como una de las más importantes su imposición por tiempo indefinido, estas medidas se distinguen por su indeterminación justificada por la finalidad de readaptación social que se proponen por lo cual deberán durar hasta que esta se consiga.

Las medidas de seguridad que se aplican directamente por un órgano administrativo; la pena se aplica como retribución y la medida de seguridad como prevención de hechos que la autoridad política o de seguridad pública reputa como peligrosos, la pena tiene como fundamento la culpabilidad del sujeto y la medida de seguridad, la peligrosidad del mismo." De ahí que la pena debe ser complementada con medidas cuya única finalidad consiste en combatir con intervenciones terapéuticas de aseguramiento o de eliminación la peligrosidad del autor para el futuro, expresada en el hecho y en su vida anterior.⁶⁶

Las medidas de seguridad y las penas parten de consideraciones filosóficas y jurídicas opuestas, que para unos son irreductibles, para otros son complementarias, lo que ha dado lugar a tres sistemas: el sistema monista, el sistema dualista y el sistema vicarial.

1.- Sistema monista se inclina por considerar que la distinción entre pena y medida de seguridad no existe, pues ambos parten de la existencia de un delito; que el delincuente se sujeta a un proceso que concluye con la imposición de penas o medidas de seguridad, según convenga a cada caso, y cuyos fines son proteger a la sociedad y reintegrar al delincuente a su seno, por lo que aplicar pena o medida de seguridad sólo varía el matiz, la pena persigue la prevención general, la medida de seguridad la prevención especial, y ambas medidas en casos extremos recluyen al individuo fuera de la sociedad, mientras se logra su resocialización.

⁶⁶ Hans-heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal parte general, cuarta edición, traducción de José Luis Manzanera Serranero, Ed. Comares, 1993, p 75.

II.- Sistema dualista, este separó la pena destina para imputables, y para los inimputables las medidas de seguridad, sistema que predominó por muchos años.

Este sistema llamado también de la doble vía, se apoya en la idea clásica de libre albedrío, considerando que la pena tenía contenido expiatorio, que permitía al delincuente obtener su rehabilitación, pero la realidad es que el delincuente establece que al haber cumplido su condena ha pagado su delito.

La medida de seguridad, siguiendo la postura positivista, se aplica al inimputable, a quien se le priva de derechos, con un propósito tutelar, consecuencia de su estado peligroso, hasta que este estado desaparezca.

III.- El sistema vicarial considera que la imposición de pena o medidas de seguridad a un inimputable, no rige con los propósitos de prevención general o especial, pues puede suceder que a un sentenciado sea conveniente, además de la pena, imponerle una o más medidas de seguridad, pues además de la culpabilidad puede relevar peligrosidad. Tal sería el caso de que le impusiera pena de prisión y que al mismo tiempo la medida de seguridad consistente en la suspensión o privación de derechos. Para el sistema vicarial es posible aplicar pena y medida de seguridad simultáneamente, siempre que se trate de imputables; pues de ser inimputable sólo cabe la aplicación de medidas de seguridad.

El artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal enumera en forma conjunta las penas y medidas de seguridad, pero no precisa cuales son unas y cuales las otras, a pesar de esto de su propia naturaleza se desprende cuales son penas y cuales son medidas de seguridad, para ilustrar esto transcribiremos el mencionado artículo:

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

1 Prisión.

2 Tratamiento en libertad, semi-libertad y trabajo a 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, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes.

4 Confinamiento.

5 Prohibición de ir a lugar determinado.

6 Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.

7 Se Deroga (D. O. F. del 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.

Algunos penalistas agrupan en dos categorías a las penas :

a) Principales, aquellas que no dependen de otras, como la prisión, el confinamiento, etc; accesorias que dependen de la existencia de penas principales, pero que deben ser decretadas expresamente, como el decomiso, caución de no ofender, publicación especial de sentencia, etc; que se impone como consecuencia de una pena principal.

b) Graves y leves, las primeras causan mayor aflicción, como la prisión, el tratamiento de libertad o semilibertad, etc; en las segundas, la aflicción resulta de poca importancia, tal es el caso de la amonestación.

Para poder hacer más practica y comprensible la clasificación de las sanciones expondremos un cuadro sinóptico en el cual se expondrá dicha clasificación basándonos y compartiendo la clasificación realizada por el Licenciado Jorge Ojeda Velásquez en su obra Derecho Punitivo (Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito).

1. "Atendiendo a su fin:

- 1.1. Si el fin asignado por el Estado de las penas es el de defensa social, la prisión sirven para eliminar o alejar a los elementos nocivos de la sociedad.
- 1.2. Si la finalidad que el Estado trata de alcanzar es el de readaptación del individuo, para lograrlo debe ser en el seno de la sociedad y a través del tratamiento de libertad o semilibertad del sentenciado.
- 1.3. Si se trata de inhabilitar al sujeto para prevenir que en el futuro cometa más delitos, es necesario suspenderle algún tiempo o privarle de sus derechos políticos y civiles, destituirlo o inhabilitarlo de las funciones públicas.

1.4. Neutralizar momentáneamente si se le exige caución de no ofender, si se publican sus fechorías o sentencia en algún diario de circulación local o nacional, si se le apercibe y amonesta para que no reincida, o bien si se le decomisan los bienes obtenidos del delito, así como los instrumentos y objetos relacionados con su actividad delictuosa.

2. Atendiendo al bien jurídico protegido:

- 2.1. Pena capital. Si el bien jurídico afectado es la vida
- 2.2. Penas corporales. Si se aplican directamente sobre el cuerpo del condenado en forma de azotes, marcas, mutilaciones, etc.
- 2.3. Penas privativas y restrictivas de la libertad personal. Si atentan o disminuyen la libertad de locomoción del individuo, como en el caso de la pena privativa de libertad en prisión, la prohibición de ir a lugar determinado, el sometimiento a vigilancia de autoridad administrativa, o la obligación de residir en un determinado lugar y no salir de él.
- 2.4. Penas pecuniarias. Son aquellas que disminuyen el patrimonio del activo del delito.
- 2.5. Penas suspensivas o privativas de derechos. Son aquellas que afectan de esa forma a los derechos políticos y civiles del condenado.

3. Por su forma de aplicación:

- 3.1. Principales. Se aplican en primer término en relación con otras penas. Actualmente esa definición ocupa en el fuero militar la pena de muerte y en la sociedad civil, la pena privativa de libertad de locomoción.
- 3.2. Secundarias. Se aplican en segundo término o después de la pena principal.
- 3.3. Accesorias. Si las penas son consecuencia necesaria de obrar antijurídicamente. Ejemplo: delitos imprudenciales por hechos de tránsito terrestre, en los que se suspende al conductor culpable del oficio de chofer.
- 3.4. Complementarias. Si alcanzan otro objetivo diverso a la finalidad de retribución, ejemplo. Cuando se ordena la amonestación del reo y se le apercibe para que no cometa otro delito.

4. En cuanto a su duración:

- 4.1. De corta duración.** Si la privación de libertad impuesta va de un mínimo de tres días a cinco años.
- 4.2. De mediana duración.** Si la pena impuesta oscila entre cinco años un día y diez años, que son el mínimo y máximo en que una pena privativa de libertad puede lograr su efecto regenerativo.
- 4.3. De larga duración.** Si excede de diez años.

5. Respecto a su forma de ejecución:

- 5.1. Remisibles.** Todas las penas privativas de libertad y multa se pueden remitir, sea por el poder judicial o por el ejecutivo. Ejemplo: el artículo 55 del Código Penal Federal, establece "Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución, podrá prescindir de ella o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez se apoyará siempre en dictámenes de peritos".
- 5.2. Sustituibles.** Son aquellas penas privativas de libertad que por su corta duración, pueden sustituirse por otras penas de menor trascendencia, como la multa, el trabajo a favor de la comunidad o por tratamiento en libertad o semilibertad. Ejemplo: artículo 70 del Código Penal Federal, que establece. La pena de prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, apreciando lo dispuesto en los artículos 51 y 52 en los términos siguientes: I. Por trabajo a favor de comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años;

II. Por tratamiento en libertad, si la prisión no excede de tres años; o

III. Por multa, si la prisión no excede de dos años.

La sustitución de la pena de prisión no podrá aplicarse por el juzgador cuando se trate de un sujeto al que anteriormente se le hubiere condenado en sentencia ejecutoriada por delito doloso que se persiga de oficio y cuando no proceda en los

términos de las leyes respectivas, tratándose de una transgresión en perjuicio de la hacienda pública.

- 5.3. **Conmutable.** Penas en las que por motivo de política criminal, se altera la naturaleza del castigo en beneficio del reo. Ejemplo: artículo 73 del Código Penal Federal, que establece. El ejecutivo, tratándose de delitos políticos, podrá hacer la conmutación de sanciones, después de impuestas en sentencia irrevocable, conforme a las siguientes reglas:
 - I. Cuando la sanción impuesta sea la de prisión, se conmutará en confinamiento por un término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión; y
 - II. Si fuere la de confinamiento, se conmutará por multa, a razón de un día de aquel por un día multa.
- 5.4. **Condiciones.** Aquellas penas privativas de libertad sujetas a condiciones suspensivas, es decir, aquellas cuya ejecución puede suspenderse si se cumple con ciertos requisitos relativos a la duración de la pena impuesta, a las particularidades del delincuente y al otorgamiento de ciertas garantías patrimoniales y personales (artículo 90 del Código Penal Federal).
- 5.5. La pena privativa de la libertad impuesta puede ser simbólica si se trata de delitos patrimoniales, siempre y cuando se hayan reparado los daños y perjuicios causados a los ofendidos y no exista oposición de cualquiera de éstos, situación en la que el juez podrá o no imponer una pena insignificante. (artículo 399 bis, último párrafo del Código Penal Federal).
- 5.6. **Únicas.** Cuando solamente se aplica una pena
- 5.7. Son alternativas cuando la norma jurídica penal ordena al juzgador imponer una u otra pena. Ejemplo. Aquellos tipos penales en los que se utiliza la conjunción "o".
- 5.8. **Acumulativas.** Cuando se impone varias sanciones a la vez y el tipo penal precede a la primera sanción, y se emplea la conjunción "y" como sucede en la mayor parte de los tipos penales que contemplan pena privativa de libertad y multa y suspensión de derechos o privación de derechos⁶⁷.

⁶⁷ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, Derecho punitivo, México, ed. Trillas, 1993, p.p. 175, 176, y 177.

C) Función de la Pena

"La pena es la justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo, ésta es su esencia íntima. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado, y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida, es decir para la realización de la justicia."⁶³

Inherente en la conciencia colectiva que secularmente reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en las masas populares el sentido de justicia y da a la represión penal un tono moral que eleva y enaltece. La pena es siempre retribución. No importa que, aún sin pretender conseguirlo, produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miembros de la colectividad, por miedo al mal que contiene, como generalmente se admite, ni que aspire directamente a semejante función de prevención general, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estos beneficiosos resultados o 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 moral 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."⁶⁸

La pena no limita su función a la realización del fin primordial de la realización de la justicia mediante la retribución del mal del delito, aspira también a la obtención de un relevante fin práctico, cual es la prevención de la delincuencia, aun cuando éste quede también, y en gran parte, encomendado a las medidas de seguridad. Cumple semejante finalidad preventiva actuando sobre el delincuente y también sobre la colectividad.

⁶³ CUELLO CALÓN, Eugenio, La moderna penología, Op. cit. p. 17

⁶⁸ *Ibidem*, p. 18

La función de la pena históricamente se halla vinculada con las tres teorías que han tratado darle respuesta a dicha función; las teorías absolutas le atribuyen a la pena una función retributiva; las teorías relativas una función preventiva; y las teorías de la mixtas se mantienen en una postura ecléctica.

a) **Teorías Absolutas**, atribuyen a la pena una función exclusivamente retributiva, la cual se agota en el castigo del hecho cometido, pero es de destacarse que en términos estrictos no ha sido seguida ni por la ciencia penal ni por la legislación, pues desde estas posición, subsidiariamente también se han atribuido a la pena funciones de prevención.

El contenido esencial de las teorías absolutas "aparece ya plasmado en el pensamiento de dos de los más grandes filósofos de la cultura europea, KANT Y HEGEL. Para HEGEL la pena es la negación de la negación del derecho, cumple entonces solo un papel restaurador o retributivo y, por tanto, según sea el quantum o intensidad de la negación del derecho, así también será el quantum o intensidad de la nueva negación que es la pena. Ningún otro factor influye sobre ella. Para KANT, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, ese es su único fundamento. Por ello señala que si el Estado se disuelve tiene que preocuparse de que tal culpabilidad quede retribuida, pues de otra manera el pueblo se haría partícipe de ella y recaería tal culpabilidad también sobre este."⁶⁹

La pena solo tiene un fin en sí misma, que no es otro que el restablecimiento del orden externo de la sociedad.

