

704



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL**

"SUSTITUTIVOS PENALES EN LA EJECUCION DE LA SENTENCIA"

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
JANETH REYNOSO ESCOBAR

ASESOR: LIC ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ





Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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



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.

La alumna REYNOSO ESCOBAR JANETH, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del LIC. ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ, la tesis profesional intitulada "SUSTITUTIVOS PENALES EN LA EJECUCION DE LA SENTENCIA", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor LIC. ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ, 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 "SUSTITUTIVOS PENALES EN LA EJECUCION DE LA SENTENCIA" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna REYNOSO ESCOBAR JANETH.

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., 18 de abril de 2002.


DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

GRACIAS DIOS MIO

Por haberme permitido llegar hasta este momento tan importante de mi vida, por darme salud, inteligencia y fuerzas para hacer realidad este sueño y por concederme la gracia y privilegio de compartir este día con todos mis seres queridos.

A MIS PADRES

Sra. Alicia Escobar Paz y Sr. Ernesto Reynoso Jimenez, a quienes no tengo palabras para agradecer su inmenso apoyo y consejos que me han dado, por la educación que me brindaron y por el amor con el que siempre me sacaron adelante. Muchas gracias.

A MIS HERMANOS

Ernesto, Alicia, Laura y Deyvi y a todas las personas, familiares y amigos que de alguna forma se interesaron en la conclusión del presente trabajo.

A JOSE MIGUEL

Una persona muy especial para mí, a quien agradezco su valiosa y gran ayuda durante toda la realización de esta tesis, por su paciencia, comprensión y enseñanza que me dieron ánimos para seguir luchando cada día más. Gracias por todo.

RECONOCIMIENTO:

AL LIC. ANIBAL GUILLERMO CUEN RODRIGUEZ

Por su apreciado tiempo que dedicó para asesorarme en la presente tesis, por su ayuda, disposición y buenos deseos para conmigo, así como por su gran amistad que siempre me ofreció.

AL MAG. LIC. SALVADOR AVALOS SANDOVAL

Por darme la oportunidad de ser parte de su equipo de trabajo, por la confianza que ha depositado en mí y por lo mucho que he aprendido de él.

AL. H. JURADO

Que tenga a bien examinarme.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

Facultad de Derecho, que me permitió
formarme profesionalmente.

INTRODUCCION

El tema que abordaremos es de actualidad, pues a diario nos enteramos por los medios de comunicación de los motines y las huelgas de hambre que se dan tanto en los centros de reclusión como penitenciarios del Distrito Federal, del interior de la República e incluso en otros países, causados primordialmente por el hacinamiento o sobrepoblación en éstos.

Pues bien, el delito ha existido desde que el hombre apareció en la tierra y tales conductas dañosas para la convivencia armónica de la sociedad desde luego deben ser reprimidos, siendo que hoy por hoy en nuestro país, la pena que más llama la atención es la privativa de libertad o comunmente llamada de "prisión", pues además de repercutir directamente en la persona del delincuente, repercute más en muchas ocasiones, en la familia de éste, pues comúnmente el sentenciado es el jefe de la familia y principalmente es el único sostén de la misma.

Consideramos al igual que la doctrina penal y penitenciaria, que el fin primordial de la pena es la readaptación social del delincuente a través de la prevención especial, pero esto es muy dañino si el sujeto se encuentra en la prisión ya que se viola en muchos casos el principio de presunción de inocencia, así mismo no se cuenta con la infraestructura para dar trabajo y capacitación para el mismo, su educación, como los medios para lograr el objetivo constitucional de la tan buscada "readaptación social".

El legislador creó la figura de los "sustitutivos penales", los cuales se encuentran especificados en el Código Penal y en el Código de Procedimientos Penales ambos del Distrito Federal, así como en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, siendo a lo que nos abocaremos principalmente en el presente trabajo, que son los que se conceden por la autoridad ejecutora de las sanciones, esto es, la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales y en especial nos referiremos al "Tratamiento en Externación y a la Libertad Anticipada" con sus modalidades de tratamiento preliberacional, libertad preparatoria y remisión parcial de la pena.

Es pertinente señalar que los sustitutivos penales que se conceden y tramitan ante la autoridad ejecutora se encuentran normados tanto en el Código Penal y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, siendo que lo correcto es se ubiquen en esta última, y los sustitutivos que concede el órgano jurisdiccional queden como están en el Código Penal, por principio de orden.

También propondremos en el presente trabajo que el trámite para la concesión de los sustitutivos penales administrativos, se tramite invariablemente de oficio y los requisitos que deban cumplir los posibles beneficiados sean calificados por un órgano independiente de la autoridad ejecutora, como lo sería la Asamblea Legislativa o la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, a través de una comisión especial, pues es sabido sin que esto sea calumnia o difamación, que para la obtención de los beneficios es necesario la aportación de dádivas a la autoridad administrativa, para que emita resoluciones favorables, previos los estudios que ésta mismas realiza y califica, lo que se presta a presiones de todo tipo y además de ser esto elitista, ya que únicamente cumplen los requisitos los reos pudientes y no necesariamente los ya

readaptados que no cuentan con ingresos para poder librar o llenar los requisitos necesarios.

Por último, se propone que se especifique que en los delitos culposos no cuente la reincidencia para la concesión de los sustitutos administrativos, ya que en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales se les niega ese beneficio a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia, sin hacer distinción si esta es dolosa o culposa, cuando el grado de culpabilidad o peligrosidad no es la misma respecto de un sujeto que quiere y acepta la realización del tipo penal que quien por falta de precaución debidas produce un resultado típico.

INDICE

INTRODUCCION.....	VI
-------------------	----

CAPITULO I

JUS PUNIENDI

1.1.- LA PENA Y SUS TEORIAS.....	1
1.1.1.- Teorías absolutas de la pena.....	6
1.1.2.- Teorías relativas de la pena.....	10
1.1.3.- Teorías mixtas de la pena.....	17
1.2.- LIMITES MATERIALES AL JUS PUNIENDI.....	19
1.2.1.- Principio de intervención mínima (ultima ratio y carácter fragmentado).....	21
1.2.2.- Principio de protección de los bienes jurídicos.....	24
1.2.3.- Principio de la dignidad de la persona.....	27
1.3.- LIMITES FORMALES AL JUS PUNIENDI.....	29
1.3.1.- Principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege).....	30
1.3.2.- Principio del juicio legal.....	35
1.3.3.- Principio de ejecución legal.....	35

CAPITULO II.

FUNDAMENTOS JURIDICOS.

2.1.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL.	
2.1.1.- Artículo 14.....	37
2.1.2.- Artículo 18.....	43
2.1.3.- Artículo 21.....	50
2.2.- FUNDAMENTO LEGAL DE LA PENA Y DE SU EJECUCION EN EL DISTRITO FEDERAL.	
2.2.1.- Código Penal para el Distrito Federal.....	51
2.2.2.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	55
2.2.3.- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.....	56
2.2.4.- Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.....	63

CAPITULO III

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

3.1.- ARBITRIO JUDICIAL.....	66
3.2.- GRAVEDAD DEL ILICITO.....	75
3.3.- PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y GRADO DE CULPABILIDAD.....	80

CAPITULO IV

DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES

(TRATAMIENTO EN EXTERNACION Y LIBERTAD ANTICIPADA).

4.1.- LA PENA DE PRISION.....	93
4.2.- TRATAMIENTO EN EXTERNACION.....	100
4.3.- LIBERTAD ANTICIPADA.....	104
4.3.1.- Tratamiento preliberacional.....	105
4.3.2.- Libertad preparatoria.....	107
4.3.3.- Remisión parcial de la pena.....	109
4.4.- ORGANOS COMPETENTES PARA OTORGAR LOS SUTITUTIVOS PENALES Y TRAMITE ADMINISTRATIVO.....	111
4.5.- PROPUESTAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES ADMINISTRATIVOS.....	113
CONCLUSIONES.....	117
BIBLIOGRAFIA.....	120

CAPITULO I

JUS PUNIENDI

SUMARIO

1.1.- LA PENA Y SUS TEORIAS. 1.2.- LIMITES MATERIALES AL JUS PUNIENDI. 1.3.- LIMITES FORMALES AL JUS PUNIENDI.

1.1.- LA PENA Y SUS TEORIAS

Como se ha señalado en la introducción de este trabajo, en este apartado se abundará respecto a la pena (como concepto del Derecho penal) y a sus teorías, siendo éstas las absolutas, las relativas y las teorías mixtas.

Pero hablar de la pena como concepto del Derecho penal, implica hablar del JUS PUNIENDI, esto es, del poder punitivo del Estado el cual forma parte del poder estatal, pues como lo señala acertadamente Jescheck en su Tratado de Derecho Penal: "Uno de los cometidos elementales del Estado es la creación de un orden jurídico, ya que sin el no sería posible la convivencia humana. El Derecho penal es una de las componentes imprescindibles en todo orden jurídico, pues por mucho que el moderno Estado social haya empleado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones, cuyo

cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial." ¹

Además el mismo autor señala: "la necesidad de la coacción penal se ha advertido por la humanidad desde los tiempos mas primitivos, y la punición de los delitos ha contado en todas las culturas entre las mas antiguas tareas de la comunidad." ²

La definición del maestro Juan Bustos Ramírez menciona que: "El Derecho penal subjetivo o jus puniendi lo podemos definir como la potestad penal del Estado de declarar punibles determinados hechos a los que impone penas o medidas de seguridad. Es entonces expresión del poder único y exclusivo del Estado para ejercer la violencia legítima." ³

Siguiendo los anteriores autores, a su vez Muñoz Conde para justificar el jus puniendi refiere: "Históricamente este orden social se ha mostrado por si solo como insuficiente para garantizar la convivencia. En algun momento histórico se hizo necesario un grado de organización y regulación de conductas humanas mas preciso y vigoroso. Nace así secundariamente la norma jurídica que a través de la sanción jurídica se propone conforme a un determinado plan, dirigir, desarrollar o modificar el orden social. El conjunto de estas normas jurídicas constituye el orden jurídico. Titular de este orden es el Estado, titular del orden social, la sociedad. Tanto el orden social como el orden jurídico se presentan como un medio de represión del individuo, y, por tanto

¹ JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal. parte general, Tomo I, Barcelona España, Bosch, 1981, pág.16.

² Idem.

³ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español. parte general, Barcelona España, Ariel, 1984, pág. 44.

como un medio violento, justificado solo en tanto sea un medio necesario para posibilitar la convivencia." ⁴

Esto lo entendemos hoy en día y no únicamente los estudiosos del Derecho penal, pues es claro que para lograr la convivencia armónica de la sociedad se necesita de un ente distinto a las personas individuales o particulares que en el caso lo es el Estado a través de órganos determinados, como lo son desde la escala del policía preventivo, el Ministerio Público, juez y autoridad ejecutora en quienes se han delegado las funciones preventivas, investigadora, aplicadora del Derecho o función jurisdiccional y de ejecución de sanciones, respectivamente; pues si bien es cierto el jus puniendi pertenece como poder subjetivo al Estado, éste se forma en su estructura a través de órganos para su funcionamiento, pues el Estado en sí es una institución creada artificialmente y para su convivencia por el hombre, siendo que es a éste a quien corresponde ejercer ese derecho subjetivo o denominado jus puniendi.