Para las teorías absolutas, considerando solamente su expresión retribucionista, por ser la más moderna, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del derecho. Así "la retribución de la pena estriba en que se debe inferir un mal al que ha causado un mal; en este contexto encontramos la milenaria "ley del talión", expresión histórica de la venganza privada y pública."⁷⁰

⁶⁹ Cita que aparece en la obra Introducción al derecho penal, por Juan Bustos Ramírez, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1986, pp. 71 y 72

⁷⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Curso de derecho penal Parte general, Op. cit. p. 410

Es decir su función se agota en el castigo del hecho cometido, "la concepción retributiva no ha sido seguida en términos estrictos ni por la ciencia penal ni por la legislación. Generalmente también se le han atribuido funciones de prevención, aun cuando esta función se considera más bien ajena al sentido mismo de la pena y no sólo se concibe como algo subsidiario que corresponde a otras esferas."⁷¹

"Las teorías absolutas de la pena ven exclusivamente su fundamento jurídico y su sentido en la retribución, conforme a la cual al culpable debe hacerse justicia por su hecho. La pena queda libre de toda consideración relativa a su finalidad y sólo representa la causación querida de un mal como compensación de la infracción jurídica culpablemente cometida. Las bases ideológicas de las teorías absolutas se encuentran en el reconocimiento del Estado como guardián de la Justicia y compendio de las nociones morales, en la fe en la capacidad de la persona para autodeterminarse, y en la limitación de la función estatal a la protección de la libertad individual. En las teorías absolutas de la pena coinciden, por lo tanto, pensamientos idealistas, conservadores y liberales."⁷²

b) Teorías Relativas, la pena sólo puede servir a la prevención de los futuros delitos, ya sea por la vía de la prevención general o de la prevención especial, según la corriente que se adopte.

"Las teorías relativas de la pena adoptan una posición totalmente contraria a la mantenida por las teorías absolutas. A su tenor, la pena no ha de servir a la realización de la Justicia en la tierra, sino a la protección de la Sociedad. La pena no constituye un fin en sí misma, sino un medio de prevención. El sentido de la pena exclusivamente en su misión de evitar acciones punibles en el futuro."⁷³

⁷¹ "La función de la pena", Revista Criminalia, Año LIII, N° 1-12, Enero-Diciembre. 1987, México, Porrúa, p. 185.

⁷² Hans-heinrich Jescheck, Tratado de derecho penal parte general, Op. cit, p 61.

⁷³ *Ibidem*, p. 62.

"Las teorías relativas o de la prevención se preocupan no del fundamento de la pena, sino de ¿para que sirve la pena?"⁷⁴

La prevención general es una advertencia a todos para que se abstengan de delinquir, en el fondo un escarmiento en cabeza ajena, y la prevención especial, que es la actuación sobre el delincuente mismo, ya sea enmendándolo para que en el futuro no vuelva a delinquir, o bien impidiéndole una actividad delictiva. El estado fue creado para asegurar la existencia del hombre conforme a leyes, toda violación de la ley contradice el propósito fundamental del Estado, y este debe asegurar por los medios a su alcance que las leyes se respeten. Para lograr ese respecto la pena prevista en la ley tiene como objetivo intimidar al individuo para que cumpla con la ley de tal forma que no lesione bienes jurídicos. La pena es una coacción psicológica, dirigida a la generalidad de los individuos; previene de esta manera el delito.

En la prevención general la pena se concibe como medio para contrarrestar la criminalidad latente en la sociedad. En general se considera que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la Ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicología en el momento de la tipificación penal.

Las críticas más generales que se han hecho a esta corriente, consisten en que la prevención general no ofrece límites al poder punitivo del Estado, lo cual puede llevar a un terror estatal, inamisible en un planteamiento democrático. En otras palabras, se critica la prevención general porque lleva la prevención demasiado lejos. Ello no obsta para considerar que la prevención general debe ser relegada. Respetados ciertos límites, es difícil negar que la pena se justifica por la necesidad de prevenir los delitos apelando, antes que nada, a la coacción psicológica.

⁷⁴ Cita que aparece en la obra Introducción al derecho penal, por Juan Bustos Ramírez, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1986, p. 75

En cuanto a la prevención especial, la función de la pena no radica en la prevención de los delitos de la colectividad a través de la conminación penal, sino en la prevención de los delitos que puedan proceder del delincuente ; esto es la pena persigue evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. de ahí que su campo de operación sea el de la ejecución de la pena.

El inicial precursor de prevención especial fue el alemán Franz von Litz, par quien la función de la pena es la protección de bienes jurídicos mediante la incidencia de la pena en la personalidad del delincuente con la finalidad de evitar posteriores delitos.

Las críticas más frecuentes que se hacen a esta corriente consiste en por sí sola la prevención especial llevaría a los intolerables de impunidad para aquellos casos en que, aun tratándose de delitos graves, no existiera necesidad de reeducación, o reclusión perpetua para aquellos sujetos que, aun cometiendo delitos leves, no fueran posibles de resocializar.

No obstante es de admitirse que, sin caer en los extremos, la prevención especial es positiva en cuanto tiende a la prevención de delitos, en este caso, a través del delincuente.

c) **Teorías Mixtas** o de la unión, consideran que la pena cumple en efecto una función retributiva, pero que se ve complementada por fines preventivos. Para algunos se aprecia en la retribución el fundamento de la pena y conceden a la prevención fines secundarios, para otros se distingue que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad y que la retribución es sólo el límite de la prevención. Sin embargo, es característico de esta posición el que un fin quede subordinado al otro.

Las teorías de la unión aparecen en la historia del derecho penal como una solución de compromiso entre dos bandos irreconciliables: los partidarios de las teorías absolutas y los partidarios de las teorías relativas.

Estas teorías "admiten la retribución, pero, normalmente concebida al servicio de la protección de la sociedad, función esta que justifica a la retribución. Así, se llega a la conclusión de que la prevención ha de realizarse a través de la retribución, pero como la prevención ha de tener un tope, se llega a la conclusión de que la propia retribución deberá considerarse como el límite máximo de la prevención. Esto es: que la prevención no puede ir más allá del límite de la culpabilidad."⁷⁵

Intentar mediar entre las teorías absolutas y relativas, no, naturalmente, sumando sin más sus contradictorias ideas básicas, sino mediante la reflexión práctica de que la pena, en la realidad de su aplicación, puede desarrollar la totalidad de sus funciones frente a la persona afectada y su mundo circundante, de manera que lo que importa es conseguir una relación equilibrada entre todos los fines de la pena. Esto no obsta para que si se presentan insuperables "antinomias entre los fines de la pena" haya que dar preferencia en el caso concreto a uno u otro principio. En esa línea, la prevención general y la retribución justa se unen en la experiencia de que sólo la pena limitada hacia arriba por la medida de la culpabilidad opera intimidatoriamente y en ese sentido pedagógico-social; así la retribución no se entiende nunca como mera humillación del reo, sino siempre como una intervención, lo más moderada posible, que debe reconciliar al delincuente con la comunidad mediante la adecuada compensación de su culpabilidad, e igualmente, toda pena debe configurarse de modo que, en tanto sea necesario y posible, tenga efectos resocializados, y con tal finalidad cabe reducir el marco primitivo trazado por el grado de culpabilidad, pero sin que la pena llegue a perder su relación con esa culpabilidad que constituye su fundamento. Por el contrario, la pena merecida conforme al grado de culpabilidad nunca puede ser agravada atendiendo a razones de prevención general o especial. La teoría se caracteriza, pues por un concepto pluridimensional de la pena que, aunque orientado en la idea de retribución, no se limita a la misma.

⁷⁵ "La función de la pena", Revista Criminalia, Año LIII, N° 1-12, Enero-Diciembre. 1987, México, Porrúa, p. 187.

La teoría unificadora-dialéctica de la pena de Claus Roxin, según la cual el Derecho Penal se enfrenta al individuo de tres maneras: amenazado con, imponiendo y ejecutando penas, y que esas tres esferas de actividad estatal necesitan de justificación cada uno por separado. Se desprende la idea, explicitada por el autor, de que la pena no cumple una sola función sino que tiene funciones que se subordinan; más bien se trata de la afirmación de que la pena cumple funciones diversas, según sea el momento en que se aplique; así - y según la tesis de Roxin, al momento de la conminación penal, será decisiva la idea preventivo-general; al tiempo de la imposición y medición, se refuerza dicha prevención y llegado el caso de la ejecución, la pena se orienta a la prevención especial.

Se podría reconocer al Derecho Penal una misión filosóficamente más modesta, pero social y política más importante: proteger aquellos bienes jurídicos que resultan indispensables para el desarrollo de la vida colectiva, bajo el prisma de su carácter fragmentario o de última ratio del sistema de control social.

El castigo en el momento de la punición, cumple una doble función:

a) Castigar para prevenir la futura comisión de delitos por parte de la comunidad y el infractor. En cuanto al infractor al infractor, por que la aplicación del castigo que antes se anunciaba como expectativa, cumple, según la teoría psicoanalítica, la función de motivar a la abstención futura de la misma conducta; b) la concreción del castigo sirve para satisfacer una necesidad social de justicia o de que la justicia se aplica y en este sentido la pena es una retribución que se entiende como justa por la comunidad y a veces por el propio infractor.

Consideramos que la pena es justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida. La retribución es una idea universal firmemente arraigada en la conciencia colectiva que reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza en la masa del pueblo el sentido de justicia y da a la represión penal un tono moral que la eleva y ennoblece.

La pena es siempre retribución. No importa que aspire a una función de prevención general alejando del delito a los miembros de la colectividad por miedo al sufrimiento que inflige o que se proponga la reforma del penado, no obstante estas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo. La retribución no es venganza encubierta, sus fines son amplios y elevados, mantener el orden y equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que pueden ser reales y tangibles.

La pena no debe limitarse de modo exclusivo a una mera función retributiva, debe aspirar a la realización de fines prácticos, en particular a la prevención del delito. Debe realizar estos fines: a) Obrar sobre el delincuente creando en el temor al sufrimiento que contiene, motivos que le aparten del delito en el porvenir, y sobre todo como finalidad preponderante aspirar cuando son posibles y necesarias, a su reforma y reincorporación a la vida social.

Si el delincuente es insensible a la intimidación y no es susceptible de reforma, la pena debe procurar su separación de la comunidad social. En los casos precedentes la pena realiza una función de prevención especial.

b) Obrar sobre la colectividad, sobre los hombres observadores de la ley mostrándoles las consecuencias de la conducta criminal, vigorizando así su respeto a la legalidad y asimismo sobre los individuos de débil temple moral creando en ellos, por razones de conveniencia, motivos de inhibición para el porvenir.

El Estado moderno no castiga no se venga, sino que reafirma aquellas exigencias jurídicas que sirven de base para una armónica convivencia social que el Estado debe tutelar reprimiendo al delicto, castigando al reo de proporción a su culpa. La función de la punición es la reafirmación simbólica de la idea de justicia en la conciencia social: el que la hace la paga.

La punición es retributiva, es decir, una reacción justa y no una venganza desproporcionada, por la contradicción en sus términos no la consiente y por que cuando se habla de punición se habla del poder judicial, único órgano llamado a aplicarla: el juez se funda en la ley, la ley en la idea de proporción y esta en la idea de justicia. La justicia es la expresión de una relación entre dos términos que se deben equilibrar entre sí. La punición es la expresión de una justicia que se funda en un momento racional, en contraste con el momento pasional de la venganza.

A fin de que la punición retributiva no se convierta en un castigo injusto y desproporcionado, debe adecuarse a la culpabilidad del sujeto activo, porque la naturaleza de la culpa determina la naturaleza de la pena. Por ello afirmamos que con el objeto de que la pena sea racionalmente justificada, el hombre que delinque debe sentirla.

Para dar una conclusión sobre estas teorías se podrían tomar dos vertientes que serían proponer una nueva teoría sobre la función de la pena o allanarse a alguna de las ya existentes. Pero ante la tremenda dificultad que representaría la primera vertiente, no queda otra que definir mi postura ante las posibilidades ya existentes.

Primero consideraría que la función de la pena no puede nunca verse separada de la función del Estado. Esto es que no existe una idea absoluta, inmutable, de la función de la pena que pueda aplicarse a cualquier sociedad en cualquier periodo de la historia. Este sería un planteamiento metafísico. De este modo, toda teoría de la función de la pena que no parta del análisis de la función del Estado, estará condenada al fracaso.

Dentro del marco jurídico y partiendo de la constitución política y de la codificación penal el Estado Mexicano responde a la imagen del Estado social y democrático de Derecho. Las garantías individuales, tan celosas al Estado Liberal, son reconocidas por el Estado Mexicano. La defensa de los particulares frente al poder punitivo del Estado, queda consignada en los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23. Pero junto a ellos, coexisten garantías de tipo social, como las que consignan los artículos 3, 27, y 123 de la propia Constitución. Sin justificar la democracia de forma, esta también aparece consignada en algunos artículos constitucionales y muy particularmente en el capítulo de división de poderes. Así las cosas y en el ámbito de la función de la pena, creo que en lo general el Estado Mexicano sólo ha tratado de responder a la imagen del Estado social y democrático de Derecho.

Dadas las características del Estado Mexicano, sería imposible tomar partido por las teorías absolutas o relativas, difícil aunque en menor grado sería aceptar las teorías de la unión. Así las cosas creo que la teoría más acertada es la de Claud Roxin, puesto que la verdad es que la pena no es ni sólo retribución, ni sólo prevención, ni las dos cosas unidas, es las tres cosas, pero en diferente momento, sin que esto signifique que no se encuentran armónicamente relacionados, es decir, siendo lo uno consecuencia de lo otro. Concluyendo la función de la pena no puede comprenderse sólo viendo partes del fenómeno, sino que requiere de una visión global, sin perjuicio de descomponerla después para observar sus características particulares.

Así aceptamos totalmente la teoría de Roxin, que no creo necesario repetir, aun cuando con una salvedad, en la cual concordamos con Mir. Puig. Creo que a la luz del Derecho Penal Mexicano, tanto estatal como federal, se puede extraer que nuestro derecho y concretamente en el momento judicial de la pena no sólo debe cumplir funciones de Prevención General y Retribución, como señala Roxin sino también la de Prevención Especial, como lo afirma Mir. Puig.

Según mi opinión esto deviene del artículo 52, del Código Penal para el Distrito Federal, el cual es relativo a la aplicación de sanciones, en donde se lee que para la imposición de la sanción entre otras cosas, el juez deberá tomar en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado.

Es de señalarse que antes de la reforma de este artículo se incluía los términos mayor o menor peligrosidad del delincuente. Lo que ocasionaba que dichos vocablos tuviesen un inequívoco sentido de referencia al futuro, es decir estar aludiendo a la mayor o menor posibilidad de que un determinado sujeto, en este caso el condenado, vuelva a cometer un delito futuro. De ahí que no pueda más que concluirse que, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, el Juez, al dictar su sentencia no puede sólo ver el pasado RETRIBUCIÓN sino también visualizar el futuro PREVENCIÓN ESPECIAL. Es evidente que eso constituía una violación al principio de la retribución, según la cual la prevención debe tener como límite la culpabilidad del delincuente (proporción entre el acto y la pena sin atender a otras posibilidades), pero en este caso encuentra su justificación en principios de política criminal (tu pena no es sólo proporcional con el delito que cometiste; también atiende a la posibilidad de que vuelva a causar daño), sin que ello signifique que la prevención pueda exagerarse en perjuicio del individuo, ya que el Juez no puede sobrepasar los mínimos y máximos de pena que previamente fijo el Legislador.

En este sentido podemos concluir que en el derecho positivo mexicano la pena atiende, en el momento Legislativo, a la prevención general; en el momento Judicial, a las prevenciones general y especial, así como a la retribución y, en el momento Ejecutivo a la prevención especial.

D) Substitutivos penales

Teniendo en cuenta la ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los delincuentes se imponen, con un urgencia, la búsqueda de otras alternativas y la revitalización de programas ya vigentes para ser acometidos en todos los niveles del sistema penal; en la etapa anterior al juicio, durante la tramitación del proceso, previo al dictado de la sentencia y después de la imposición de una pena de prisión.

En virtud de esto me atrevo a proponer a que sean utilizadas tres penas que están contempladas desde 1984 en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la Republica en materia de fuero federal, como penas autónomas o principales, sustitutivas de la pena privativa de libertad breve, que aparece con frecuencia en dicho código y en múltiples ordenamientos penales federales.

La doctrina moderna en todo el mundo, México incluido, se ha mostrado contraria a las penas cortas de prisión, ya que no sirven para la resocialización (por mandato constitucional ese debe ser el fin de todas las penas) y sólo sirven para el contagio criminal. En la exposición de motivos de la reforma que se hizo al Código Penal a fines de 1983 para integrar las penas sustitutivas de la prisión, se dijo entonces que las penas cortas de prisión no tenían eficacia intimidante y que en razón de su brevedad rara vez permiten la readaptación social del sujeto, y si en cambio, dañan irreparablemente al individuo y a la propiedad sociedad.

Así mencionaremos las ventajas que cada una de estas penas sustitutivas de la pena de prisión, ofrecen al reo, y a la sociedad.

El trabajo a favor de la comunidad. Encontramos en nuestro derecho penal vigente al y trabajo de la comunidad como sustitutivo de la multa insatisfecha o de la prisión que no exceda de cinco años. Evidentemente, no se trata de una pena de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia al reo, directamente, y también de modo directo a la sociedad. Los límites mínimo y máximo son 36 y 936 horas, calculando que si el sentenciado las cumple en el tiempo máximo que permite la Ley Federal del Trabajo tres horas por día y máximo tres días por semana le puede llevar desde 30 días hasta dos años.

Se insiste en que esta pena no deberá afectar la subsistencia del reo y de sus dependientes económicos, que no resultará nunca excesivo el trabajo impuesto (ya que se respetará el límite máximo que para la jornada de trabajo extraordinaria dispone la Ley Federal del Trabajo), y no se desarrollará bajo ningún concepto, en condiciones que pudieran ser degradantes o humillantes para el sentenciado.

Aunque es obvio que este trabajo se desarrollará sólo en instituciones educativas o asistenciales, gratuitamente, no está por demás señalar que el tercer párrafo del artículo 5° constitucional prohíbe la imposición de trabajos personales sin la justa retribución y sin pleno consentimiento del interesado, pero hace expresa salvedad del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual dispone, se ajustará a lo dispuesto en materia de duración de la jornada laboral, por el artículo 123 de la propia Ley Suprema. Por otra parte, el artículo 18 constitucional establece la vinculación entre el trabajo y la readaptación social, al entender que aquél es un medio para alcanzar ésta.

Por trabajo en beneficio de la comunidad se entiende aquel prestado a instituciones públicas o entidades privadas de carácter asistencial, beneficio, cultural o recreativo. La variedad de trabajos que pueden realizarse es enorme: limpieza de áreas, reforestación, ayuda en centros de ancianos o de huérfanos, en hospitales públicos, de compañía a enfermos, restauración de excavaciones arqueológicas o edificios históricos, arreglo de jardines públicos, trabajos de reparación o mantenimiento en instituciones de asistencia social. Se suele citar por su originalidad el caso de una mujer cuya pena consistió en tocar el piano hasta acumular 100 horas en hogares de jubilados. Las posibilidades son inmensas, sólo se requiere habilidad e ingenio del funcionario encargado de conseguir los lugares donde haga falta ayuda, y luego repartir a los sentenciados al lugar donde mejor puedan realizar su labor.

En cuanto a la obligación positiva de realización de un trabajo, esta sanción establece las exigencias de prevención general, ya que en definitiva contiene indirectamente una reducción de las horas libres, con lo que intimida suficientemente a la generalidad para que eviten ciertas conductas no graves, pero sí castigadas.

El tratamiento en libertad. También se le conoce por "libertad bajo tratamiento". Esta pena apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora. La institución no consiste simplemente en el trabajo a favor de la comunidad sino que deberá complementarse con otras medidas para su readaptación social, aconsejadas por los mismos técnicos que trabajan en readaptación social u otros designados y adiestrados por el Poder Judicial. Se trata de observar las dificultades individuales y sociales (familiares y labores fundamentalmente) auxiliarlo o colaborar con ellos e implementar un tratamiento. Los límites mínimo y máximo para la aplicación de esta pena son treinta días y dos años.

Respecto al tratamiento en libertad el Doctor García Ramírez, indica que "se había incurrido en el contrasentido de que la autoridad ejecutora de sanciones tuviera la facultad legal de convertir la prisión del sentenciado en tratamiento en libertad o en semilibertad, en tanto que el juez carecía de capacidad jurídica para hacer lo mismo en forma directa"⁷⁶.

Constantemente se ha criticado la idea del tratamiento, o sea, la "teoría que pretende asimilar la pena a un 'tratamiento' terapéutico y someter a las supuestas necesidades de ese 'tratamiento', sin guardar relación con la magnitud del delito".⁷⁷

La semilibertad. Esta pena implica la alternación de periodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento. Las modalidades son diferentes, puede ser, conforme a las circunstancias, que el condenado trabaje en libertad durante el día y se recluya nocturnamente o que se encuentre en libertad en el transcurso de la semana y se recluya los fines de semana o viceversa (que esté en libertad durante el fin de semana y se recluya durante ésta).

La institución permite que el individuo pueda trabajar en libertad ya que la pena se cumpliría durante horas de la noche, y de esta forma no pierde su fuente laboral y puede ayudar a su familia, fortaleciendo el vínculo con la misma. La sanción con otra posibilidad, más generosa que la anterior, es que durante toda la semana permanezca con su familia, día y noche, pudiendo hacer trabajos en libertad y la reclusión sólo sería durante el fin de semana o viceversa. Las penas fluctúan entre treinta días y un año.

Este instituto que nos ocupa se encuentra previsto en la Ley de Normas Mínimas como forma de tratamiento preliberacional. Es decir, que la semilibertad está contemplada y se ha puesto en marcha en la última etapa en el régimen progresivo de tratamiento.

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, La Reforma penal sustantiva, en justicia y reformas legales, Cuadernos del INACIPE, número 14, México, 1985, p. 277.

⁷⁷ ZAFFARONI, Raúl, Sistemas penales y Derechos Humanos en América Latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, DePalma, Argentina, 1986, p. 201.

Ventajas. El aspecto positivo de las instituciones que nos ocupan es que:

- I. Permiten al individuo permanecer en sociedad con su familia, no perder su trabajo y reparar el daño,
- II. No utilizan la cárcel y en consecuencia se evita el hacinamiento en la misma, y los gastos de su mantenimiento,
- III. Cambia la imagen que tiene la sociedad sobre los que infringen normas penales, al comprobarse que no son forzosamente individuos "negativos" sino recuperables socialmente,
- IV. Impide el aislamiento producido en la prisión y el permite al infractor continuar en la sociedad realizando las tareas normales a que está acostumbrado,
- V. Para los que están acostumbrados a la vieja frase de pagar la deuda con la sociedad, estas penas hacen esa idea tangible.

Una vez que el delito tenga conminada una de estas tres nuevas etapas que comentamos como pena principal tiene como consecuencia que el acusado no vaya a dar a prisión mientras el proceso se lleva al cabo, ya que el artículo 18 de la Constitución indica que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva.

Estas penas principales se enmarcan en la actual tendencia política criminal que pretende limitar el ámbito de aplicación de la pena privativa de libertad ampliando el catálogo de penas que permitan una mejor integración social del condenado, atendiendo a la vez a la restitución a la víctima y a la sociedad por la infracción realizada.

Para imponerlas únicamente deberá tomarse en cuenta:

Que el estado de salud del sujeto no excluya un trabajo de esa clase.

Que tenga el sujeto domicilio fijo y un horario laboral compatible con los horarios del trabajo comunitario.

Que por sus obligaciones familiares no tenga impedimento para realizar el citado trabajo.

Es evidente que la adopción de estas nuevas penas, que son un poco distintas a las tradicionales, requiere una reglamentación específica que garantice su aplicabilidad y que previamente debe llevarse al cabo el estudio de sus ventajas, inconvenientes y recursos necesarios. Pero la organización operativa presenta menor complejidad que la de una institución penitenciaria. Lo que ocurre es que tenemos mayor experiencia sobre el funcionamiento de instituciones de internamiento.

CAPITULO QUINTO

V. LA CRISIS DE LA PRISIÓN

En la actualidad es imposible hablar de prisión sin pronunciar la palabra crisis. La reincidencia, la sobrepoblación, corrupción, fugas y motines han contribuido a crear una atmósfera de desilusión y desesperación creciente, lo cual alarma a la población y a los directivos de las instituciones de prevención y de pena.

No hay semana en que no tengamos noticias, a través de los medios masivos de comunicación, sobre un problema en alguna cárcel nacional o extranjera. En las últimas décadas, muchas han sido las personas que han pugnado por la desaparición total o parcial de la pena privativa de la libertad en prisión, debido a los resultados deplorables obtenidos en su finalidad de readaptar al individuo que ha cometido un ilícito.