Una de las Instituciones jurídicas con que cuenta el Estado para la convivencia social entre otras, lo es por excelencia el Derecho Penal, y al respecto hemos de acudir para su cabal comprensión y su análisis a las siguientes definiciones o conceptos.

Para Mir Puig el Derecho penal es: "Conjunto de normas jurídicas que prohíben la comisión de delitos y asocian a estos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad, como consecuencia jurídica." ⁵

⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, 2ª ed., Valencia España, Tirant lo blanch, 1996, pág. 31.

⁵ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, 3ª ed., Barcelona España, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, pág. 13.

Definición que a nuestro juicio resulta ser incompleta, pues nada nos dice respecto del sujeto o sujetos destinatarios de la norma; empero, nos señala en sí normas jurídicas prohibitivas cuya comisión trae asociada una pena o una medida de seguridad en su caso.

Por su parte, Muñoz Conde al referirse al Derecho penal, lo define como: "Conjunto de normas jurídicas que asocian la realización de un delito, como presupuesto, la aplicación de penas y/o medidas de seguridad, como principales consecuencias jurídicas."⁶

Definición que al igual que la anterior, adolece de destinatario.

Al respecto, Castellanos Tena, señala: "Es la rama del Derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social."⁷

Para Pavón Vasconcelos, el Derecho penal es: "El conjunto de normas jurídicas, del derecho público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia del orden social."⁸

⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, Op cit., págs. 29 y 30.

⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamiento Elementales de Derecho Penal, parte general, 9ª ed., México, Porrúa, 1975, pág. 19.

⁸ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 15ª ed., México, Porrúa, 2000, pág. 17.

Por último, el Maestro Porte Petit señala: "Por Derecho penal debe entenderse el conjunto de normas jurídicas que prohíben determinadas conductas o hechos u ordenan ciertas acciones, bajo la amenaza de una sanción, en caso de violación de las mismas normas.

En otra forma, podría decirse que el Derecho penal, es el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y las medidas de seguridad." ⁹

En general, de las definiciones o conceptos transcritos, advertimos como elementos del Derecho penal: a) un conjunto de normas jurídicas; b) que tienen como objeto una conducta humana; c) tipificada como delito; y d) de cuya realización depende la aplicación de una pena y/o medida de seguridad.

Hemos venido señalando la importancia de las normas jurídicas en general y en especial la penal para el desarrollo integral de la sociedad, siendo esta última la que regula las conductas que mas gravemente atacan la convivencia social y que por lo mismo son y deben ser sancionadas con el medio mas duro y eficaz de que dispone el aparato represivo estatal que es la pena, pues otras conductas menos lesivas encuentran su sanción en otras ramas del Derecho.

Pues bien, los estudiosos del Derecho penal han tratado o intentado justificar este poder punitivo del Estado, esto es, el derecho a imponer las penas y para ello desde el siglo XIX se han desarrollado

⁹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, 15ª ed., México, Porrúa, 1993, pág.15

diversas teorías como lo son las absolutas, las relativas y las mixtas, que expondremos a continuación:

1.1.1.- Teorías absolutas de la pena.

En la antigüedad no existía un ente por encima de la comunidad o de la tribu para restablecer el orden social y se contaba con la venganza privada (justicia por propia mano) muy discutible para la colectividad, pues generaba otras a su vez, posteriormente surge la ley del talión (ojo por ojo y diente por diente) pero tal actitud llevaba al regreso de la pena privada; poco a poco van surgiendo medios de control social como son las cuestiones de tipo religiosas, éticas, morales, las del trato social, etcétera, que no fueron suficientes para la convivencia humana, pues la alteración de tal orden muchas veces surgía por conductas graves y no bastaba la ética y la moral para retornar a la convivencia, por ello surge el orden jurídico con sus características entre ellas la coercitividad de la cual el titular es el Estado, un ente por encima de los individuos y de la misma sociedad capaz de restablecer la paz pública incluso por la fuerza, y es en los siglos XVIII y XIX en que los pensadores buscaron una justificación para tal poder coercitivo que se reflejara en la sanción a las conductas mas graves, siendo esta la denominada pena, de la que tomó su nombre el orden social denominado Derecho Penal.

Para justificar la consecuencia jurídica del mal (pena), surgieron en los siglos señalados las teorías absolutas de la pena, siendo sus principales expositores los filósofos Emmanuel Kant y Federico Hegel, quienes no ven en la pena una finalidad mas allá que la del simple hecho de que al delincuente se le imponga una sanción como retribución al mal (retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto

culpable de acuerdo con el principio de la justicia retributiva "quia peccatum est"), y es a través de ésta que se hace justicia al culpable de un delito, librandose la pena de toda finalidad y para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente.

Para Kant "... la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, este es su único fundamento. Es por ello que 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 (encubridor) y recaería tal culpabilidad también sobre éste." ¹⁰

"...La fundamentación ética de la retribución más absoluta se debe al filósofo alemán Kant. Como según, este autor, el hombre es un "fin en sí mismo" que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, no sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. Sólo es admisible, entonces, basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia: la ley penal se presenta como un "imperativo categórico", es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria como protección de la sociedad u otras.

Es muy expresivo el ejemplo famoso de Kant de una isla cuya población decidiera disolverse y dispersarse por el mundo, y en la que se plantease la cuestión de si hay que mantener el castigo pendiente de los delincuentes, a lo que el autor alemán responde que, aunque resultara del todo inútil para dicha sociedad -puesto que dejaría de existir- debería ejecutarse hasta el último asesino que se hallase en prisión, únicamente "para que todos comprendieran el valor de sus actos".

¹⁰ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 23.

Se advierte aquí claramente una consecuencia fundamental de la concepción retributiva: según ésta, la pena ha de imponerse por el delito cometido aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad..."¹¹

En resumen, para Kant, la ley penal es un imperativo categórico, es decir, un mandato de la justicia libre de toda consideración finalista o utilitarista para el delincuente.

La fundamentación de Kant resulta ser ética (filosófica); y es Hegel quien fundamenta la teoría retribucionista jurídicamente basándose en la dialéctica, como bien lo ha expresado Bustos Ramírez, en su obra:

"Para Hegel, la pena es la negación de la negación del Derecho, cumple entonces sólo 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... El delito es entonces la expresión de una voluntad irracional, luego el injusto es expresión de esa contradicción entre dos voluntades. Pero de partida hay una voluntad irreal o nula en sí, que es la delictiva, pues es negación de la racionalidad que es lo único real. De ahí que el delito sea la negación del Derecho, luego la caída al mundo de la necesidad, de la irracionalidad, de lo nulo, de lo irreal. Es por eso que la pena aparece como la negación de la negación del Derecho (constituida por el delito), con lo cual aparece un resultado positivo, queda incólume desde siempre lo racional, ya que el delito aparece como una simple negación y no como una realidad, al revés del Derecho."¹²

¹¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., págs. 51 y 52.

¹² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 23.

Como se hemos señalado, y en este sentido coincide Mir Puig, Hegel le da un carácter jurídico a la teoría retribucionista de la pena, así en su obra, refiere cuando estudia a este filósofo alemán:

"Más jurídica es la fundamentación de la teoría retribucionista que propuso Hegel. Para éste el carácter retributivo de la pena se justifica por la necesidad de restablecer la vigencia de la "voluntad general" representada por el orden jurídico, que resulta negada por la "voluntad especial" del delincuente. Si la "voluntad general" es negada por la voluntad del delincuente, habrá que negar esta negación a través del castigo penal para que surja de nuevo la afirmación de la voluntad general. Véase cómo se aplica, así, el método dialéctico hegeliano: la voluntad general (orden jurídico) es la "tesis", la negación de la misma por el delito es la "antítesis", y la negación de esta negación será la "síntesis", que tendrá lugar mediante el castigo del delito. En esta construcción la pena se concibe sólo como reacción (negación de la negación) que mira al pasado (al delito y al restablecimiento del orden jurídico) y no como instrumento de fines utilitarios posteriores."¹³

Advirtiéndose de lo anterior que ambos filósofos, cada uno con diferente matiz, resultan ser retribucionistas ya que no le conceden ninguna utilidad social a la pena, pues ven el fundamento jurídico y el sentido de ésta en la retribución a través de la cual se hace justicia al culpable de un delito. La pena se libera de toda finalidad (poena absoluta ab effectu) y se presenta únicamente como la imposición voluntaria de un mal para compensar la lesión jurídica cometida culpablemente.

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

¹³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 52.

Formulación muy semejante a la de Hegel. Y es por eso que a la pena no se le pueden plantear otros fines, como el de amedrantamiento de los ciudadanos o de conseguir su enmienda. Lo cual podría ser muy loable y digno de ser perseguido, pero no hace al fin de la pena, esto es, aunque tales efectos no se consiguieran, la pena no dejaría de ser tal ni podría ser objeto de crítica. Se trata pues en estos casos de consecuencias meramente accesorias."

"Por su parte, Binding señala que la pena es 'retribución del mal con el mal'. De lo que se trata es justamente de confirmar simplemente el poder del Derecho y para ello es necesario el sometimiento por la fuerza del culpable. Luego, cualquier otro fin no tiene sentido."¹⁴

En definitiva, para las teorías absolutas, considerando especialmente su expresión retribucionista, la pena es un mal que recae sobre un sujeto que ha cometido un mal desde el punto de vista del Derecho; siendo su única función sin ninguna otra finalidad.

1.1.2.- Teorías relativas de la pena

Frente a las teorías absolutas de las penas, surgen las teorías preventivistas o también denominadas teorías relativas, cuyos principales exponentes son Feuerbach, Bentham y Von Liszt, en el siglo XIX; los cuales no coinciden que la pena se legitime en sí misma, sino por finalidades que les son trascendentes, dichas finalidades pueden ser de prevención general en el que se asigna a la pena el objetivo de procurar

¹⁴ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general. Op cit., pág. 24.

que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delito, no lo cometan, y finalidad de prevención especial, cuando el objetivo de la pena radica en el intento de lograr que el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo.

Estas teorías de la prevención como fin de la pena ya permeaban como ideas en la antigua Grecia.

"Así, por ejemplo, "Sed Ne Peccetur", de Hugo Grotius. Procede de una frase que Platón ponía en boca de Protágoras: " Quien quiera castigar de manera racional, no debe hacerlo por el delito ya cometido..., sino pensando en el futuro para que en adelante ni el delincuente mismo vuelva a delinquir, ni tampoco lo hagan los otros que ven cómo el delincuente es castigado." ¹⁵

Observando que en el párrafo transcrito se vierten ya las ideas de la prevención especial y la prevención general, que hasta el siglo XIX son consagradas en las teorías relativas de la pena; y al igual que el autor del cual se tomó la cita consideramos, sin restarle el valor que le corresponde a las teorías absolutas la gran utilidad, pues no se trata únicamente de imponer la pena por la pena, que ésta sea un fin en sí misma, sino un medio de prevención para evitar el delito, coincidimos que los fundamentos ideológicos de las teorías relativas están constituidos por las teorías humanitarias, por la inclinación a la explicación científica causal del comportamiento humano y por la fe en la posibilidad de educar a las personas a través de una adecuada intervención sociopedagógica; se trata pues, de una función utilitaria, que no se funda en postulados éticos, morales o en cualquier caso idealista, sino en la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento de ciertos bienes

¹⁵ Citado por JESCHECK, Tomo I, pág. 98.

sociales. La pena no se justificaría como mero castigo del mal, como pura respuesta retributiva frente al delito (ya cometido), sino como instrumento dirigido a prevenir delitos futuros; y así, mientras que la retribución mira al pasado, la prevención mira al futuro.