Consideramos que la crisis de la prisión en nuestro país se debe a que nuestro derecho penal esta enfermo, ¿de que?, pues siguiendo el criterio del maestro Rodríguez Manzanera al establecer que el "Derecho penal está enfermo de pena de prisión".⁷⁸

Es un hecho que la crisis carcelaria ha existido en toda y cada una de las afamadas prisiones que han existido y existen en nuestro país, ya que inclusive las llamadas cárceles de alta seguridad, no lo son porque inclusive en estas prisiones se fugan delincuentes considerados peligrosos, como ejemplo tenemos la reciente fuga del llamado Joaquín Loera Guzmán alias Chapo Guzmán, peligroso narcotraficante.

Si la policía es el Estado en la calle, de acuerdo con la sentencia napoleónica, las cárceles serían el Estado tras las rejas. En otros términos, dime que cárceles tienes y te diré que tipo de Estado y sistema de seguridad pública padeces. El analista francés del poder, Michel Foucault, desnudo en diversos estudios la relación entre tipo de Estado y el régimen carcelario. Al igual que una escuela, cuartel u hospital reproduce en su interior formas específicas de socialización del poder, es decir se enseñan diversas formas de ejercicio del poder, las prisiones reproducen las pautas más descarnadas y primitivas del dominio de un hombre sobre otro.

⁷⁸ Rodríguez Manzanera, Luis, *Penología*, Op. cit. p. 217

En las prisiones el poder se reproduce como instinto primario a través de la segregación, la discriminación y el exterminio. La segmentación de la sociedad, su inevitable división en clases, se proyecta y practica en las cárceles actuales como en ningún otro lado. El modelo no es la libertad, la igualdad o la justicia, sino la opresión, la jerarquía y la dominación primarias.

De conformidad con la premisa de Foucault, una forma de Estado decadente como el régimen de la presidencia imperial, que desde hace décadas buscamos reformar, jamás podría tener cárceles modelo de readaptación. Concebidas como centros de integración social, es decir, de transformación de las personas que han cometido un delito, las cárceles mexicanas se han convertido en centros de delincuencia a la alta escuela. Lejos de transformar a los internos en gente honrada, las prisiones sirven para fabricar nuevos criminales o para hundirlos todavía más en la delincuencia. Esta es la parte más profunda de la crisis carcelaria que padece nuestro país, cuya manifestación más superficial es la fuga hormiga de reclusos que se ha dado en los últimos meses, con el ya mencionado "Chapo Guzmán" a la cabeza.

"No esta por demás hacer una glosa de los rasgos relevantes de las prisiones mexicanas. Siete de cada diez delitos de la delincuencia organizada se planean, diseñan y operan desde las cárceles".⁷⁹

"La reincidencia de los ex convictos se ha duplicado. Seis de cada diez delincuentes aprendidos tienen antecedentes penales o fueron policías".⁸⁰

La estancia en las prisiones como hemos en el desarrollo de este tema a tenido un costo económico, y en la actualidad este costo continua pero encareciéndose día con día, por todo se cobra, desde no hacer la fajina hasta la visita conyugal, lo que ha convertido a los penales en los hoteles más caros del país. Los empleos formales están vedados para un exconvicto. Un primo delincuente que había ingresado al penal por asalto a un camión repartidor de huevos, al salir ya tenía trabajo seguro: asaltar camiones de tiendas departamentales.

⁷⁹ MONREAL AVILA, Ricardo. "La crisis de la prisión", La Prensa, viernes 23 de febrero de 2001, p. 7.

⁸⁰ Idem.

La sobrepoblación de las cárceles, la escasez de funcionarios profesionales en la administración y custodia, así como la lentitud de los procesos judiciales que mantiene a buena parte de la población reclusa sin condena, agrava estas bombas de tiempo que son las prisiones.

Para combatir la sobrepoblación penitenciaria el gobierno del distrito federal pretende poner en práctica "preliberaciones, traslados de internos federales y agilización de procesos judiciales, es el programa de reconversión penitenciaria que próximamente se pondrá en marcha.

Se tienen informes de que actualmente hay 22,074 internos de los cuales el 96 por ciento son hombre y el 4 por ciento mujeres. Tan sólo el crecimiento de la población registro un incremento del 23 por ciento entre 1998 y el 2000.

Y es que en 1998 el número de internos era de 13,857; un año después aumento a 17,155; en el 2000 ascendió a 22,074".⁸¹

Se podría pensar que para terminar con el problema de la sobrepoblación, se tendría que construir mejores y más prisiones, pero por el contrario esto empeoraría la crisis actual. Es necesario instrumentar una reforma carcelaria de fondo. La creación de más y mejores empleos para la juventud es un factor estructural.

La profesionalización de los sistemas de seguridad pública es otra de las prioridades preventivas. Reducir la impunidad y la tolerancia por la comisión de delitos es otro de los factores poderosos para reducir la inseguridad y, en esta medida la presión sobre el sistema carcelario. Para depurar el sistema carcelario que ya tenemos, es necesario reclasificar y reubicar a los reos por su grado de violencia; crear un sistema laboral especial para los exconvictos; desahogar el rezago judicial; profesionalizar y mejorar el ingreso de los custodios; y probar sistemas alternos de reclusión que se orienten a la integración social más que a la segregación de los reclusos. Es necesario para las cárceles contemplar su reforma y revisión integrales.

⁸¹ SAUCEDO, Joel. "Sobrepoblación en la prisión", El Sol de México, viernes 26 de enero de 2001, p. 22

A) Defectos de la Prisión

"La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora; con régimen del silencio disocia y embrutece; con trabajos forzados aniquila físicamente, y, sin trabajo destroza moralmente"⁶².

"La prisión, pena relativamente reciente en el sentido estricto, se ha contaminado en todos los defectos de las penas del pasado y no ha acogido una sola de las ventajas que pudiera ofrecerle el progreso de los estudios penales, como una pena del futuro; es decir, ha ahondado cuanto lograra deshumanizarla y ha desafiado cualquier corriente humanista que tratara de vigorizarla y de ennoblecerla"⁶³.

Los defectos de la prisión son demasiado notables, que en todas partes del mundo se intentan nuevos medios para cambiar su imagen, así, se trata de incluir salidas transitorias para trabajar y seguir estudios y buscar salidas especiales, centros de tratamiento comunitario, hogares de transición, tratamiento especial y separación para enfermos y drogadictos, programas de prelibertad, tratamiento diferencial, manejo de casos, etcétera.

La prisión en todas sus formas es depresiva, y tal vez el costo de esto lo paga principalmente el sustento de la sociedad que es la familia ya que lo disuelve totalmente y daña seriamente, convirtiéndose en una pena que deja profunda huella, pues conlleva bastante sufrimiento a los seres queridos del reo.

Pero en definitiva se podría considerar que uno de sus defectos principales es que es una pena antieconómica y muy cara: "cara en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento y personal; antieconómica porque el sujeto no es productivo y deja en el abandono material a la familia"⁶⁴.

⁶² Rodríguez Manzanera, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión, Editorial Porrúa, México, 1998, p. 2

⁶³ Cita que aparece en la obra, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión, por Luis Rodríguez Manzanera, p. Editorial Porrúa, México, 1998, p. 1

⁶⁴ Rodríguez Manzanera, Luis, Penología, Op. Cit. p. 218

El autor Julio Altman Smithe escribió "que en la prisión se da un ambiente antinatural; se separa al preso de sus familiares y amigos, se le hace olvidar su medio habitual, se le da forzada compañía con sujetos peores; se le somete a sistemas opresivos, etc. La acción de la cárcel es, pues, nefasta para el interno, por lo que se vuelve remota la posibilidad de readaptarse. ¡Cómo es posible hacer sociales a los antisociales, si se les disocia de la comunidad cívica y se les asocia con otros antisociales!"⁶⁵

Para el maestro Raúl Carranca y Rivas "la psicología carcelaria no sólo se ubica en el terreno del recluso. Los especialistas en la materia han constatado, desde hace mucho tiempo, que son casi siempre nefastos los contactos prácticamente inevitables entre prisioneros. Si tomamos dos reclusos la regla casi nunca falla: el mejor se contamina sin que el peor se mejore. El mecanismo de dicha regla es inherente, en realidad, a la cárcel misma".⁶⁶

"Sabemos que la cárcel no sólo no transforma, sino que destruye a los detenidos y a sus familiares. Sabemos por experiencia que sobre 10 reincidentes, al menos seis estarán de nuevo en problemas después de cinco años. Sabemos también que, con prisión o sin ella, la delincuencia se verá redoblada en el espacio de un decenio. De ahí el sentimiento de inutilidad de las cárceles".⁶⁷

"Otros efectos indeseables de la prisión son la prisionalización y la estigmatización. Por prisionalización se entiende una adaptación a la prisión, un adoptar las costumbres, el lenguaje, en una palabra, la subcultura carcelaria (el término fue acuñado por Donald Oemmer en 1940). Por estigmatización se interpreta el hecho de marcar a un sujeto, desacreditándolo y haciéndolo indigno de confianza, lo que le atrae la repulsa social, el aislamiento, el antagonismo".⁶⁸

⁶⁵ Altman Smithe, Julio, "¿Deben suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión?", Revista Criminalia, números 7 y 8 julio y agosto de 1973, México, p. 214.

⁶⁶ Carranca Y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario Cárcel y Penas en México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1981, p. 556.

⁶⁷ OJEDA VELASQUEZ, Jorge, Derecho Punitivo, Op. Cit. p. 264.

⁶⁸ Rodríguez Manzanera, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión, Op. Cit., p. 2

Como se observa la prisión desde siempre ha alterado a la sociedad al grado de trastornar a su base que es la familia, ya que el reo cada vez con mayor frecuencia y fuerza se adecua a la subcultura carcelaria que es una desgracia, ya que definitivamente el recluso se prisionaliza o termina por aislarse de toda sociedad.

Entonces toda prisionalización se inicia desde que la persona ingresa a la cárcel y ahí se desarrolla una metamorfosis del mismo y lo cambia radicalmente en su percepción de tiempo espacio, sometiéndolo a un intenso y amargo stress, lo que tiene como consecuencia que se adapte muy rápido a la prisión, ocasionando un grave deterioro mental.

Este proceso inicia con la pérdida del reo de su entorno social, una sorprendente despersonalización, el convertirse en una ficha, el aprender nuevas formas de vida y conducta, como son la vestimenta, horarios, sexualidad, comida. Es de señalarse que el reo pierde inmediatamente toda privacidad, toda libertad y propiedad.

El tener una estancia como recluso en una prisión es igual adoptar una marca de por vida que es visible para toda la sociedad, lo impide prácticamente una correcta adaptación a la plena libertad, lo que ocasiona que el reo desvíe su conducta de acuerdo a la marca que se le ha implantado.

Así que la estigmatización es un hecho, y puede considerarse que prisionalización y estigma se unen para facilitar un mandato ancestral que siempre se cumple, el estereotipo criminal y la reincidencia.

Siempre se han denominado a todas las prisiones como universidades del crimen, ya que es un hecho que la enseñanza y el aprendizaje del delito van de la mano, esto se da por el contagio criminal por el contacto permanente con otros maestros del crimen que son profesionales y de elevada peligrosidad. Así el que no era antisocial se convierte en tal y el que ya lo era se perfecciona plenamente.

La prisión es el centro ideal de toda agrupación criminal, ya que recordemos que por ejemplo grandes narcotraficantes operan desde las prisiones y crean asociaciones e inclusive imperios del crimen donde supuestamente se deberían readaptar. Es obvio que este es un grandísimo defecto de toda prisión.

De lo expresado anteriormente Neuman e Irurzun explican "los grupos carcelarios presentan características de una comunidad cerrada, aislada, nivelada por la desgracia. Es previsible, entonces, que sus normas sean estáticas, sagradas, exclusivistas y proteccionistas, dada su génesis intracarcelaria. Esta hipótesis no se encuentra desvirtuada por las normas extracarcelarias de que sean portadores, puesto que, inevitablemente, sufrirán un proceso de condicionamiento impuesto por el medio".⁸⁹

Es un hecho que la sociedad y la prisión son dos entes que el estado regula y los cuales son diferentes y por lo consiguiente totalmente contradictorias.

El sistema para llegar a prisión es altamente selectivo, pues llegan principalmente los más desamparados tanto económica como socialmente, los que no tienen las llamadas palancas con funcionarios, los que ignoran las leyes y los derechos que tienen como ciudadano, los pobres que no tienen recursos para pagar una defensa adecuada y lo que es dramático, no pueden pagar una fianza, al respecto el día 16 de abril del año 2001 se publica en un periódico de circulación nacional el siguiente artículo " Pobres y en la cárcel; 30% recluso por delitos menores. El cual consideramos importante aportar a este trabajo: Cuando se junta el dolor y la miseria, la desgracia llega a los más pobres, ya que de los internos que hay en los tres reclusorios y el penal de Santa Martha, aproximadamente 30 por ciento de ellos se encuentra recluso por delitos menores, es decir, por robarse un pan o algún alimento para llevarse a sus familiares, quienes, desesperados, ahora buscan la forma de obtener unas monedas para pagar la fianza; no importa que sea pidiendo limosna en las calles.

⁸⁹ NEUMAN, ELIAS; Irurzun Victor, La Sociedad Carcelaria. Aspectos penológicos, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1975, p. 104.

Lo principal es que su consanguíneo salga de la prisión, en la cual se encuentra prácticamente hacinados debido a la alarmante sobre población que existe en los centros de reclusión, donde casi los mantienen como "animales" en una jaula, toda vez que en una celda en la que tendrían que estar tres internos, en ocasiones hay ahí hasta 13 presos, de los cuales los más pobres deben "dormir" en el suelo, o en su caso contrario alquilar una colchoneta, la cual es cobrada por otros presos en 10 pesos diarios.

El dolor ante su miseria se acrecienta aún más cuando los pequeños piden aunque sea una migaja de pan para poderse la llevar a la boca, pero desgraciadamente es imposible, toda vez que la falta de empleo causó que el padre de familia, desesperado, robara, sin importarle que se aplicara la "injusticia", dejando en total abandono a sus hijos, mientras que los delincuentes en potencia al pagar una fianza obtienen su libertad para volver a las "andadas".

Principalmente se trata de gente que ante la falta de trabajo que le permita obtener recursos económicos, "se están muriendo de hambre".⁹⁰

La tragedia de los pobres va más allá de lo imaginable, ya que después de traspasar las gruesas puertas de metal del penal, tienen que convivir con delincuentes de alta peligrosidad, además de que al no tener dinero y pagar para no hacer la famosa fajina, son golpeados y humillados, y es cuando su sudor se mezcla con la sangre.

De lo expresado anteriormente nos unimos al criterio del Maestro Rodríguez Manzanera al considerar que "de las sentencias de cárcel apenas consiguen su objetivo en última instancia, a saber, la rehabilitación social, y de que, por lo general, pueden agravar aun más el problema de la delincuencia. Por lo tanto, constituyen una respuesta social y jurídica inadecuada, no funcional y extraordinariamente costosa al problema de la delincuencia".⁹¹

⁹⁰ MACIAS, Raúl. "Miseria en la cárcel", El Sol de México, 16 de abril de 2001, p. 2

⁹¹ Rodríguez Manzanera, Luis, La Crisis Penitenciaria y los Substitutos de la Prisión. Op. Cit, p. 4

De ahí los notorios defectos de la prisión, ya que se piensa que recluyen a delincuentes se garantiza la seguridad de la sociedad, pero es importante que esta se de cuenta que esta protección es momentánea, asimismo que se de cuenta del inminente peligro social que representa un preso liberado.

B) Pena Larga y corta de prisión.

Como establece la historia, desde el siglo XVIII se aplicaron en casi toda la humanidad las penas privativas de libertad, mientras fueron desapareciendo las corporales y disminuyéndose la de muerte, al mismo tiempo que quedaban con escasas aplicación las restrictivas de libertad y las pecuniarias. Contrastando con los sistemas penales del antiguo régimen, de aspecto pintoresco, los contemporáneos se caracterizan por su gran uniformidad y monotonía.

Cumpléndose casi un centenario, de este monopolio de los castigos penitenciarios, comenzó a someterse a revisión por los estudiosos tratadistas, cuyas aportaciones sobre este tema han tenido amplios resultados en el campo de la legislación. Han dado base los modernos estudios criminológicos al distinguir clases de delincuentes, de donde surgió la crítica del tratamiento uniforme a todos y la propuesta de variedad de medios para una actuación eficaz sobre cada una de aquéllas. Y han sido blanco de las censuras tanto las penas privativas de libertad demasiado largas como las demasiado cortas.

Penas Largas.- "En el antiguo régimen las privativas de libertad no se extendieron normalmente más de los diez años. Este era el límite impuesto a la de galeras, por considerarse que después de este tiempo la aptitud de galeote para el duro servicio se encontraba notablemente disminuida. Sustituida la galera, subsistió el tope, ahora ya por móviles humanos, como vemos en la pragmática de 1771: Para evitar el total aburrimiento y desesperación de los que se viesan sujetos a un interminable sufrimiento. Ha de advertirse que todavía en aquella época se aplicaba la pena de muerte con la suficiente profusión para no

sentirse la necesidad de las penas perpetuas ni las de duración superior a los diez años . La campaña contra la pena de muerte y la idea retribucionista dominante trajeron consigo las penas perpetuas. No se podía suprimir la de muerte sin ocasionar grandes alarmas y dar la impresión de que la justicia de que la Justicia criminal quedaba debilitada con exceso a no ser que se colocara en su lugar un equivalente en su lugar un equivalente: una sanción que, en vez de enviar al condenado al cementerio , lo remitiera al sepulcro de seres vivos que es la prisión a perpetuidad. Contribuyó a ello la idea retribucionista, pues hay delitos productores de daños irreparables y sólo pueden ser pagados con castigos de igual naturaleza. El correccionalismo, en cambio, combatió eficazmente la pena perpetua, renuncia a todo intento para readaptar al condenado a la vida social. Y, finalmente, adoptadas por la dirección moderna las medidas de seguridad por tiempo indeterminado con un mínimo elevado, se pensó en ellas para sustituir las penas detentivas de larga duración, ya que las primeras venían a cumplir el objetivo eliminatorio, dejando una puerta abierta a la esperanza de corrección o permitiendo la humanitaria libertad en los últimos años de la vida del penado cuando la ancianidad ha disminuido o suprimido la peligrosidad. Tal es el remedio que en la Comisión del Reichstag dictaminadora sobre el proyecto de Código penal de 1930 propuso Von Kahl para sustituir la pena de muerte. Finalmente también ha conspirado contra las sanciones carcelarias largas el recrudescimiento de la pena de muerte. Pues si se destinaba este castigo a los crímenes más graves, aquéllas eran ya innecesarias. Esta relación entre la pena capital y las de larga duración debe recordarnos el peligro de que la cesación de las últimas tenga por consecuencia el auge de la primera".⁹²

Como se observa "la prisión es la expulsión del grupo; es el destierro a un país peor que el que existe fuera de la prisión".⁹³

⁹² ANTÓN ONECA, José, Derecho Penal, Ediciones AKAL, Madrid, España, Segunda Edición, 1986, p. p. 556 y 557

⁹³ MORRIS, Noval, "La Evolución de la Prisión". en Penología, Universidad de Carabob, Venezuela, 1972, p. 18.

La pena larga de prisión se transforma únicamente en una simple eliminación del condenado, siendo inútil cualquier esfuerzo por reintegrarlo a la sociedad.

Pena Corta.-“Es error grandísimo escribió Florián y causa de múltiples daños el imponer a todos los delincuentes la pena de encarcelamiento y el acumular en las cárceles, aunque sea por breves días, a personas honradas junto con individuos prejuizados y endurecidos en el delito. Aparte del peligro del contacto y la vergüenza de la cárcel, que no se borra fácilmente, que exaspera el ánimo, como notaba Von Liszt, las penas breves de encarcelamiento no sólo no son útiles sino que perjudican al ordenamiento jurídico mucho más que la impunidad. Por éstas y otras razones obvias resulta completamente legítima la cruzada que autores preclaros desde hace tiempo han emprendido contra las penas breves de encarcelamiento, denunciando sus vicios y tratando de buscar sus remedios”.⁹⁴

Siguiendo con este interminable ataque a la pena corta de prisión por los estudiosos del Derecho es conveniente aportar a este trabajo la consideración de Cuello Calon que manifiesta “Los reproches lanzados contra estas son muy numerosos: su incapacidad para ejercer un influjo educativo sobre el penado, su carencia de eficacia intimidativa en particular sobre los delincuentes endurecidos, hacer perder al condenado su ocupación y exponer a su familia a la miseria, ser caras en exceso, falta en los establecimientos donde se cumplen de instalación adecuada, constituir un grave obstáculo para la rehabilitación del penado por el estigma que la prisión deja en el liberado y ser un formidable agente de corrupción por el contacto con criminales habituales profundamente pervertidos”.⁹⁵

⁹⁴ Cita que aparece en la obra, Carranza y Rivas, Raúl, Derecho Penitenciario Cárcel y Penas en México, Op. Cit. p. 345.

⁹⁵ CUELLO CALON, Eugenio, La Moderna Penología, Op. Cit. p. 586.

Así consideramos que las penas cortas de prisión son aquellas que de ninguna manera permiten, "por su breve duración, límite de tiempo y aplicación lograr la intimidación individual, la enmienda y readaptación, o en su caso la eliminación del delincuente. Pueden considerarse como "el talón de Aquiles" del sistema penal moderno".⁹⁶

Es un hecho evidente que las penas cortas de prisión tienen una inmensa masa de desventajas para el Estado y para la sociedad, ya que son: en exceso caras, no permiten readaptación alguna, no tiene alguna fuerza intimidatoria para los delincuentes que se encuentran totalmente habituados a estar un tiempo breve en la cárcel, ya que saben que pronto saldrán y que pronto regresarán, y lo que es peor que el delincuente primario lo único que obtendrá es una capacitación para convertirse en un delincuente en potencia, entonces ¿esta pena da algún beneficio al Estado o a la sociedad?

C) La crisis de la justicia.

Es indiscutible que en México se padece un incremento en los hechos delictivos atribuibles a la delincuencia ordinaria, cafetera, convertida ahora en lo que algunos autores han llamado delincuencia masiva. Es el caso del robo a transeúntes, a casa habitación, a negociaciones, a repartidores de mercancías y autos. Pero hay también un incremento significativo, por el monto del producto obtenido, en los denominados delitos de cuellos blancos, cometidos muchas veces con mecanismos sofisticados de defraudación, por ejemplo, a través de computadoras, del uso y falsificación de tarjetas y otros instrumentos de crédito, de medios electrónicos o mediante el engaño a grupos sociales, muchos de ellos de escasos recursos.

Por ejemplo, "El incremento promedio del índice de los hechos denunciados de 1994 a 1995 fue del 35 por ciento. En el primer trimestre de 1996, el incremento ha sido del 12 por ciento. Casi el 80 por ciento de todos los

⁹⁶ CENICEROS, José Angel, "Las Penas privativas de libertad de Corta Duración", Criminalia, año VII, México, 1941, p. 262.

hechos denunciados son de tipo patrimonial, pero lo más grave es que un poco más del 50 por ciento son delitos con violencia, aun cuando el monto del producto del ilícito sea muy reducido o incluso valuado en cantidades ridículas⁹⁷

Además, ya en México existe una serie presencia de la delincuencia organizada, cada vez más corruptora, bien estructurada y mejor dotada de recursos económicos, armamento e infraestructura, que opera principalmente en el narcotráfico, en el tráfico de seres humanos y de armas, en el asalto a instituciones bancarias, en el robo de autos, en el robo a transportistas de mercancías y en los secuestros.

Al respecto sería conveniente hacerse algunas preguntas ¿Cuáles son las causas del considerable incremento en los índices delictivos? ¿Por qué en México se presenta este aumento que se antoja excepcional en la historia, por lo menos reciente, de nuestro país? ¿Por que el incremento de la violencia? Las explicaciones podrían ser muy variadas.

Consideramos que la primera es el aumento de la población: Nuestro país ha tenido un crecimiento demográfico impresionante en las últimas cuatro décadas y su composición poblacional es eminentemente joven. En este sentido, los criminólogos afirman que la juventud es más proclive a la comisión de delitos, sobre todo violentos, que quienes están en edad madura. Si se analizan las últimas cifras del "INEGI en cuanto al crecimiento de la población en los últimos cinco años, se puede apreciar que en el caso de la ciudad de México, el área que jurídicamente corresponde a su delimitación territorial no creció; en cambio, el área conurbada creció en un millón de habitantes".⁹⁸

Es evidente que el problema delictivo de la ciudad de México debe tratarse como todo, incluyendo la zona conurbada del estado de México.

⁹⁷ Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Estadísticas de Procuración de Justicia.

⁹⁸ Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática. Censo de la Población y Vivienda de 1999. Resultados preliminares de México.

Por otra parte, en México se dio en las últimas décadas un proceso moderno de urbanización y de industrialización que cambió a un país que tenía una economía industrializada y de servicios y con una forma de vida eminentemente urbana.

La desintegración familiar, precisamente asociada al proceso de urbanización y de industrialización, también nos proporciona una explicación. Este fenómeno negativo afecta al proceso de transmisión de valores, ya que la familia es una de los más importantes agentes de socialización, y explica en parte la crisis que se vive en instituciones como la escuela y la iglesia y en la actitud del individuo hacia la autoridad.