Así, Gunter Stratenwerth refiere: "El pensamiento iluminista ha intentado desde siempre reemplazar las teorías absolutas a través de una concepción de la pena referida exclusivamente al fin racional de prevenir el delito. En este sentido, se habla de teorías relativas, dentro de las cuales es posible realizar diversas clasificaciones en referencia al problema de a quien debe dirigirse la influencia preventiva de la pena." ¹⁶

Las teorías penales de los siglos XVII y XVIII habían estado ciertamente determinadas por las ideas preventivas, pero únicamente Paul Johann Ansem V. Feuerbach (1775-1833), el mas grande criminalista alemán de la primera mitad del siglo XIX, distinguió desde el punto de vista teórico claramente entre prevención general y prevención especial.

a).- Prevención general.

La Prevención general ha sido sustentada entre otros, por Bentham y Feuerbach, quienes coinciden la pena como un medio para evitar que surjan delincuentes en la sociedad, el concepto de prevención general alude a la prevención frente a la colectividad.

¹⁶ STRATENWERTH, Gunter. Derecho penal, parte general I, Trad. de la 2ª ed. alemana de 1976, Madrid España, Ed. de derecho reunidas, S.A., 1982, pág. 14.

"Para Bentham, la pena debe ser útil, en forma general, por eso el fin de la pena es la prevención general, pero no sólo eso, sino que además es su único fundamento legitimante (que residiría en su utilidad y más precisamente en su necesidad). Para este autor el delito no es algo malo, reprobable moralmente, sino que está caracterizado por su dañosidad social, por eso las penas "son males infligidos, según las formas jurídicas a individuos convictos de un acto dañino prohibido por la ley, y con el fin de prevenir actos semejantes." ¹⁷

"Para Feuerbach, la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. Esto es, opera como coacción psicológica en el momento abstracto de la incriminación legal. La ejecución de la pena solo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal." ¹⁸

Siguiendo a Carlos Creus cuando nos habla de la prevención general refiere que "la pena tiene como objetivo procurar que los componentes de la sociedad que no hayan cometido delitos, no los cometan, reforzando la amenaza de la pena con su efectiva ejecución cuando alguien lo cometió y pone énfasis en la apreciación de Feuerbach denominándola "coacción psicológica", que quiérase o no, al decir de Creus, resulta harto veraz en la formación del Derecho penal que nos rige". ¹⁹

Independientemente de los fines que persiga esta teoría, le resultan críticas casi similares a las teorías absolutas, pues en relación al

¹⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 26.

¹⁸ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 56.

¹⁹ Cfr. CREUS, Carlos. Derecho penal, parte general, 2ª ed., Buenos Aires Argentina, Astrea, 1990, pág. 9.

individuo que se le aplica, la pena resulta puro castigo y algunos autores han llegado a ver esto como una deshumanización del Derecho penal; empero, no deja de ser un intento para lograr la convivencia humana y en el planteamiento preventivo general hay que destacar que es un intento importante para justificar la intervención penal en un Estado de Derecho, basandose no en razones ético-metafísicas, sino en razones sociales y político-jurídicas utilitarias.

En suma, los teóricos de la prevención general ven como finalidad de la pena la prevención del delito mediante el influjo que se ejercer sobre la sociedad en general.

b).- Prevención especial.

La idea de prevención especial es de antigua data, surge en la segunda mitad del siglo XIX con la dirección político criminal de Franz V. Liszt (1851-1919). Esta teoría de la prevención especial tiene como principal objetivo señalar que la finalidad al imponerse la pena en el autor del delito, al sufrirla, no vuelva a cometerlo.

El autor que logró universalizar la prevención especial fue V. Liszt, quien ya en su famoso programa de Marburgo planteó que la pena debía seguirse por el criterio de la prevención especial, y que según si el delincuente era ocasional, de estado o bien habitual incorregible, la finalidad de la pena sería intimidación individualmente considerada, la corrección o la inocuización.

En este sentido, Mir Puig en su libro de Derecho Penal, refiere: "Von Liszt consideró que la pena sólo podía justificarse por su finalidad preventiva; de ahí su concepto de "pena final". En su famoso "Programa de Marburgo", titulado en realidad, *La idea de fin en Derecho Penal*, sentó el siguiente programa político-criminal:

1).- La pena correcta, es decir, la justa, es la pena necesaria, lo que se determina con arreglo a la prevención especial.

2).- La finalidad de la prevención especial se cumple de forma distinta según las tres categorías de delincuentes que muestra la Criminología.

a).- Frente al *delincuente de ocasión* necesitado de corrección, la pena constituye un "recordatorio" que le inhiba de ulteriores delitos; b).- frente al *delincuente no ocasional pero corregible* - también llamado "de estado" porque en él el carácter de delincuente constituye ya un estado de cierta permanencia - deben seguirse la corrección y resocialización por medio de una adecuada ejecución de la pena; c) frente al *delincuente habitual incorregible*; la pena ha de conseguir su inocuización a través de un aislamiento que puede llegar a ser perpetuo." ²⁰

La función de la pena es, pues, para Von Liszt la prevención especial, por medio de la intimidación (del delincuente, no de la colectividad), la corrección y la inocuización.

²⁰ JESCHECK, Hans-Henrich, Tratado de Derecho Penal, parte general, Op cit., págs. 59 y 60.

Aparentemente, la teoría de la prevención especial, además de humanista y práctica, plantea diferentes problemas que no pueden verse de manera tan simple como parece ser a primera vista, pues por sí sola, no puede justificar el recurso a la pena, pues hay casos en que no es necesaria para la prevención especial, en otros no será posible y hasta no lícita en otros casos; sin embargo, no puede pregonarse la impunidad del sujeto, pues no tiene caso amenazar con la pena a delinquentes primarios u ocasionales que no manifiestan peligro de volver a delinquir, siendo innecesario frente a estos la intimidación, la resocialización o la inocuización.

Para mayor comprensión de lo ya asentado, tomamos los ejemplos del maestro Mir Puig que nos servirán para dar una explicación de su simple lectura: "El delincuente habitual no puede a veces ser resocializado, y tampoco le hace mella la intimidación de la pena; sus delitos no son a menudo lo suficientemente graves como para que parezca razonable un apartamiento suficiente de la sociedad. La resocialización, que puede aparecer como la única forma útil de prevención especial, puede no resultar lícita. Así, ya es evidente que frente a los delinquentes por convicción, políticos, terroristas, no cabe intentar la persuasión por la fuerza de un tratamiento. Pero en un Estado democrático, la resocialización nunca debe ser obtenida contra la voluntad del penado... En todos estos casos, sin embargo, es indudable que la improcedencia de la prevención especial no ha de poder conducir a dejar sin castigo al delincuente." ²¹

²¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 62.

1.1.3.- Teorías mixtas de la pena.

Posterior a la difusión de las teorías absolutas y relativas, desde luego han surgido críticas en contra de ambas, unas constructivas y otras destructivas, surgiendo, luego del análisis de todas las teorías y retomando los puntos de vista positivos, las teorías mixtas o eclécticas.

Adelantandonos a los planteamientos de las teorías mixtas o eclécticas coincidimos con el maestro Mir Puig y sostenemos que se pueden combinar los planteamientos de las teorías y resumir en tres puntos:

- 1.- Realización de la justicia;
- 2.- Protección de la sociedad a través de la amenaza de la pena dirigida a la colectividad;
- 3.- Protección de la sociedad evitando la reincidencia del delincuente.

De lo anterior se observa que estamos resumiendo en el punto uno la teoría absoluta de la pena, en el punto dos la teorías relativa general y en el tres la especial.

Siguiendo las anteriores puntualizaciones, Jescheck, señala: "Las teorías eclécticas (o de la unión), intentan mediar entre las teorías absolutas y las relativas, pero no a través de la simple adición de ideas contrapuestas, sino a través de la reflexión práctica de que la pena y la realidad de su aplicación frente al afectado por ella y frente a su mundo circundante, siempre desarrolla la totalidad de sus funciones; así que lo que interesa es reunir todos los fines de la pena en una reacción

equilibrada (método dialéctico), aunque, caso de que se presenten las inevitables antinomías de los fines de la pena, hay que inclinarse por uno u otro principio." ²²

Bustos Ramírez plantea por lo menos tres hipótesis de estos intentos mediadores en su Derecho Penal, parte general.

1.- "El planteamiento más simple y que viene ya de V. Liszt es el de la doble vía del Derecho penal... esto es, se le reconoce una naturaleza retributiva, pero en caso de ciertos delincuentes estima necesario proceder con criterios preventivos especiales, aplicar medidas." ²³

Observamos nosotros que se quiere compaginar o complementar la teoría absoluta retribucionista con la prevención especial.

2.- "Otra posibilidad es combinar retribución con prevención general, ya sostenida por Merkel en el siglo pasado, para el cual si bien la pena era un mal y una respuesta a la acción realizada, tendría un fin de fortalecer los preceptos y las obligaciones violadas por medio de la acción delictuosa." ²⁴

3.- "Otra fórmula mixta es aquella que plantea el carácter esencialmente preventivo del Derecho penal e intenta unir prevención

²² JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Op cit., pág. 108.

²³ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 35.

²⁴ Idem.

general con especial, dando casi siempre una mayor preponderancia al criterio preventivo general." ²⁵

Observando todas las teorías de la pena, como ya lo hemos señalado, desde luego todas pretenden encontrar algo bueno en ella; empero, desde diferentes puntos de vista, y esto es entendible también por la época en que van surgiendo, observándose claramente que incluso parecen ir aparejadas a la historia de la humanidad en relación al delito y su sanción, esto es, de la venganza privada a la venganza pública (teoría absoluta) hasta las políticas humanitarias resocializadoras y socializantes.

1.2. - LIMITES MATERIALES AL JUS PUNIENDI

En los apartados anteriores hablamos del jus puniendi como potestad del Estado para imponer penas y medidas de seguridad y lograr la convivencia armónica de la sociedad, empero, tal potestad no implica que se ejerza de forma onminodo o arbitraria como se verá mas adelante, pues el Derecho está destinado a las personas humanas, punto de vista que no debe de perderse como aparentemente las teorías absolutas lo hacen, incluso la relativa general.