Los medios de información son tal vez la innovación más importante que ha vivido el hombre actualmente. El impresionante desarrollo de los medios electrónicos en las últimas décadas ha ejercido una influencia fundamental sobre la conducta de los individuos. La libertad de expresión ha permitido en cierto sentido el desarrollo relativo de una cultura de violencia. Antiguamente, los libros llevaban a los lectores a escenas que de las letras paraban a la imaginación; hoy, los niños ven directamente la violencia en su casa, en la pantalla de la televisión, a veces en caricaturas en las que aparece seres armados con sofisticados instrumentos, y que hacen de la supremacía física su forma ordinaria de triunfo. Por ello, sin proponer restringir en forma alguna la libertad de expresión, la sociedad moderna y, en particular, la familia, tienen que prepararse para estar inmunes a la violencia, que inevitablemente se transmite a diario en los medios de comunicación, especialmente electrónicos.

Otra de las causas del incremento en la delincuencia es, sin duda, la crisis económica y su secuela de desempleo, pérdida del poder adquisitivo y proliferación de la llamada economía subterránea. Pero hay que tener

cuidado en la forma de evaluar estos fenómenos para explicar el incremento en la criminalidad. En efecto, si un hombre honesto, por problemas económicos pierde su empleo, difícilmente llegará al día siguiente a robar vehículos con armas de fuego de alto poder o a cometer delitos con las expresiones de violencia perversa que estamos presenciando en México.

El desempleo y la pérdida de poder adquisitivo pueden generar conductas delictivas, sobre todo de tipo patrimonial, pero es difícil pensar que genera las conductas crueles con las que operan los criminales profesionales.

Es entonces importante hacer un análisis de la seguridad pública en los años recientes para ello acudiremos al "Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, que destaca lo siguiente:

- Una situación de desconfianza y remuneración adecuada al personal de seguridad pública.
- Falta de capacitación y remuneración adecuada al personal de seguridad pública.
- Desempeño policial carente de una metodología eficaz, de empeño, de ética y compromiso.
- Ausencia de mecanismos eficientes de coordinación entre los tres órdenes de gobierno: municipio, estado, Federación.
- Incremento de la delincuencia organizada.
- La impunidad de los delincuentes en la comisión de los hechos delictivos, derivada de la deficiente investigación, de los defectos en la integración de las averiguaciones previas, de inadecuado seguimiento de los procesos penales y, en algunas ocasiones, de la connivencia de los delincuentes con algunas autoridades de procuración e impartición de justicia.
- Falta de capacitación adecuada en el personal de los órganos de procuración de justicia.

- Complejidad y poca claridad de las normas jurídicas.
- Corrupción en muchas esferas de la administración pública.
- Carencia de recursos humanos, materiales y técnicos en órganos jurisdiccionales e incertidumbre en la aplicación de la norma jurídica.⁹⁹

Pensamos que si verdaderamente se cumplieren la gran parte del documento citado con antelación la crisis de la justicia no sería tan evidente, pero la realidad es que todo queda en sólo buenos deseos por que no se llevan a cabo.

Otro punto muy importante del análisis sobre la seguridad pública en México es el análisis del margen de respeto a la ley. La norma jurídica puede o no ser obedecida; existe en la medida en que el hombre es libre. El Derecho es, sin duda, el instrumento normativo por excelencia en el Estado moderno, pero no es el único; la moral, la religión, los convencionalismos sociales, también rigen la conducta social del hombre.

"Nuestro país tiene un sistema jurídico muy completo: un gran conjunto de normas modernas, coherentes, congruentes, sistematizadas que en términos generales, puede ser calificado de completo. Prácticamente los campos que deben estar regulados lo están. Pero encontramos serios problemas en el índice de cumplimiento del orden jurídico. Hay la percepción generalizada de que en México se cumple poco con el derecho, de que la evasión de la norma jurídica es alta y sin grandes costos para los infractores, y esto, sin duda, genera impunidad, la cual es una de los principales factores criminógenos. Tal percepción ha generado la convicción de que, más que legislar y promulgar nuevas normas, deben hacerse esfuerzos por lograr una aplicación efectiva de las ya existentes."¹⁰⁰

Esto nos lleva a concluir que para revertir la tasa de crecimiento de la delincuencia en México y abatir la impunidad y la violencia, y así empezar a curar la crisis de la justicia, se debe vigorizar, modernizar, moralizar y volver eficiente el sistema de seguridad pública en el país en sus cuatro etapas: prevención del delito, investigación de los delitos, impartición de justicia y readaptación social.

⁹⁹ Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000, en Diario Oficial de la Federación del 31 de mayo de 1995.

¹⁰⁰ RUBIO, Luis. "No hay ley con impunidad", Reforma, 12 de diciembre de 1995, p. 8

D) La prisión es necesaria.

"La feliz decisión de tirar al arcón de las antigüedades penológicas a la pena capital y a la prisión perpetua ha hecho que la pena privativa temporal de la libertad sea el recurso más utilizado de aquellos con que cuenta el arsenal del Derecho Punitivo, y aún cuando escuchamos que en otros países hace más de 20 años que no se apoyan principalmente en la pena privativa de libertad".¹⁰¹

"En México sigue siendo la más utilizada tanto cualitativa como cuantitativamente; solamente la multa, que se encuentra en segundo lugar junto con nuestra inexplicable sanción de reparación del daño, tiene alguna relevancia en nuestro Derecho Punitivo".¹⁰²

La privación de la libertad que nosotros designamos con el nombre de prisión, ya que no le damos diferencias cuantitativas que afecten su denominación, tiene dos facetas: Por una parte es la principal forma de reacción que prevé nuestro Derecho Punitivo; por la otra, es una medida provisional, de carácter precautorio, determinada por la autoridad judicial con respecto a quienes son probables responsables de la comisión de un delito que se amenaza con la imposición de una pena privativa de libertad, corporal le llama nuestra Constitución, a fin de evitar que el presunto infractor pueda hacer nula la pretensión punitiva estatal, mediante su sustracción, antes que se le someta a juicio y se determine si es o no culpable. Hasta aquí pareciera que si es necesaria la prisión, pero es de analizarse lo siguiente:

Contra lo que mucha gente piensa, el que cíclicamente se suscite la cuestión de si la prisión cumple con los fines para que fue creada, y en este momento de si la resocialización, rehabilitación o readaptación es algo más que mera utopía, no molesta ni a los estudiosos de las disciplinas penales ni a quienes de buena fe, manejan las instituciones en que se ejecutan las sanciones privativas de libertad.

¹⁰¹ JESCHECK, H.H., "La Crisis de la Política Criminal, en Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales", Año 3, Enero- Marzo, 1980, No. 9, p. 45.

¹⁰² Cfr. GARCIA RAMÍREZ, Sergio, "La Reforma Penal Sustantiva, en Justicia y Reformas Legales", Cuadernos del INACIPE, No 14, México, 1985, p.p. 275 y 276

Y digo que no deben molestar estas inquietudes, porque resultan de beneficio colectivo: No hay que olvidar que todas las penas, y la prisión es una de ellas, son antinaturales, pues tienden a privar o a restringir al individuo de los derechos inherentes a su condición humana. Si los estudiosos de todos los tiempos no hubiesen tenido profundas inquietudes y dudas sobre la legitimación y necesidad de la pena de muerte, con seguridad que aún ahora sería el instrumento de reacción social más empleado. Gracias a esa discusión, la pena de muerte es ahora una excepción que esperamos un día desaparecerá completamente.

¿Por qué nos preocupa que la doctrina internacional tanto jurídica como criminológica, ponga en el tapete de la discusión el tantas veces controvertido tema de si la prisión es necesaria, pero ahora en su aspecto de resocialización? ¿No será, por el contrario, un feliz suceso que ponga las primeras piedras para su desaparición y sustitución por otras formas de control social que no atiendan tan frontalmente contra la dignidad humana?

Gómez Grillo, en Venezuela, nos habla de "La grave crisis que estamos enfrentando en nuestros centros de reclusión"¹⁰³.

"El profesor Káiser, indica que la resocialización se encuentra hoy en crisis".¹⁰⁴

Jescheck, más categórico, nos dice que " el ideal rehabilitativo ha muerto; nadie cree más según sus palabras que se pueda llevar a cabo resocialización exitosa en las superpobladas cárceles norteamericanas, sobre todo en las insuficientes 'Jails' locales y de condado".¹⁰⁵

Las aparentemente tan demoleadoras sentencias de los estudios que citamos no son si no una renovación de los gritos preocupantes de otras épocas. No hay que olvidar que ya Joseph Marcos Gullérrez, en una vieja práctica criminal de España, de 1826, dijo una frase que con algunos cambios se

¹⁰³ GÓMEZ GRILLO, Elio, "Visión General sobre la Evolución de la Delincuencia y del Sistema Penitenciario en Venezuela", en publicación del 10º Aniversario del INACIPE, Tomo I, México, p. 246.

¹⁰⁴ KAISER, Günther, "Política Criminal sin Fundamento Criminológico", Revista Mexicana de Derecho Penal, No. 4, Julio de 1978, p. 35.

¹⁰⁵ JESCHECK, H.H., "La Crisis de la Política Criminal, en Doctrina Penal, Teoría y Práctica de las Ciencias Penales", Op. Cit. p. 58.

repite hoy en todas las latitudes: "Las cárceles son al presente unas verdaderas escuelas de maldad ... Y unas casas de educación en donde maestros consumados en la funesta ciencia del crimen enseñan fácilmente a delinquir".¹⁰⁶

Lo cierto es que existe una subcultura carcelaria, también es evidente que, como existe la socialización en el mundo exterior, entendida como proceso general por medio del cual se enseñan al niño los patrones de conducta del grupo, existe el fenómeno paralelo de la prisionalización.

El autor García Pablos de Molina establece que las objeciones más importantes apuntan a consideraciones políticas y a la teoría de los fines de la pena, ya que "políticamente, nos dice, se ha ducho, la idea de la resocialización no permite trazar un límite claro y preciso del lus puniendi estatal, con lo que se frustra uno de los objetivos liberales más trascendentales. Porque, ¡Quién no necesita, de algún modo o en alguna ocasión de su vida, corregirse, adaptarse o resocializarse, sin que por ello se justifique en todos estos casos la imposición de una pena!".¹⁰⁷

Las objeciones que se asientan sobre los fines de la pena se basan, al decir de este autor, en que evidentemente no se castiga para resocializar, ni es éste el motivo de que se criminalicen ciertos comportamientos desviados. "Que la meta de la resocialización, al hacer referencia a la total personalidad del autor y no a una parte de ésta ni a un comportamiento aislado, afecta a la prevención general, por darle más importancia a aquella que al principio de que la responsabilidad penal sea proporcionada a la gravedad del hecho cometido".¹⁰⁸

Sostiene, en fin este autor, que hay delincuente que después de haber cometido un hecho grave, no requiere readaptarse y en cambio otros, tendrían una lenta resocialización tras la comisión de un delito de escasa

¹⁰⁶ MARCOS GUTIERREZ, Joseph, Práctica Criminal de España, Filadelfia, p. 213

¹⁰⁷ GARCIA PABLOS DE MOLINA, A., La Supuesta Función Resocializadora del Derecho Penal, en Estudios Penales, Barcelona, 1984, pp. 59 y 60.

¹⁰⁸ Idem.

entidad; que se pone más cuidado en la dignidad del delincuente que en la de la víctima, y que no deja de caer en las incoherencias de las teorías absolutas. "pues si la pena es un mal, retribución del hecho culpable, difícilmente se puede pretender con ella la resocialización del autor"¹⁰⁹

Del análisis de lo expresado por el autor citado, se puede establecer que la filosofía del tratamiento readaptatorio tienen muchos puntos débiles, sobre todo el de que exige un modelo al que ha de aproximarse o identificarse el individuo, modelo que no es posible encontrar en la sociedad pluralista de nuestros días, en el que se da un mosaico fraccionado de esquemas de vida, ideologías de intereses y metas que hacen posible un programa resocializador, pues la resocialización no puede ni debe imponerse coactivamente. "La pena tienen efectos destructivos, irreversibles y estigmatizadores. Agrega a lo anterior, como argumento poderosos contra el ideal resocializador, la visión del panorama que ofrece la realidad penal y penitenciaria de no pocos países".¹¹⁰

Creo que después de estos razonamientos podemos entender si en verdad es necesaria la pena de prisión y a través de dicho entendimiento formularnos un pensamiento idóneo hacia donde dirigir el futuro de la aplicación de la pena de prisión y de toda pena en general.