Todas las personas como sociedad y en especial como individuos tienen aspiraciones y objetivos en la vida que para el logro de éstos se valen de los medios que tienen a su alcance y que puede también proporcionarle en su conjunto ya sea la sociedad o en el último de los casos el Estado por medio de los servicios que este presta; no obstante, en muchas ocasiones las conductas de las personas en lo individual pueden

²⁵ Idem.

ser contrarias a una norma, ya sea administrativa, civil o penal y es cuando el Estado interviene en uso del jus puniendi para volver las cosas a su cause armónico; empero, los métodos con que cuenta el Estado, como se a dicho, encuentran límites pues no puede hacer uso indiscriminado de la fuerza pública o de su poder para ejercer su potestad punitiva, por ello es el mismo Estado quien para justificar su existencia ante la sociedad o en la mayoría de las veces que se trata de una prerrogativas de los ciudadanos que se ha venido ganando a través de la historia ya sea por parte de los parlamentos en el sistema europeo o los Congresos en Latinoamérica, se han creado límites a tal poder que tienen un origen material o formal.

En este sentido Muñoz Conde, refiere: "La idea de los hombres de conseguir una paz social justa, un sistema equitativo que ampare sus derechos fundamentales y una seguridad personal que evite los despotismos y arbitrariedades, han ido formando un patrimonio común, una plataforma sobre la que debe descansar también el ejercicio del poder punitivo.

Estas ideas sirven de línea directriz en la creación, aplicación y ejecución de las normas penales. Su naturaleza es tanto política como jurídica, su origen hay que buscarlo, con todas las reservas que suponen buscar una fecha para el nacimiento de una idea, en ese momento histórico, que suele fijarse en la Revolución Francesa y en el pensamiento ilustrado del siglo XVIII, en el que por lo menos, a nivel teórico, el poder del Estado pasa a ser controlado y limitado." ²⁶

²⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 69.

A partir de esa época, el Derecho penal comienza a considerarse como un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que sólo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el "imperio de la ley". Para ello, surgen límites al poder punitivo estatal, límites que se basan en última instancia en la dignidad humana y en la idea de la justicia misma.

Los tratadistas europeos han dado nombre a las circunstancias que limitan el poder del Estado denominado *ius puniendi*, dividiendo estos límites en materiales y formales, a su vez, dentro de los materiales tenemos el llamado principio de intervención mínima en el cual se encuentran inmersos "última ratio o subsidiariedad del Derecho penal" y "el carácter fragmentario".

1.2.1.- Principio de Intervención mínima (última ratio y carácter fragmentario)

El autor que plantea el problema así como la justificación de este principio, es Bustos Ramírez, quien magistralmente expone: "El Derecho penal ha de entenderse como *última ratio*, esto es, solo debe recurrirse a él cuando han fallado todos los demás controles, ya sea formales o informales. La gravedad del control penal, es decir, el modo tan directo y personal de ejercicio de la violencia estatal que él significa, impone que sólo se le considere en última instancia. Es el único recurso que ha de utilizar el Estado, solo en este caso está justificado su empleo. Estrechamente vinculado a lo anterior está el carácter fragmentario del derecho penal, es decir, dada la gravedad del control penal no es posible utilizarlo frente a toda situación, sino solo respecto de hechos muy determinados y específicos. De otro modo, el Estado

podría convertirse en un Estado policial y, además se correría el riesgo de paralizar toda la colectividad social, a través de la violencia penal. Los ciudadanos de un Estado de Derecho no pueden vivir bajo la amenaza penal constante en todas sus actividades sociales, esto sería la negación del Estado de Derecho, pues provocaría la inseguridad de sus ciudadanos." ²⁷

Si bien, Bustos Ramírez señala que resulta un poco peligroso utilizar la expresión subsidiariedad del Derecho penal como sinónimo de la expresión "ultima ratio", porque pareciera ser que da la idea de un orden previo y principal, sin embargo, Muñoz Conde y Mir Puig sí utilizan tal expresión y explican también en forma magistral el porqué:

Así, Muñoz Conde, expresa "... dentro del ordenamiento jurídico, al Derecho penal le corresponde la tarea más ingrata y temible; la de sancionar con las sanciones más graves los ataques más intolerables a los bienes jurídicos más importantes, y en este sentido, sí se puede decir que el Derecho penal debe ser subsidiario al resto de las normas del ordenamiento jurídico, por cuanto en ello se expresa su carácter de "última ratio"; es decir, cuando el ataque no sea muy grave o el bien jurídico no sea tan importante, o cuando el conflicto pueda ser solucionado con soluciones menos radicales que las sanciones penales propiamente dichas, deben ser aquellas las aplicables." ²⁸

Coincide con ello el maestro Santiago Mir Puig, cuando señala: "Para proteger los intereses sociales el Estado debe agotar los medios menos lesivos que el Derecho penal, antes de acudir a éste, que en

²⁷ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 49.

²⁸ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 73.

este sentido debe constituir un arma subsidiaria, una última ratio, deberá preferirse ante todo la utilización de medios desprovistos del carácter de sanción penal, como son las civiles o administrativas, y solo cuando ninguno de estos medios sean suficientes estará legitimado el recurso de la pena o medida de seguridad... Un segundo principio derivado de la limitación del Derecho penal a lo estrictamente necesario, es el postulado del "carácter fragmentario del Derecho penal". Significa que el Derecho penal no ha de sancionar todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo las modalidades de ataque más peligroso para ellos. Así no todos los ataques a la propiedad constituyen delito, sino ciertas modalidades especialmente peligrosas, así como el apoderamiento subrepticio, violento o fraudulento..."²⁹

Advirtiéndose de lo anterior, que entran en juego así, el *principio de subsidiariedad*, según el cual el Derecho penal ha de ser la última ratio, el último recurso a utilizar a falta de otros menos lesivos. El llamado *carácter fragmentario del Derecho penal* que constituye una exigencia relacionada con la anterior. Que de acuerdo con el maestro Santiago Mir Puig, ambos postulados integran el llamado *principio de intervención mínima*.

En conclusión a lo anterior, podemos decir que el Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata pues de una exigencia de economía social coherente con la lógica del Estado social, que debe buscar el mayor bien social con el menor costo social.

²⁹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 99.

1.2.2.- Principio de protección de los bienes jurídicos.

Muy ligado al principio de intervención mínima se encuentra el de protección de los bienes jurídicos, pues en el carácter fragmentario se puso de manifiesto que el *jus puniendi* debe de intervenir desde luego, en protección de bienes jurídicos pero como *última ratio* y además tomando en consideración que tales bienes jurídicos no se encuentren protegidos ya por otra norma, menos rigurosa que la penal.

Es en este principio, en el que se pone de manifiesto la importancia de qué es lo que protege el Derecho penal y qué es lo protegido, y como lo señala Bustos Ramírez: "...problema que la teoría penal ha intentado solucionar mediante el desarrollo de la teoría del bien jurídico. Es decir, la intervención del Estado solo es posible y necesaria cuando se trata de la protección de bienes jurídicos. Luego, este principio también entra a limitar materialmente el poder punitivo del Estado..." Pues "...No se pueden establecer penas que no tengan su fundamento en la existencia de un bien jurídico protegido, no se pueden establecer delitos, que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico; es necesario ir a la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa de un bien jurídico." ³⁰

Coincidimos con Mir Puig en cuanto a la definición de BIEN JURIDICO cuando refiere: "El Derecho penal de un Estado social ha de justificarse como un sistema de protección de la sociedad. Los intereses sociales que por su importancia pueden merecer la protección del Derecho, se denominan *bienes jurídicos*." ³¹

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Op cit., pág. 50.

³¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 100.

Los bienes jurídicos son bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad y por lo tanto merecedoras de la protección del poder coactivo del Estado, a través de la pena pública.

Estos bienes jurídicos refiriéndonos a la materia penal, porque los bienes jurídicos no son exclusivos del Derecho penal, sino del ordenamiento jurídico en general, pero nuestro trabajo debe enfocarse con exclusividad a la penal, subyacen en las normas penales; así, en el delito de HOMICIDIO se protege la vida como bien vital imprescindible de los individuos, siendo el valor supremo y el que merece mayor protección por parte no únicamente del Derecho penal sino de todo el ordenamiento jurídico; en el delito de LESIONES la salud o la integridad personal, en el delito de ROBO el bien o el valor que se pretende conservar es el patrimonio; otros tipos penales tienen como protección a los bienes jurídicos la libertad personal, la propiedad, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, etc., advirtiendo o poniéndose de manifiesto que estos bienes jurídicos son necesarios para la convivencia humana, en sociedad o en forma individual, y por lo mismo, la misma comunidad a través de sus representantes, ya sea en los Parlamentos europeos o en los Congresos Latinoamericanos han procurado su protección por medio de las normas penales, si bien con las limitaciones señaladas en el inciso que antecede.

En este sentido, Mir Puig expresa: "... Un Estado social y democrático de Derecho sólo deberá amparar como bienes jurídicos condiciones de la vida social, en la medida en la que afecten a las posibilidades de participación de individuos en el sistema social. Y para que dichos bienes jurídicos merezcan ser protegidos penalmente y considerarse bienes jurídicos penales, será preciso que tengan una importancia fundamental. Todo ello puede verse como una exigencia del Estado social. El Derecho penal de tal Estado no ha de ocuparse en

respaldar mandatos puramente formales, valores puramente morales, ni intereses fundamentales que no comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social." ³²

Siguiendo a Muñoz Conde: "... Bienes jurídicos son aquellos presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social... entre estos presupuestos se encuentran en primer lugar, la vida y la salud -negados por la muerte y el sufrimiento- ... A esto presupuesto existenciales e instrumentales mínimos se les llama bienes jurídicos individuales, en cuanto afectan directamente a la persona individual. Junto a ellos vienen en consideración los llamados bienes jurídicos comunitarios que afectan más a la comunidad como tal, al sistema social que constituye la agrupación de varias personas individuales, y supone un cierto orden social o estatal. Entre estos bienes jurídicos sociales o universales se cuentan la salud pública, la seguridad en el tráfico motorizado, la organización política, etc..." ³³

En México se encuentran bien definidos los bienes jurídicos individuales y los bienes jurídicos comunitarios en el Código Penal, pues dentro de los primeros se consideran los delitos contra los particulares o que atacan bienes de particulares o individuales y por lo que hace a los segundos, a los delitos que atacan a los bienes jurídicos comunitarios, al orden social o estatal establecido.

A todo lo anterior podemos decir que el Derecho penal, como todo el ordenamiento jurídico, tiene una función eminentemente

³² Ibidem., pág 102.

³³ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 59.

protectora de bienes jurídicos, pero en esta función de protección le corresponde tan solo una parte, y ciertamente la última, interviniendo únicamente cuando fracasan las demás barreras protectoras de los bienes jurídicos que deparan otras ramas del Derecho, y ello ha llevado a un cierto sector de la doctrina a decir que frente a otras ramas, el Derecho penal tiene carácter subsidiario.

1.2.3.- Principio de la dignidad de la persona.

En el Estado democrático y nosotros pensamos que incluso en los Estados totalitarios, el Derecho penal o mejor dicho el jus puniendi tiene como límite también el principio de la dignidad de la persona.

La persona humana, independientemente que se trate de un delincuente merece ser tratada en forma digna, pues el hecho de haber actuado en contravención a las normas de convivencia no da derecho al Estado a tratarlo como una bestia, por ello, los tratadistas son unánimes en ese sentido de que los medios utilizados por el legislador, Código Penal, no deben atentar contra la dignidad completa de las personas, es decir, no deben convertirse en elementos de sometimiento y desigualdad de mayor miseria y necesidad, de ahí que la mayoría de las Constituciones y legislaciones penales proscriban la pena de muerte, la tortura, las penas infamantes como podemos constatar de la lectura del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que textualmente establece: "...quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otra pena inusitadas y trascendentales..." reservando tal artículo en su último párrafo la pena de muerte para el traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o

ventaja, al incendiario, al plaguario, al salteador de camino, al pirata y a los reos del delito grave del orden militar; empero, la legislación ordinaria, salvo error de la suscrita no prevé la pena de muerte, quedando exclusivamente esta pena en el Código Castrense.

"El principio de humanidad obliga siempre reconocer que el delincuente, por cualquier delito que hubiera cometido es un semejante, una persona humana que tiene derecho a ser tratado como tal y a reintegrarse en la comunidad como un miembro de pleno derecho." ³⁴

Desde este momento señalamos nosotros que este principio de dignidad de la persona o de humanidad es fundamental durante todo el procedimiento penal y consideramos que es el que inspira a los sustitutivos penales ya sean judiciales o administrativos y en este sentido Muñoz Conde refiere: " En materia de ejecución penitenciaria, el principio de humanidad obliga a tratar con respeto al encarcelado y procurar su reincursión en la vida social, una vez que haya salido de la cárcel, ahorrándole en todo caso, todo tipo de vejaciones inútiles y de sufrimientos." ³⁵

"Es la dignidad del individuo, como límite material primero a respetar por un Estado democrático lo que va fijando topes a la dureza de las penas y agudizando la sensibilidad por el daño que causan en quienes la sufren. Aunque al Estado y hasta la colectividad en general pudieran convenir penas crueles para defenderse, a ello se opone el respeto de la dignidad de otro hombre -también del delincuente- que debe asegurarse en un Estado para todos".³⁶

³⁴ Ibidem., pág. 84.

³⁵ Ibidem., pág. 85.

³⁶ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 105.

Según los autores europeos con base al principio de dignidad de las personas es que se han despenalizado múltiples conductas antes punibles y también se han atenuado paulatinamente la gravedad de las penas señaladas en los delitos, incluso, se pugna por que la pena privativa de libertad tenga un límite máximo de quince años.³⁷

No encontramos una definición satisfactoria del principio de humanidad o de dignidad de las personas, pero todos los autores se manifiestan en el sentido de que son las condiciones mínimas que las personas que cometieron un delito deben tener por parte del Estado sin que vaya en contra de su dignidad como seres humanos, y probablemente el autor que a nuestro juicio acerca una mejor definición es Jescheck cuando manifiesta: " fundamento de la política criminal ha de ser por último el principio de humanidad. Este principio impone que todas las relaciones humanas que el Derecho hace surgir en el más amplio sentido se regulen sobre la base de una vinculación recíproca, de una responsabilidad social hacia el delincuente, de una libre disposición a la ayuda y asistencia sociales y de una decidida voluntad de recuperación del condenado." ³⁸

1.3. - LIMITES FORMALES AL JUS PUNIENDI.

Corresponde ahora el estudio de los principios que limitan formalmente al jus puniendi, siendo estos, los que a través de la historia, en especial a partir de la Revolución Francesa, comienzan a vislumbrar los juristas como garantías de todo ciudadano y no únicamente de los criminales, siendo de estos el principio más importante el esbozado en forma magistral por Feuerbach, quien ha sido considerado el padre del

³⁷ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 104.

³⁸ JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 35.

Derecho penal y quien desde el año 1801 lo expresó con la fórmula latina: "nulla poena sine lege" (no hay pena sin ley), "nulla poena sine crimine" (no hay pena sin crimen), nullum crimen sine poena legalis (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal), siendo conocido hasta la fecha tal principio, en forma sintética como "Nullum crimen nulla poena sine lege"; El principio del juicio legal o garantía jurisdiccional y el principio de ejecución legal (de la pena), que en seguida desglosaremos.

Para el estudio de este apartado, estamos siguiendo en especial a Juan Bustos Ramírez para efectos didácticos y pragmáticos, ya que todos los autores que hemos estudiado como son Mir Puig, Muñoz Conde, Jescheck, Roxin, etcétera, tratan estos temas, empero no con la misma sistematización, luego entonces, complementaremos la exposición de Bustos Ramírez con las de los demás autores, si bien no siguen el mismo orden que el primero de los mencionados.

1.3.1.- Principio de legalidad (nullum crimen, nulla poena sine lege).

Hemos señalado que tal principio se debe al considerado por todos los penalistas como el padre del Derecho penal, Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach, y al decir de Bustos Ramírez, éste principio a su vez se subdivide en tres aspectos:

- 1.- Nulla poena sine lege scripta.
- 2.- Nulla poena sine lege stricta.
- 3.- Nulla poena sine lege previa.

1.- Respecto a la *nulla poena sine lege scripta*, también se le denomina garantía criminal y exige que el delito se halle determinado por la ley, y no por la costumbre; con esto queremos decir, que la ley como fuente del Derecho es la creada por el legislador y no otra y esta siempre está plasmada en un Código o cuerpo de leyes, no quedando al arbitrio de las autoridades su creación sino exclusivamente al legislador, y es a través de este legislador que se expresa la voluntad popular, pues como acertadamente lo señala Bustos Ramírez: "La costumbre, la jurisprudencia, los principios generales del Derecho, por su generación no constituyen una suficiente garantía al ciudadano, ya que él queda al margen, y evidentemente la base fundamental de la garantía penal es la posibilidad de participación del ciudadano en la creación de los delitos y las penas."³⁹

Podemos adelantar que en este principio se encuentra inmerso el modernamente denominado garantía del tipo, esto es, que el tipo penal, descripción de una conducta considerada como lesiva a la sociedad por el legislador, debe estar forzosamente contenida en una ley (escrita) para que funja como garantía del gobernado y no cualquier conducta sea considerada como crimen o delito, sino las que se encuentran exclusivamente enmarcadas en la ley penal.

"La tipicidad es una consecuencia del principio de legalidad, ya que solo por medio de la descripción de las conductas prohibidas en tipos penales se cumple el principio *nullum crimen sine lege*; pero también del principio de intervención mínima por cuanto generalmente solo se tipifican los ataques generalmente graves a los bienes jurídicos más importantes."⁴⁰

³⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general. Op cit., pág. 69

⁴⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general. Op cit., pág. 214.

Complementando lo expresado por Muñoz Conde así como nuestros comentarios, viene a apoyar nuestra postura un párrafo de Mir Puig, que a la letra dice: "El principio de legalidad no es solo, entonces una exigencia de seguridad jurídica, que requiera solo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la garantía política de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo. Así entendido el postulado nullum crimen, nulla poena sine lege pasó a inspirar las legislaciones de todos los países cultos." ⁴¹

Hemos abundado en que no hay crimen sin ley; sin embargo, el apartado que nos ocupa se refiere también a que no hay pena sin ley, esto es, que no basta que una conducta antisocial se encuentre descrita en una ley, para con ello conservar la paz social sino que es necesario fijar la pena, sus características así como su temporalidad solo así se complementa el principio nullum crimen, nulla poena sine lege. Complementandose con esto la seguridad jurídica, pues así los ciudadanos estarán enterados en forma fehaciente de cuales conductas deben evitar por su dañosidad social así como la pena a que se harán merecedores en caso de cometerla.

2.- - En términos similares se refiere Mir Puig y Bustos Ramírez, cuando nos hablan del principio de la nulla poena sine lege stricta, pues nos manifiestan su total rechazo a la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía in mala partem). Analogía, es trasladar una regla jurídica a otro caso no regulado en la ley por la vía del argumento de la semejanza de los casos.

⁴¹ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., págs. 83 y 84.

"La aplicación analógica de la ley, tiene lugar cuando a estas se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes." ⁴²

Este requisito (*lex stricta*) impone un cierto grado de precisión de la ley penal, que da lugar al llamado -mandato de determinación-; que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear, impidiendo así que el juez se convierta en legislador, tanto para la creación del tipo penal como de la pena, constituyendo un límite a la actividad judicial; pues sería ilógico la creación de una norma que contuviera una conducta y una pena indeterminada en los siguientes términos: "el que dañe o destruya antijurídicamente algo, será castigado", pues tal norma actualmente sería inconstitucional, ya que no describe el tipo ni la pena; siendo que la doctrina es conteste en señalar sucintamente los elementos del delito (conducta típica, antijurídica y culpable), así como los elementos del tipo penal (conducta, sujetos, objetos, resultado, nexos causal, elementos subjetivos específicos, elementos normativos, etcétera) y en todas las leyes punitivas, precisamente se expresa la pena a aplicar, si bien es cierto entre un mínimo y un máximo, la mayoría de las veces, ello no quiere decir que se encuentre indeterminada, pues esto se determina en función a la culpabilidad graduada y nunca rebasa el máximo, por lo que siempre habrá un límite para el poder punitivo o *jus puniendi*.

⁴² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano, 12ª ed., México, Porrúa, 1999, pág. 570.

3.- Como corolario al principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege", se desprende la prohibición de la retroactividad y entonces, siguiendo el latinismo que hemos venido utilizando, se establece que no hay crimen, no hay pena sin una ley previa (nulla poena sine lege previa).

Tal principio resulta lógico al común de la gente al plantearse que un hecho no puede ser considerado como delito si antes de su consumación no ha sido previsto en una ley, tampoco puede ser impuesta una pena por un hecho delictuoso con una sanción superior a la que ya estaba establecida al momento en que ocurrieron los hechos.

"Esta exigencia es inseparable del principio de legalidad penal: si debe existir una ley que defina las conductas como delictivas para poder percibir las, dicha ley, debe estar vigente en el momento en que se cometen los hechos. Por ello, la ley penal es irretroactiva y no puede aplicarse a hechos anteriores a su entrada en vigor." ⁴³

Es claro que la doctrina y las legislaciones mexicana y extranjeras tienen como principio constitucional la no retroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna como una garantía del ciudadano de seguridad jurídica, pues a través de esta se controla el poder punitivo estatal en todos los estadios en que éste se ejerce.

⁴³ MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 108.

1.3.2.- Principio del juicio legal

Como hemos referido, el principio de legalidad exige que la ley sea escrita, estricta y previa al hecho que se imputa o atribuye al delincuente o criminal (probable) y que tal tarea, creación de la ley corresponde al órgano legislativo, esto no lo puede hacer ni siquiera el juez, ya que a este le corresponde imponer la pena tras un proceso legalmente establecido, y esto es, lo que los autores denominan garantía jurisdiccional o principio del juicio legal.

Igual que la ley penal que surge por la acción del legislador mediante el respectivo procedimiento constitucional, la propia Constitución de los países democráticos establece como garantía que la imposición de las penas así como el juicio previo debe estar regulado por las leyes correspondientes, (Código de Procedimientos Penales locales y federales) y su aplicación a cargo de órganos específicamente establecidos en la propia ley que dimana de la misma Constitución; esto es, no cualquier funcionario del Estado puede seguir un juicio por un hecho que se considera delictuoso e imponer una pena, sino que específicamente corresponde al órgano jurisdiccional, jueces o magistrados, quienes deberán ceñir sus actos procesales a un ordenamiento legalmente establecido y no creado exprofeso para juzgar determinado acto.