Lo que es un hecho que hablar de la abolición de la prisión en nuestros días es utópico, porque la realidad es que no se podrá acceder a ese hecho hasta que los estudiosos del derecho y principalmente los criminólogos encuentren el sustituto ideal, lo que ocasiona que mientras tanto la prisión desempeñe aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. A pesar de que sus resultados desde siempre y hasta ahora no sean satisfactorios.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Ibidem, p.62

E) Exceso en el uso de la pena de prisión.

La prisión es el principal medio de reacción contra el delito en nuestro país, la pena privativa de libertad de libertad tiende a la readaptación del individuo a pesar de que en nuestro país no se mantiene una concepción retributiva de la pena, lo que ocasiona que la prisión como toda pena provoque sufrimiento al delincuente, tratando con esto mantener un fin elevado que sería evitar toda conducta antisocial y propiciar que en el futuro el individuo no vuelva delinquir, pero lo que es un hecho es que esto no se puede generalizar en forma demagógica, por que se caería en la mentira de sostener que todos los han pasado por el tratamiento penitenciario se han readaptado, es ahí donde podemos empezar a sostener o a prever que el exceso en la pena de prisión no ha generado alivio en la sociedad. A pesar de que la misma no se da cuenta de tal situación, por lo cual consideramos necesario hacer algunas preguntas:

¿En nuestro país tenemos los elementos para lograr la readaptación de nuestros delincuentes?

¿Existe el personal necesario y capacitado (psicólogos, siquiátras, trabajadores sociales)?

¿Hay capacidad para dar trabajo adecuado y bien remunerado a cada uno de los reclusos?

¿El personal de custodia esta debidamente capacitado?

¿Los consejos interdisciplinarios tienen capacidad para conceder sin fallar, la prelibertad y la remisión de la pena?

Si el lector de este trabajo responde que no en cada una de las preguntas anteriores, entonces porque insistir en abusar de una pena ineficaz.

Es un hecho que el principal abuso de la pena de prisión incide en las personas pertenecientes a las clases económicas más desprotegidas, (véase el inciso A) de este capítulo).

La sociedad y el Estado tienen la concepción que a mayor penalidad se producirá menor comisión. Por esta razón, ciertos delitos ven aumentada su penalidad año con año, sin que su comisión disminuya. Si esto fuese cierto entonces la pena de muerte debería ser la que produjera mayor intimidación, sin embargo los países que la utilizan no se caracterizan por tener un bajo nivel de delincuencia. Lo cierto es que la pena privativa de libertad a pesar de su larga existencia no ha intimidado con suficiente fuerza.

La ejecución de la pena de prisión no cumple con el mandato constitucional de lograr la readaptación social del delincuente, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, pues las sentencias son cortas para readaptar y muy largas para pretender reincorporar a la vida en sociedad.

Las penas que impone el código penal son demasiadas largas, para readaptarse. Se incluyen máximos y mínimos penales arbitrarios que aprisionan la voluntad del juez, quien no puede ni reducir ni aumentar las penas establecidas en la ley. Las sentencias cortas podrían fácilmente ser sustituidas por penas no privativas de libertad. Si el bien jurídico que tutelan no es esencial para la vida en comunidad, puede recurrirse a una pena menos drástica.

A pesar de que la pena de prisión no cumple con su función de prevención general, porque no se aplica en todos los casos que debiera ser y la idea que tiene la población de ella no es la adecuada, entonces por que insistir en el exceso de utilizarla como redentora de todo mal.

Mientras que en países como Alemania que en su artículo 38 de su código penal establece que el máximo de la pena de prisión no puede ir más allá de 15 años, en México hay entidades en que el límite superior se fija en 40, como ocurre en la legislación federal. Esto podría considerarse como referencia de que en México existe un exceso en el uso de la pena de prisión.

Sería importante que en lugar de buscar penas de prisión cada vez mayores, se hiciera una selección de los delincuentes a los cuales se les podría beneficiar con una pena alternativa. Para esto se podría empezar con un grupo piloto al que una vez terminado el plazo para que esto se fije, se evalúen los resultados y se comparen con un grupo de semejantes características que haya sido condenado a pena de prisión.

Es un hecho que se necesitan condiciones específicas entre las que se encuentran un código penal que contemple medidas alternativas viables a la pena de prisión, así como jueces preparados y con disposición a este cambio, y suficientes recursos humanos y económicos para llevar esto a cabo.

F) Algunas Causas que originan la Necesidad de Reducir la Pena de Prisión.

La necesidad de reducir la pena de prisión tal vez sea el primer ideal que de hecho pudiese llevar a cabo en virtud de que como se observo en el desarrollo de este trabajo, no se puede aspirar a prescindir de ella sin antes encontrar su real sustituto, lo que nos lleva a concluir que por el momento es necesario tratar de reducirla, ya que la sobrepoblación en las cárceles, se da por tres factores que son : el exceso en uso de la misma pena; el rezago judicial; y la insuficiencia de la capacidad instalada.

Se sostienen en la doctrina contemporánea que sólo deben prohibirse en el ordenamiento punitivo, aquellas conductas que realmente entrañen gravedad.

La naturaleza subsidiaria del derecho penal alude que el Estado debe emplear este instrumento como último recurso allí donde no basten otras normas. El derecho penal es la más drástica reacción del estado, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, la cual suele dejar secuelas imborrables. Hemos presenciado en México una orientación deformada del derecho penal; existen figuras injustificables y penas exageradas o inidóneas, lo que se traduce en insufribles reproducciones de la desigualdad social y en sobrepoblación carcelaria, proveniente en una abrumadora mayoría, de las clases sociales menos desfavorecidas. Se abusa de la privación de libertad no sólo cuando se ejecutan las penas sino incluso, lo que es más grave, cuando aún no se han dictado.

Este acontecimiento reconocido por la mayoría de las naciones de este planeta, origino que en la "Organización de las Naciones Unidas se impulsase la imposición de medidas alternativas, en el entendido que de tales sanciones no son necesariamente alternativas suaves, puesto que incluyen la denuncia del acto e imponen apremiantes exigencias al condenado. Sobre todo, se reconoce que es posible castigar como rehabilitar a ciertos delincuentes sin enviarlos a la cárcel."¹¹¹

Es verdad absoluta que desde algunos años se afirma con insistencia que la pena de prisión esta crisis, que definitivamente se encuentra en decadencia, inclusive ahora se habla de ella como uno de los múltiples factores criminógenos. Por eso ahora se habla de esta pena que no hay manera de mejorarla sino de sustituirla por otras.

"El fracaso de la pena de privación de libertad no se debe, afirma Sainz, a una mala ejecución, sino que el mal está en su misma entraña."¹¹²

"El autor García Valdés reconoce haber pedido fe en la pena privativa

¹¹¹ Véase, Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio), aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990.

¹¹² SAINZ CANTERO, José, La sustitución de la pena privativa de libertad, en Estudios penales II. La reforma penitenciaria, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago Compostela, 1978. p. 48

de libertad y su rechazo total hacia estas penas".¹¹³

"En el mismo sentido se manifiesta Rodríguez Devesa, al manifestar que las penas privativas de libertad no han confirmado las esperanzas que se pusieron en ellas".¹¹⁴

Este reproche contra la pena de prisión inicio únicamente hacia la pena corta de prisión pero posteriormente se entendió a toda pena privativa de libertad.

La necesidad de reducir y posteriormente sustituir la pena de prisión considero corresponde a la política criminal, lo cual debe realizarse para ciertos delitos y ciertos delincuentes.

La crisis del Estado asistencial comenzó cuando la ideología reeducativa hubo alcanzado su punto más alto en el pensamiento penal de los países occidentales. Los recursos económicos del gobierno disminuyeron imposibilitándose la función de reinserción social. A esto debemos unirle un aumento en la población marginada y sin empleo, presa fácil de la policía, y por consiguiente fueron los habituales pobladores penales. Después de esto, la ideología penal se acomodó adoptando una función puramente disuasiva y represiva de la pena.

Por lo expresado anteriormente es necesario que al intervenir penalmente, se le ofrezca al delincuente, en la medida de lo posible, el tratamiento que pueda necesitar, con la idea de lograr resultados rehabilitadores. Además en los países que han puesto en práctica el tratamiento rehabilitador para reos no han obtenido los resultados deseados; esto, por un gran número de factores. Algunos de los cuales pueden ser: el contagio carcelario, la contradicción existente en enseñar a una persona a vivir en sociedad mientras se encuentra en rejas y sin libertad de decisión y de movimientos, y convertir el tratamiento en una

¹¹³ GARCIA VALDES, Carlos, Régimen penitenciario de España, Madrid, Universidad de Madrid, 1975, p.

17

¹¹⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, José María, "Sobre la necesidad de una política criminal", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, mayo-diciembre, vol. 34, núms. 2-3.

obligación para alcanzar privilegios, obligándoles a cumplir con el requisito pero sin verdadero interés en cambiar de conducta. En nuestro país apenas se ha intentado parcialmente ; sin embargo, los resultados han sido casi siempre decepcionantes.

Para confirmar lo expresado con anterioridad el autor Baratta establece" olvidarnos ya de la idea de creer que podemos reeducar al desviado en el interior del sistema penal, allí se vuelve una idea imposible. Y propone en cambio: entender la "reinserción y reintegración social" dentro del mismo ambiente en el que se han producido los conflictos de desviación, por lo que el objeto del tratamiento para a ser pospenitenciario".¹¹⁵

En el ámbito de la determinación de la pena, los órganos del Estado encargados de ella tienen que atenerse a imponerla entre los límites mínimo y máximo de duración de la pena fijados en la ley y que nadie puede traspasar, bajo ningún motivo. Estos límites han sido puestos con criterios preventivos generales que nada tienen que ver con los problemas y necesidades concretas del autor del delito que luego resulta condenado a una pena privativa de libertad.

Concluiremos este tema, así como este trabajo de investigación, señalando que desde el punto de vista resocializador penitenciario, la duración de la pena puede ser excesivamente corta para conseguir un tratamiento eficaz, mínimo o demasiado larga, e incluso contraproducente o innecesaria para el tratamiento adecuado del recluso. La lógica del sistema penitenciario impone para estos casos la creación de una serie de instituciones que permitan acortar la duración de la pena a límites compatibles con las necesidades del tratamiento. Así fue como surgieron los llamados beneficios penitenciarios, que suponen una reducción variable en el cumplimiento de la pena.

¹¹⁵ BARATTA, Alejandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1986, p. 193.

El problema de lo anterior es que la concesión de estos beneficios no queda en manos de los juzgadores, quienes una vez dictada sentencia se olvidan definitivamente de las personas a quienes juzgaron, sino de autoridades administrativas, con lo cual se vulnera el principio de división de poderes y control judicial del poder punitivo del Estado, ya que se concederán sujetos a una buena conducta en el establecimiento y a señales de estar resocializados, lo que a menudo nada tiene que ver con una verdadera resocialización. Por ello se aboga por que se incluyan en las leyes otras instituciones como sustitutivos de la pena de prisión, concedidos por el juez de la causa en el momento de decidir sobre la situación jurídica del indiciado o al dictar sentencia y optar por la pena.

CONCLUSIONES.

En este espacio expondremos nuestras conclusiones y aportaciones:

Primera.- Es necesario revisar a fondo y con estudios científicos, si la implementación de penas altas de prisión, favorecen una efectiva política criminológica, optando por una postura utilitaria de la pena y no continuar aumentando su gravedad, ejerciendo así una real política preventiva tanto pre como postdelictual. Debe reconocerse públicamente que el incremento de la violencia y el delito, son multifactoriales y no se pueden enfrentar con mayor punición sino con políticas socioeducativas y familiares preventivas.

Segunda.- La intención de este trabajo de investigación se enfoca a tratar de demostrar que la delincuencia y el delito no se van a terminar con penas altas de prisión, ni llenando cárceles y reclusorios de gente, creemos que hay factores como la prevención del delito el cual si es aplicado con voluntad pienso que realmente reduciría a la delincuencia o por lo menos el ánimo por delinquir, por eso es importante: fomentar una nueva cultura de prevención basada en la atención a las causas que generen vulnerabilidad, amenaza o riesgo en la integridad física y patrimonial, sin descuidar sus efectos y tener su origen en la familia y la escuela donde se forma la personalidad de cada ser humano, adecuada con principios y normas sociales que lleven a tomar conductas encaminadas al respeto de los derechos y valores fundamentales de la persona.

Tercera.- Asimismo es necesario realizar estudios con estrategias operativas de trabajo y líneas claras de coordinación derivadas de la investigación, de aquellos factores criminógenos que inciden en el fenómeno de la criminalidad, causas desencadenantes y circunstancias de alto riesgo delincencial.