1.3.3.- Principio de ejecución legal

Una vez que se ha determinado mediante una ley escrita las conductas punibles, que se ha determinado la pena a aplicar, que se ha seguido un juicio con las formalidades esenciales tras un proceso legalmente establecido, el cual concluye con una pena dictada en una

sentencia condenatoria por un órgano jurisdiccional competente constitucionalmente, advirtiendo hasta este momento que conforme a la doctrina de la división de poderes han intervenido por lo menos el Poder Legislativo y el Poder Judicial, y corresponde al Poder Ejecutivo, precisamente la ejecución de la pena, pues la sentencia que resuelve la responsabilidad penal es simplemente declarativa.

La ejecución de la pena en la actualidad, también es una garantía del ciudadano que ha delinquido, pues esta debe sujetarse a una ley especialmente dirigida a la autoridad administrativa y tienden a exigir respeto en su imposición salvaguardando la dignidad humana.

Así Mir Puig, señala: "La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule".⁴⁴

Lo que doctrinalmente ha desembocado en nuestro país en el denominado Derecho Penitenciario, y según Carlos Creus, Derecho de Ejecución Penal o Derecho Ejecutivo y que tiene por objeto los modos de efectivización de la pena y/o medidas de seguridad, cuyo estudio mas específico lo llevaremos a cabo en los capítulos siguientes.

⁴⁴ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág. 84.

CAPITULO II

FUNDAMENTOS JURIDICOS

SUMARIO

**2.1.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL. 2.2.- FUNDAMENTO LEGAL
DE LA PENA Y DE SU EJECUCION EN EL DISTRITO FEDERAL.**

2.1.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

2.1.1.- Artículo 14

Los fundamentos constitucionales de nuestro Derecho Penal y como consecuencia de la pena lo encontramos en los párrafos segundo y tercero del artículo 14 y 122 de la Carta Magna, y del Sistema Penitenciario en el artículo 18; de los demás límites formales al jus puniendi los encontramos en los artículos 16, 19, 21, 22 y 23.

Como lo señala el maestro Pavón Vasconcelos, la ley es la única fuente del Derecho penal; empero, desde luego como se señaló en el párrafo que precede, conforme a la pirámide de las normas, la ley dimana de la Constitución en los Estados democráticos.

"La exigencia de una ley previa para calificar un hecho de delito y en consecuencia para fundamentar la pena, ha sido conocida con

el nombre de principio de legalidad, de reserva o de exclusividad y se encuentra reconocido, ... en el artículo 14 constitucional. Igualmente el Código Penal del Distrito Federal en vigor, aplicable en materia Federal lo reproduce al declarar en su artículo 7º: 'Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales'. De esta manera se confirma nuestra aseveración inicial de que la ley es la única fuente del Derecho penal."⁴⁵

A efecto de que quede más claro el fundamento constitucional del Derecho penal y de la pena y conforme a nuestro trabajo como límites formales al jus puniendi, es necesario transcribir el precepto a que se refiere el párrafo que precede:

Artículo 14.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

El Doctor Ruben Delgado Moya, al analizar los cuatro párrafos del artículo 14 en cita, señala: "este numeral contempla, a través de las garantías específicas de seguridad jurídica y de la derivada

⁴⁵ PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano, Op cit., pág. 87.

de la legalidad que comprende cuatro garantías individuales fundamentales que son:

1a.- La irretroactividad legal (párrafo primero);

2a.- La de audiencia (párrafo segundo);

3a.- La legalidad en materia civil (en sentido amplio) y judicial administrativa (párrafo cuarto), y

4a.- La de legalidad en materia judicial (párrafo tercero)." ⁴⁶

Conforme lo estudiado en el capítulo primero de este trabajo podemos observar que en el párrafo segundo y tercero del artículo 14 constitucional, se encuentra como límites formales al jus puniendi, el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege", esto en forma resumida pero que, Feuerbach lo expresó en latín: "nulla poena sine lege" (no hay pena sin ley), "nula poena sine crimene" (no hay pena sin crimen) y "nullum crimen sine poena legalis" (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal); también el principio del juicio legal o garantía jurisdiccional y el principio de ejecución legal.

También señalamos que Bustos Ramírez al principio de legalidad lo subdivide en tres: "1.- nulla poena sine lege scripta; 2.-nulla poena sine lege estricta y 3.- nulla poene sine lege previa" que ya analizamos en el punto 1.3.1, y podemos señalar que en el párrafo segundo del artículo 14 de referencia se encuentra inmerso el primero de los principios, esto es, el que prohíbe la aplicación de las penas sin una ley escrita (nulla poena sine lege scripta), al señalar: **Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente**

⁴⁶ DELGADO MOYA, Ruben. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9ª ed, México, Sista, 1999. págs. 21 y 22.

de la legalidad que comprende cuatro garantías individuales fundamentales que son:

- 1a.- La irretroactividad legal (párrafo primero);
- 2a.- La de audiencia (párrafo segundo);
- 3a.- La legalidad en materia civil (en sentido amplio) y judicial administrativa (párrafo cuarto), y
- 4a.- La de legalidad en materia judicial (párrafo tercero)."⁴⁶

Conforme lo estudiado en el capítulo primero de este trabajo podemos observar que en el párrafo segundo y tercero del artículo 14 constitucional, se encuentra como límites formales al jus puniendi, el principio de "nullum crimen, nulla poena sine lege", esto en forma resumida pero que, Feuerbach lo expresó en latín: "nulla poena sine lege" (no hay pena sin ley), "nula poena sine crimene" (no hay pena sin crimen) y "nullum crimen sine poena legalis" (a todo hecho criminal le corresponde una pena legal); también el principio del juicio legal o garantía jurisdiccional y el principio de ejecución legal.

También señalamos que Bustos Ramírez al principio de legalidad lo subdivide en tres: "1.- nulla poena sine lege scripta; 2.- nulla poena sine lege estricta y 3.- nulla poene sine lege previa" que ya analizamos en el punto 1.3.1, y podemos señalar que en el párrafo segundo del artículo 14 de referencia se encuentra inmerso el primero de los principios, esto es, el que prohíbe la aplicación de las penas sin una ley escrita (nulla poena sine lege scripta), al señalar: **Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente**

⁴⁶ DELGADO MOYA, Ruben. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 9ª ed. México, Sista, 1999. págs. 21 y 22.

establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Este principio guarda íntima relación con el artículo 122 base primera fracción V constitucional que señala funciones de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, fracción V inciso h) que a la letra dice:

"Artículo 122.- Base primera. Respecto a la Asamblea Legislativa...V.- La Asamblea Legislativa en los términos del Estatuto de Gobierno, tendrá las siguientes facultades:

- - - h) Legislar en las materias civil y penal, normar el organismo protector de los derechos humanos, participación ciudadana, defensoría de oficio..."

Ya que de lo anteriormente transcrito se acoge la potestad que la Asamblea Legislativa tiene de legislar en materia penal, esto es, la facultad de expedir las leyes que deberán ser aplicables cuando se cometan esas conductas ilícitas.

Por lo que hace al subprincipio de legalidad y que Bustos Ramírez especifica como "nulla poena sine lege stricta" y que exige que el delito se haya determinado por la ley y no por la costumbre, se encuentra inmerso en el párrafo tercero del artículo 14 que a la letra dice: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este

decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata..."

Este párrafo de la Constitución manifiesta su rechazo a la aplicación analógica de la ley, puesto que la pena a aplicar por un delito debe estar determinada en la ley exactamente, prohibiendo su aplicación a situaciones similares o que se le parezcan, y para su comprensión transcribimos la explicación del maestro Burgoa Orihuela:

"La aplicación analógica de la ley, tiene lugar cuando a estas se atribuyen efectos normativos sobre casos reales (actos, hechos, relaciones o situaciones) que no están previstos en ella, pero que guardan con las hipótesis expresamente reguladas no una semejanza absoluta (identidad) sino una similitud relativa, o sea, en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes."⁴⁷

En el párrafo primero de artículo 14 constitucional se consagra el principio de legalidad "nulla poena sine lege previa", conocida doctrinalmente como principio de irretroactividad de la ley.

"Artículo 14.- A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna."

Este párrafo no es exclusivo de la materia penal, pues también tiene aplicación en las materias civil, familiar, etcétera; empero, donde mayor importancia se le da por el bien jurídico que se protege, que

⁴⁷ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, Op cit., pág. 570.

en materia penal sería en nuestro país la libertad personal, es que se le ha dado un estudio casi exclusivo en las ciencias penales.

Nosotros señalamos en el punto 1.3.1 que el principio de irretroactividad de la ley resulta lógico y entendible al común de la gente al plantearse que un hecho no puede ser considerado como delito si antes de su consumación no ha sido previsto en una ley, tampoco puede ser impuesta una pena por un hecho delictuoso con una sanción superior a la que ya estaba establecida en el momento en que ocurrieron los hechos.

A manera de crítica y siguiendo el principio de irretroactividad de la ley, esto es, de la prohibición constitucional de aplicar retroactivamente la ley en perjuicio de persona alguna, es pertinente señalar la mala redacción de los artículos 1º y 2º del Código Penal, pues dan la idea de que permite su aplicación por hechos pasados, esto es, antes de su entrada en vigor, como se puede leer de éstos:

Artículo 1.- Este Código se aplicará en el Distrito Federal por los delitos de la competencia del fueron común, cometidos en su territorio.

Artículo 2.- Se aplicará asimismo, por los delitos:
I.- Cometidos en alguna entidad federativa, cuando produzcan sus efectos dentro del territorio del Distrito Federal..."

Por lo que proponemos que en los artículos 1º y 2º del Código Penal, se cambie la palabra "cometidos" por "que se cometan", pues cometidos quiere decir anterior al momento, y si lo trasladamos gramaticalmente referidos a los artículos que nos ocupan,

puede pensarse que cuando entró en vigor el Código Penal, en ese momento únicamente los hechos delictuosos que ya se habían cometido podrían punirse por este Código sin referirse a futuros eventos típicos.

En el propio artículo 14 párrafo segundo se contempla el principio del juicio legal, cuando refiere: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho."

"La garantía de audiencia en nuestro actual artículo 14 constitucional, se integra, según hemos afirmado, mediante cuatro garantías específicas de seguridad jurídica, necesariamente concurrentes, y que son: el juicio previo al acto de privación; que dicho juicio se siga ante tribunales previamente establecidos; el cumplimiento o la observancia de las formalidades procesales esenciales; y la decisión jurisdiccional ajustada a las leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio."⁴⁸

2.1.2.- Artículo 18

Ahora bien, el fundamento constitucional de nuestro Derecho Penitenciario lo encontramos en el artículo 18, el en que de manera clara se precisa cuándo habrá lugar a la prisión preventiva así como el lugar destinado para la extinción de las penas, esto en su párrafo primero, y en el segundo párrafo encontramos la finalidad de la

⁴⁸ Ibidem., pág. 531.

pena, advirtiendo que el Constituyente atendió, doctrinalmente, a las teorías relativas de la pena tanto a la especial como a la general, pues textualmente refiere tal precepto:

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

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

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

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

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren cumpliendo penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas, con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la

República o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivos la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos solo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.

El precepto transcrito es el eje central sobre el cual gira el Sistema Penitenciario en México y sobre el cual los estudiosos del derecho han construido el denominado "Derecho Penitenciario", el cual según "Novelli", tomado de la obra de Emma Mendoza Bremauntz, "Es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución." ⁴⁹

Emma Mendoza Bremauntz señala: "Para Cuello Calón, es derecho de ejecución penal y 'contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado', esto es, implica un sentido de garantía ejecutiva de las penas en beneficio del sentenciado que complementa la garantías de tipo penal y criminal que se tienen durante todo el proceso penal, lo cual introduce un principio de legalidad en el proceso de la ejecución de penas." ⁵⁰

Señala la maestra Mendoza Bremauntz, que el marco jurídico de la ejecución penal lo es el Derecho penitenciario, como magistralmente asienta García Ramírez, en su Legislación Penitenciaria y

⁴⁹ MENDOZA BREMAUNTS, Emma. Derecho Penitenciario, México, McGraw-Hill, pág. 1.

⁵⁰ Idem.

Correccional: "Ahora bien, la elaboración del Derecho penitenciario, al que hemos entendido como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad, ha determinado el lanzamiento de una cada vez mejor trabajada pirámide. Aquí la base está dada también por el texto constitucional, que en nuestro caso es el fundamental artículo 18..., del precepto constitucional se deduce la legislación secundaria, tratase de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, vigente en la escala federal y en la ciudad de México, trátase de las leyes locales equivalentes. Vienen luego los reglamentos carcelarios, generales o particulares, además de otros instrumentos que coinciden con la preocupación ejecutiva y que poseen rango subalterno. Y están por ultimo las decisiones administrativas." ⁵¹

De los conceptos mencionados relativos al Derecho penitenciario encontramos tres puntos esenciales:

- 1.- Es un conjunto de normas jurídicas;
- 2.- Regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, y
- 3.- Predomina un sentido de garantía de los derechos del penado.

Es de advertirse el sentido humanista que le dan al Derecho penitenciario Cuello Calón y García Ramírez, el primero cuando señala "el predominio de sentido de garantía de los derechos del penado" y el segundo cuando refiere que las normas cuyo objeto corresponde al Derecho penitenciario se refieren con exclusividad a las penas privativas de libertad; esto no lo dice textualmente García Ramírez pero al leer el

⁵¹ GARCIA RAMIREZ, Sergio. Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1978, pág. 6 y7.

párrafo transcrito observamos que le da importancia a la ejecución de la pena privativa de libertad sin referirse a ninguna otra, pues ni siquiera menciona a las medidas de seguridad.

García Ramírez no refiere en la pirámide de las normas a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal de fecha 17 de septiembre de 1999, en vigor al siguiente día de su publicación, esto es el día 18; que derogó la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de mayo de 1971, en vigor 30 días después de tal publicación; pero señala: " la materia ejecutiva se haya contemplada ante todo por el artículo 18. Este refleja las nuevas tendencias constitucionales en el ámbito que nos interesa. Cabe decir que hay una doble orientación en los textos supremos: ceñir la referencia a los intereses humanitarios, proscribiendo malos tratos y explotaciones diversas; ampararla con preocupación científica y terapéutica, puntualizando el designio redentor o socializador de la pena. La Constitución Mexicana acoge ambas preocupaciones, la segunda en el citado artículo 18." ⁵²

Volviendo a nuestro artículo 18 constitucional y retomando su filosofía así como el título de nuestro trabajo "Sustitutivos penales en la ejecución de la sentencia", advertimos que el sistema penitenciario federal y local tiene como objetivo la readaptación social del delincuente y para lograr ésta señala como medios el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

En el capítulo IV del presente trabajo se analizará en detalle la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal,

⁵² Ibidem., pág. 60.

en la que se pretende que la pena privativa de libertad se matice con un carácter humanitario.

Señala Luis Marco Del Pont en su obra *Derecho Penitenciario*: "encontramos dos finalidades contrapuestas a nuestro criterio en la pena de prisión, para la gran mayoría de la doctrina penal tiene un fin retributivo, mientras que para los criminólogos tradicionales se trata de la supuesta rehabilitación o readaptación del delincuente o de la persona que infringió la norma penal. La primera finalidad se encuentra explícita en los Códigos Penales, mientras la segunda en las leyes de ejecución penal. Ambas finalidades, en principio, no se pueden amalgamar y mas bien chocan entre sí." ⁵³

"Lo que nuestra Constitución pretende al plasmar que el trabajo, la capacitación para éste y la educación son los medios para readaptar socialmente al delincuente, es fijar un sistema de garantías para el sentenciado a la pena privativa de la libertad, lo que se pretende es asegurarle un trato digno, de hacer a la prisión menos brutal reconociendo en el preso a un ser humano que merece consideraciones adecuadas a su dignidad como tal, que no son derogables por el hecho de estar en la cárcel," y así se expresa García Ramírez en su *Legislación Penitenciaria Correccional*.⁵⁴

Quien además precisa: "Establece el artículo 18 el designio de la pena de prisión, que lo es, en una medida voluminosa, de toda sanción; readaptar al delincuente. Así el finalismo penal supera la constante discusión entre los criterios de la retribución, la ejemplaridad,

⁵³ DEL PONT, Luis Marco. *Derecho Penitenciario*, 2a. reimpresión, México, Cardenas editor y distribuidor, 1995, pág. 651.

⁵⁴ Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, pág. 7.

la expiación y la readaptación. Esta ha de ser entendida como socialización del delincuente, es decir, readaptación a la vida social común, mediante el respeto a los valores medios imperantes en la comunidad ordinaria, dicho de manera general. Para ello, la Constitución propone tres vías: el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación: educación para la vida laboral. No excluye el texto constitucional, a nuestro modo de ver, la intervención de otros factores de tratamiento - así como relaciones con el exterior, acción médica y social, racional, disciplina, etc- sino solo menciona aquellos que considera más destacados y trascendentes." ⁵⁵

De lo transcrito podemos advertir una separación entre la función punitiva del Estado, y la finalidad de la pena, que como hemos señalado en múltiples ocasiones es uno de los puntos centrales de nuestro trabajo; y respecto a la finalidad señalada en el artículo 18 constitucional, por lo que hace al Sistema Penitenciario, también se encuentra expresado en forma por demás clara en el numeral que nos ocupa, lo cual lo constituye la **readaptación social del delincuente**.

Es necesario señalar que el concepto de readaptación presupone que alguna vez el sentenciado estuvo adaptado socialmente, lo que conlleva a concluir que al cometer un delito se desadaptó y que por lo mismo hay que readaptarlo socialmente por medio del trabajo, de la capacitación para el mismo y de la educación, esto último sería reeducación, siendo los únicos medios para lograrlo según la Constitución.

El párrafo que precede puede prestarse a muchas críticas, respecto si son correctos o eficaces los medios señalados para la readaptación cuando se trata de readaptar al delincuente pasional, al

⁵⁵ Ibidem., pág. 61.

delincuente político, al delincuente culposo, pero no es materia de este trabajo sino que únicamente lo tocamos porque es el fundamento constitucional del Sistema Penitenciario, esto es, no pretendemos cuestionarlos, pues rebasaría nuestro estudio.

2.1.3.- Artículo 21

Este artículo es complemento del artículo 14 constitucional, párrafo segundo, en el que se establece la garantía de audiencia previo al acto de privación de diversos bienes jurídicos importantísimos, como son la vida, la libertad, las propiedades, posesiones y derechos y en el que se establece que son los tribunales previamente establecidos los que seguirán el juicio previo, y es la privación de los bienes aludidos la pena impuesta por la autoridad judicial, y es la única válida, la sentencia ejecutoriada la que da lugar o entrada al ámbito del Derecho penitenciario, siendo pertinente hacer la transcripción del citado artículo:

Artículo 21.- La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

Al respecto, atinadamente García Ramírez, señala en su *Legislación Penitenciaria y Correccional*: "El título que justifica la pena privativa de libertad y brinda acceso por ende a los dominios del Derecho penitenciario, es la sentencia firme de condena, resolución que al amparo del artículo 21 constitucional solo puede emanar de una autoridad judicial.

Este precepto no atañe exclusivamente al Derecho penal ordinario, sino también al llamado Derecho penal administrativo, para el que no priva en México la garantía de legalidad o tipicidad legal, pero sí la de 'reglamentariedad' o tipicidad administrativa."⁵⁶

2.2.- FUNDAMENTO LEGAL DE LA PENA Y DE SU EJECUCION EN EL DISTRITO FEDERAL

2.2.1.- Código Penal para el Distrito Federal

Nuestro trabajo está enfocado a las penas que pudieran ser impuestas en el Distrito Federal, en especial la pena privativa de libertad, que da lugar ya en ejecución de sentencia a los denominados sustitutivos penales, en este sentido tenemos que buscar el fundamento legal en el Código Penal para tal entidad federativa, el cual entró en vigor a partir de 1o. de octubre de 1999, pues anteriormente el ordenamiento punitivo que regía al Distrito Federal era el mismo que para los delitos del fuero federal, y se denominaba "Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia de fuero federal".

El Código Penal en el título segundo del libro primero, de los dos que lo conforman, en su capítulo I establece las penas y las medidas de seguridad a aplicar por los delitos o las infracciones penales que se cometan en su territorio, así en su artículo 24, señala:

Artículo 24 "Las penas y medidas de seguridad son:

⁵⁶ Ibidem., pág.67.

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos 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.- Derogado.
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caucción 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.

Sobre ello, Marco Antonio Díaz de León, advierte: "Este artículo constituye una de las disposiciones centrales de nuestro sistema penal. Contempla el catálogo de penas y medidas de seguridad que rigen en el Código, el cual, por el principio de legalidad establecido en el

artículo 14 constitucional, no puede ser rebasado, dado su enunciación es taxativa y no enunciativa." ⁵⁷

Del catálogo de penas y medidas de seguridad transcrito, la de mayor importancia para nuestro trabajo, sin menoscabo de las demás, lo es la prisión. Siendo que el artículo 25 del Código Penal nos señala en que consiste la prisión:

Artículo 25.- "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de 3 días a 40 años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis 320, 324 y 366 en que el límite máximo de la pena será de 50 años y se extinguirá en los lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención y del arraigo.

Es pertinente señalar que en el Código Penal se encuentran establecidos diversos sustitutivos para la pena de prisión, empero, no nos vamos a ocupar de esos, sino únicamente de los que otorga la autoridad administrativa o ejecutora, siendo estos Tratamiento en Externación y Libertad Anticipada.

En el título cuarto del libro primero del Código Penal, titulado Ejecución de Sentencias, se contienen cuatro capítulos de los cuales ninguno tiene razón de estar en tal título, siendo estos: capítulo

⁵⁷ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, 4ª ed., México, Porrúa, 1999, pág. 53.

primero "Ejecución de sentencias", en el que se señala en su único artículo en vigor (artículo 77) "Corresponde al Ejecutivo Local la ejecución de las sanciones, con consulta del órgano técnico que señale la ley", y a nuestro parecer tal precepto resulta ser demasiado vago e impreciso por lo que merece ser derogado ya que con mejor técnica jurídica en el capítulo primero, del título sexto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículos 575 al 582 se establece la competencia del órgano ejecutor de las sentencias ejecutoriadas en materia penal, así como los tramites a seguir una vez emitida una sentencia que no admita recurso alguno.