Cuarta.- Es necesario actuar antes de que se produzca el delito, es decir, intervenir sobre las causas potenciales del mismo, con acciones atribuibles a la conjunción de esfuerzos de las autoridades gubernamentales, cuerpos policíacos y organizaciones ciudadanas, tales como : organización de comités ciudadanos por edificios, calles o sectores muy específicos que generan relaciones de solidaridad entre los vecinos; sesiones o talleres de capacitación y orientación como modelos de intervención sólidos y debidamente probados; jornadas interinstitucionales, semanas preventivas, instrumentación de actividades extraescolares.

Quinta.- Que siendo la pena de prisión la predominante en el Derecho Penal Mexicano, tanto cuantitativa como cualitativamente, por imperativo constitucional, está orientada a la prevención especial, adecuándose al modelo de resocializador o readaptación.

Sexta.- Ya no es factible seguir sosteniendo el contrasentido de que la readaptación puede ser autoritaria; por el contrario, debe ser un proceso al que el interno se ajuste voluntariamente.

Séptima.- Que las condiciones en que actualmente se encuentran las prisiones, sobreesaturadas en razón de una sobrecriminalización de carácter legislativo que se aparta de la escala de valores, no permiten que se logre la resocialización en el nivel esperado y que, por ello, generen factores negativos que producen efectos contrarios a los esperados.

Octava.- No obstante las críticas que se hacen a la prisión, no se proponen soluciones realizables en la vida actual a corto plazo, lo que hace pensar que seguirá siendo el medio de control social fundamental en la lucha contra el delito, cuando menos a mediano plazo.

Décima.- El panorama crítico no debe lamentarse, pues resulta positivo que los juristas y criminólogos se preocupen por la crisis por la que atraviesan la prisión y del sistema de justicia penal.

Décima Primera.- Los sustitutivos penales sólo pueden tener efectos benéficos si previamente, mediante políticas de destipificación, despenalización, desjuriccionalización, se reduce la población carcelaria, ya que la sobreutilización, y mal empleo de las instituciones de tratamiento hacen que sea imposible evaluar la personalidad de los procesados.

Décima Segunda.- La existencia de los sustitutivos penales no debe ser sólo legal. Ha de materializarse mediante la instalación de centros de internamiento especial para las reclusiones alternas, apoyándose en el personal necesario, debidamente capacitado y adecuadamente retribuido.

Décima Tercera.- Por irracionalidad del subsegmento legislativo, nacida de la desorientación por falta de información de la opinión pública, la prisión preventiva funciona como pena de prolongada duración, estigmatizando aún a aquellos que a la postre resultan inocentes o que reciben el beneficio de la suspensión condicional de la pena.

Décima Cuarta.- Para evitar el pernicioso efecto de una prisión preventiva injustificada y muchas veces innecesaria, deberá reformarse la Constitución del país para el efecto de que, transcurrido el término máximo que ella fija para fallar un proceso, si no es por causa imputable al acusado, se conceda la libertad caucional, sin importar la pena aplicable.

Décima Quinta.- Proponemos que la pena privativa de libertad se reserve únicamente para los delitos más graves y para los delincuentes más peligrosos como lo son los reincidentes, habituales y profesionales del delito.

Décima Sexta.- Así volvemos a proponer que se reforme nuestra Carta Magna en su artículo 20 fracción I, con la intención de que el término medio aritmético de la pena que como condición requiere el goce de la libertad provisional para los imputados, se ha elevado a nueve años sin incluir las modalidades del delito, toda vez que en esta etapa procedimental aún son simples indicios y no hacen prueba plena los hechos, y que esto se aplique únicamente a los presos de mínima y mediana temibilidad.

¿Porque la insistencia de terminar o disminuir con la pena de prisión?

Porque a través de este trabajo se demostró que no cumple con el fin para el cual fue implementada y sin en cambio si crea muchos problemas a toda sociedad; Es un hecho que esta pena recae principalmente en los más pobres tanto económica como culturalmente; Que esta pena a pesar de su larga existencia no ha intimado a los delincuentes de hoy, lo que ocasiona que a mayor penalidad se produzca mayor comisión de delitos; Jamás la pena de prisión ha cumplido con el principio de nuestra Carta Magna de readaptación social sino todo lo contrario, por que es un hecho que la persona que no era delincuente al estar rodeado de los que si son se convierte en tal; La pena de prisión no se aplica adecuadamente cuando debiera aplicarse y al realizarse esto no puede cumplir una función de prevención general.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- 1.- ANTOLISEI, Francesco. Manual de derecho penal, Temis, Colombia, 1988.
- 2.- ANTÓN ONECA, José. Derecho penal, segunda edición, ediciones Akal, España, 1986.
- 3.- BARATTA, Alejandro. Criminología crítica y del derecho penal, siglo XXI, México, 1986.
- 4.- BELING, Ernst von. Esquema de derecho penal- La doctrina del tipo, De palma, Argentina, 1944.
- 5.- BETTIOL, Giuseppe. Derecho penal, "parte general", Temis, Colombia, 1965.
- 6.- BETTIOL, Giuseppe. Instituciones de derecho penal y procesal, segunda edición, Bosch, España, 1977.
- 7.- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Introducción al derecho penal, Temis, Colombia, 1986.
- 8.- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho penitenciario cárcel y penas en México, segunda edición, Porrúa, México, 1981.
- 9.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Derecho penal mexicano, "parte general", Porrúa, México, 1988.
- 10.- CASADOS FERNÁNDEZ, Mensaque, Fernando. El tribunal de la acordada de nueva españa, Anuarios de estudios americanos, XVIII, 1950.
- 11.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos elementales de derecho penal, Porrúa, México 1989.
- 12.- CENICEROS, José Ángel. Derecho penal y criminología, Botas, México, 1954.
- 13.- COLETTI, Aldo. La negra historia de Iecumberri, Universo, México, 1981.
- 14.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal, tomo I, octava edición, Bosch, España, 1976.

- 15.- CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal, tomo I, vol. II, décima octava edición, Bosch, España, 1981.
- 16.- CUELLO CALON, Eugenio. La moderna penología, Bosch, España, 1974.
- 17.- DE CASTRO SANTA ANA, José Manuel. Diario de sucesos notables, documentos para la historia de México, Vol. IV, México, 1854.
- 18.- GARCIA PABLOS DE MOLINA, A. La supuesta función resocializadora del derecho penal, en estudios penales, Bosch, España, 1984.
- 19.- GARCIA RAMÍREZ, Sergio. El artículo 18 constitucional, UNAM, México, 1967.
- 20.- GARCIA VALDES, Carlos. Régimen penitenciario de España, Universidad de Madrid, España, 1975.
- 21.- HANS - HEINRICH, Jescheck, Tratado de derecho penal, "parte general", cuarta edición, traducción de José Luis Manzanares Samaniego, Comares, México, 1993.
- 22.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 23.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. Panorama del delito, Imprenta Universitaria, México, 1950.
- 24.- MALO CAMACHO, Gustavo. Historia de la cárcel en México, INACIPE, México, 1979.
- 25.- MARCOS GUTIERREZ, Joseph. Práctica criminal de España, Filadelfia, España.
- 26.- MARIEL DE IBÁÑEZ, Yolanda. El tribunal de la inquisición en México, tercera edición, Porrúa, México, 1987.
- 27.- MARTINEZ NÚÑEZ, Eugenio. Los mártires de san Juan ulua, Biblioteca del instituto de estudios históricos de la revolución mexicana, México, 1986.
- 28.- MEZGER, Edmund. Derecho penal, sexta edición, Cárdenas editores y distribuidores, México, 1985.
- 29.- MEZGER, Edmundo. Tratado de derecho penal, tomo I, Bosch, España, 1955.

- 30.- MORRIS NOVAL, La evolución de la prisión, en penología, Universidad de Cárabo, Venezuela, 1972.
- 31.- NEUMAN, Elias; Irurzun Víctor. La sociedad carcelaria, "aspectos penológicos", ediciones De Palma, Argentina, 1975.
- 32.- O'GORMAN, Edmundo. La inquisición en México, "historia de México", Tomo VI, Salvat, México.
- 33.- O'GORMAN, Edmundo. Un recorrido por la historia de México, "México colonial", Secretaría de Educación Pública.
- 34.- OJEDA VELÁSQUEZ, Jorge. Derecho punitivo, Trillas, México, 1993.
- 35.- ORELLANA WIARCO, Alberto. Curso de derecho penal, "parte general", Porrúa, México, 1999.
- 36.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Manual de derecho penal mexicano, séptima edición, Porrúa, México, 1982.
- 37.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general del derecho penal, séptima edición, Porrúa, México, 1982.
- 38.- PORTE PETIT, Celestino. Importancia de la dogmática jurídica penal, Porrúa, México, 1954.
- 39.- PORTE PETIT, Celestino. Programa de la parte general del derecho penal, Porrúa, México, 1958.
- 40.- REYES ECHANDIA, Alfonso. Derecho penal, undécima edición, Temis, Colombia, 1990.
- 41.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. La crisis penitenciaria y los substitivos de la prisión, Porrúa, México, 1998.
- 42.- RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Porrúa, México, 1998.
- 43.- SAINZ CANTERO, José. La sustitución de la pena privativa de libertad, "en estudios penales II la reforma penitenciaria", Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1978.
- 44.- SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino, tomo I, Tipográfica editora, Argentina, 1992.

- 45.- TORIBIO MEDINA, José. Historia del tribunal de santo oficio de la inquisición en México, México, 1987.
- 46.- VELA TREVIÑO, Sergio. Antijuricidad, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- 47.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho penal mexicano, cuarta edición, Porrúa, México, 1983.
- 48.- VIVEROS, Marcel. Anatomía de una prisión, Diana, México, 1982.
- 49.- WELZEL, Hans. Derecho penal alemán, cuarta edición, Jurídica de Chile, Chile, 1993.
- 50.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Manual de derecho penal, "parte general", sexta edición, Sociedad anónima editora, Argentina, 1988.
- 51.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Sistemas penales y derechos humanos en América latina, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, De Palma, Argentina, 1986.
- 52.- ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Tratado de derecho penal "parte general", tomo II, Cárdenas editores y distribuidores, México, 1988.

LEGISLACIÓN

- 1.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigésima novena edición, Porrúa, México, 1999.
- 2.- Código Penal para el Distrito Federal Editorial Sista, México, 2000.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS

- 1.- **CORONIMAS, Joan** Breve diccionario etimológico de la lengua castellana, segunda edición, Gredos, Madrid, España, 1967.
- 2.- **DE PINA DE VARA, Rafael.** Diccionario de derecho penal, Porrúa, México.
- 3.- **DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO,** Instituto de investigaciones de la UNAM, décima tercera edición, Porrúa, México, 1999.
- 3.- **ENCICLOPEDIA UNIVERSAL SALVAT-** Diccionario, editorial Salvat, tomo IV, Barcelona, 1976.
- 4.- **SEIS, Francisco.** Nueva enciclopedia jurídica, tomo XIX, Barcelona, España, 1990.

REVISTAS JURÍDICAS

- 1.- **ALTMAN SMITHE, Julio.** "Deben suprimirse la pena privativa de libertad y la prisión. Revista Criminal. Número 7 y 8, México, Julio y agosto, 1973.
- 2.- **GARCIA RAMÍREZ, Sergio.** "La reforma penal sustantiva, en justicia y reformas legales", Cuadernos del INACIPE, número 14, México, 1985.
- 3.- **GOMEZ GRILLO, Elio.** "Visión general sobre la evolución de la delincuencia y del sistema penitenciario en Venezuela", en publicación del 10º aniversario del INACIPE, Tomo I, México.
- 4.- **Revista Mexicana de Justicia,** número 3, Vol. IV, julio - septiembre 1986, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Consejo Editorial.
- 5.- **RODRÍGUEZ DEVESA, José.** "Sobre la necesidad de una política criminal, en anuario de derecho penal y ciencias penales, Vol. 34 números 2-3, Madrid mayo-diciembre.

PERIÓDICOS

- 1.- MACIAS, Raúl. "Miseria en la cárcel". Periódico El Sol de México, México, 16 de abril de 2001.
- 2.- MONREAL AVILA, Ricardo. "La crisis de la prisión". Periódico La Prensa, México, viernes 23 de febrero de 2001.
- 3.- RUBIO, Luis. "No hay ley con impunidad". Periódico Reforma, México, 12 de diciembre de 1995.
- 4.- SAUCEDO, Joel. "Sobrepoblación en las cárceles de México". Periódico El Sol de México, México, 26 de enero de 2001.

OTRAS FUENTES

Archivo General de la Nación, Cédulas, CXX.
Archivo General de la Nación, Acordada, IV.
Archivo General de la Nación, Acordada, III
Archivo General de la Nación, Inquisición en México, Tomo I, número 2.
Fuero Real, Libro IV, Título V, Ley VI y Ley XVIII, Título XIV.