El capítulo segundo se titula "Trabajo de los presos", cuyos cinco artículos (del 79 al 83) se encuentran derogados desde el año de 1985, por lo que no merece comentario.

El capítulo tercero, titulado "Libertad preparatoria y retención", por lo que hace al primer concepto merece mejor acomodo y de hecho se encuentra previsto en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, como un sustitutivo de la pena de prisión, no como la ejecución en sí, pues ya no se refiere a la ejecución de la sentencia o de la pena, sino precisamente a un sustitutivo otorgado por la autoridad ejecutora; relativo a la **retención**, en el capítulo tercero del título cuarto que estamos analizando, de la lectura de su articulado del 84 al 87 ninguno hace alusión a la retención, por lo que no nos explicamos el título de dicho capítulo.

En el capítulo cuarto "Condena condicional" figura jurídica que contiene un sustitutivo de la pena de prisión a pesar de no estar contemplado en el capítulo sexto del título tercero del libro primero del Código Penal; es un beneficio, sustitutivo o como se le quiera llamar que

lo concede el órgano jurisdiccional bajo ciertas condiciones y requisitos al dictar sentencia e inclusive al estarse ejecutando la pena privativa de libertad, cuando este beneficio proceda, pero la condena condicional no es una forma de ejecución de sentencia, mereciendo mejor acomodo en el capítulo de sustitución y conmutación de sanciones como un artículo 76 bis del Código Penal.

2.2.2. - Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal

En relación a la pena, ya en ejecución, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se ocupa en el capítulo primero título sexto de la ejecución de sentencias y en su artículo del 575 al 582 refiere directrices que debe seguir el juez penal u órgano jurisdiccional luego de haber dictado su sentencia y nos señala que la ejecución de estas corresponde a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social y que ésta designará los lugares en que los reos deban de extinguir las sanciones privativas de libertad, ejercerá todas las funciones que les señalen las leyes y los reglamentos, todo esto en el artículo 575, funciones y directrices que se encuentran ampliadas y sistematizadas en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal.

Artículo 575.- La ejecución de las sentencias ejecutoriadas en materia penal, corresponde a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social. Esta designará los lugares en que los reos deban extinguir las sanciones privativas de libertad, ejercerá todas las funciones que les señalen las leyes y reglamentos, **practicará todas las diligencias para que las sentencias se cumplan estrictamente** y reprimirá todos los abusos que cometan sus subalternos.

Cabe hacer la observación desde este momento que cuando el condenado por sentencia firme pasa a ser responsabilidad de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, por lo que hace al cumplimiento de la pena impuesta, en muchas ocasiones el precepto transcrito no se cumple por lo que hace a la decisión jurisdiccional tocante al quantum de la pena, como se ordena textualmente cuando refiere el artículo 575 respecto a las funciones de la Dirección General aludida, la cual **"practicará todas diligencias para que las sentencias se cumplan estrictamente"**, toda vez que al otorgarse los sustitutivos penales por parte de la autoridad ejecutora, tratamiento en externación y libertad anticipada, acortan la pena de prisión impuesta por el órgano encargado constitucionalmente de imponer las penas; comentarios que abundaremos en el cuarto capítulo de este trabajo.

Cabe advertir, que en el capítulo segundo del título sexto al igual que en el Código Penal se comete la redundancia de señalar la libertad preparatoria, cuando esta compete al órgano administrativo, su tramitación y concesión.

2.2.3.- Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal

Esta Ley de reciente publicación (17 y 30 de septiembre de 1999 en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y Diario Oficial de la Federación, en vigor a partir del 1º de octubre de 1999), presumiblemente es la ley que se deriva del artículo 18 constitucional, en ésta se establecen los órganos o autoridades encargadas de vigilar el cumplimiento de las sentencias ejecutoriadas impuestas por los jueces, cuyo contenido sea la privativa de libertad, ya que para el cumplimiento de las demás sanciones tienen injerencia otras autoridades como son la

fiscal tratándose de multas y la reparación del daño; empero, la única sanción por la que tiene razón de ser esta Ley de Ejecución es la de prisión.

En su artículo 1º refiere:

Artículo 1.- La presente Ley es de interés general y orden público, y tiene por objeto la ejecución de las sanciones penales impuestas por tribunales competentes, conforme a las disposiciones constitucionales y a las leyes aplicables.

De su lectura se advierte que se complementa con el artículo 575 del Código de Procedimientos Penales

En su artículo 2º se encuentran especificadas todas las autoridades administrativas encargadas de la aplicación de la ejecución de las sanciones penales en sus fracciones de la primera a la quinta y décima sexta, que más bien debería de llamarse "Ley de Ejecución de la Sanción de Prisión o Privativa de Libertad para el Distrito Federal", (ya que únicamente se refiere a la pena corporal) así como los destinatarios de la propia ley como se observa en sus fracciones séptima a décima quinta.

Artículo 2.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

- I.- Jefe de Gobierno, al Jefe de Gobierno del Distrito Federal;
- II.- Secretaría, a la Secretaría de Gobierno del Distrito Federal;

- III.- Autoridad Ejecutora, al Jefe de Gobierno, por conducto de la secretaria y de la Subsecretaria de Gobierno del Distrito Federal;
- IV.- Dirección General, a la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Subsecretaría de Gobierno del Distrito Federal;
- V.- Dirección, a la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales de la Subsecretaria de Gobierno del Distrito Federal;
- VI.- Instituciones del Sistema Penitenciario de Distrito Federal, al conjunto de centros preventivos, de ejecución de sanciones penales, de rehabilitación psicosocial, y de asistencia postpenitenciaria;
- VII.- Indiciado, desde que se le inicia la averiguación previa y hasta que se le dicta auto de formal prisión;
- VIII.- Reclamado, persona a la que se le decreta su detención provisional por estar sujeta a un proceso de extradición internacional;
- IX.- Procesado, persona que se encuentra a disposición de la autoridad judicial por estar sujeta a proceso;
- X.- Sentenciado, a la persona que se ha dictado en su contra una resolución penal condenatoria y que ha causado ejecutoria;
- XI.- Interno, persona que se encuentra reclusa dentro de cualquiera de las instituciones que integran el Sistema Penitenciario del Distrito Federal, independientemente de su situación jurídica;
- XII.- Inimputable, persona así reconocida por el órgano jurisdiccional en los términos de la fracción VII del artículo 15 del Código Penal para el Distrito Federal;
- XIII.- Externado, persona que está sujeta a tratamiento en externación;
- XIV.- Enfermo Psiquiátrico, al sujeto que en el transcurso del cumplimiento de su sentencia le es diagnosticado por un especialista un padecimiento psiquiátrico;

XV.- Preliberado, persona que ha obtenido un beneficio de libertad anticipada; y

XVI.- Consejo, al Consejo Técnico Interdisciplinario de los diversos centros de reclusión del Distrito Federal.

Señala García Ramírez en su Manual de Prisiones: "Sea lo que fuere de la práctica, hoy día el Derecho penitenciario ha sustituido al 'Directorismo' con la actuación de sendos organismos colegiados, reforzados por, o asociados con, autoridades superiores, jerárquicamente, a los directores de los reclusorios..."⁵⁸

Y continúa el mismo autor: "en cuanto a los órganos colegiados, el eje del sistema de readaptación social -y de estudio y tratamiento, en su caso, en instituciones preventivas- es el Consejo Técnico Interdisciplinario, ente de cada reclusorio, formado con funcionarios directivos, administrativos y técnicos de este. El Reglamento añade representantes externos, a saber: de la Dirección de Prevención y Readaptación Social y de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal (artículo 100). Se entiende el motivo para incorporar a esta asamblea, autora del Reglamento, pero de rigor -para efectos de tratamiento penitenciario- tal incorporación es controvertible."⁵⁹

Puede, que la inclusión de la Asamblea de Representantes en el Reglamento sea controvertible, esto puede ser a nivel técnico empero, no a nivel humanitario.

⁵⁸ GARCIA RAMIREZ, Sergio. Manual de Prisiones. (La pena y la prisión), 4ª ed., México, Porrúa, 1998, pág. 513.

⁵⁹ Idem.

En el capítulo segundo de la ley que estudiamos, intitulado "De la Readaptación Social" en su artículo 12, señala:

Artículo 12.- Para la ejecución de las sanciones privativas de la libertad, se establecerá un régimen progresivo y técnico tendiente a alcanzar la readaptación social del sentenciado. Constará por lo menos de dos periodos: el primero, de estudio y diagnóstico, y el segundo de tratamiento, dividido este último, en fases de tratamiento en internación, externación, preliberacional y postpenitenciario.

El tratamiento se fundará en las sanciones penales impuestas y en los resultados de los estudios técnicos que se practiquen al sentenciado, los que deberán ser actualizados semestralmente.

La readaptación social tiene por objeto colocar al sentenciado ejecutoriado en condiciones de no delinquir nuevamente.

Confirmando ello, lo dispuesto por el artículo 18 constitucional respecto a la readaptación social del sentenciado como fin de la pena privativa de libertad, con lo que se estarían aplicando los principios de la prevención especial de la pena, al poner énfasis en el sentenciado como una persona humana, con derecho a un trato digno.

El numeral 13 de la multicitada ley complementa en su artículo 12 antes señalado y reafirma los medios para conseguir la readaptación social al señalar: "se consideran medios para alcanzar la readaptación social del sentenciado, el trabajo, la capacitación para el

mismo y la educación, en base a la disciplina, los cuales serán requisitos indispensables para quienes deseen acogerse a los beneficios señalados en esta ley".

Estos dos artículos son la base para el otorgamiento y disfrute de los sustitutivos penales, que será materia del último capítulo.

En los demás capítulos del título primero de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, se reglamentan las formas en que debe llevarse a cabo el trabajo, la capacitación y la educación.

El título segundo se denomina "**Del Sistema Penitenciario del Distrito Federal**" y nos habla de las Instituciones que integran el Sistema Penitenciario, así en el párrafo primero del artículo 24 se establece: "Las instituciones que integran el Sistema Penitenciario del Distrito Federal se clasificarán en varoniles y femeniles, para procesados y sentenciados, de alta, media, baja y mínima seguridad, en base a su construcción y régimen interno; con excepción de las instituciones de rehabilitación psicosocial y de asistencia postpenitenciaria, en lo relativo a la seguridad..."

Resulta de importancia transcribir los artículos 25 y 26 de la ley que nos ocupa por su íntima relación con el artículo 18 constitucional.

Artículo 25.- En las instituciones preventivas solo se recluirá a indiciados, procesados y reclamados.

Artículo 26.- En las instituciones para ejecución de sanciones penales solo se recluirá a los sentenciados ejecutoriados, de acuerdo con la asignación que determine la Subsecretaría de Gobierno.

Esto es, se establece la separación de los sentenciados con los que todavía no lo están, lo que resulta lógico en virtud de la llamada contaminación criminal que pudiera darse si no se estableciera esta división entre los delincentes declarados penalmente responsables por sentencia firme y los procesados, que pueden ser absueltos en virtud de no haber cometido delito alguno.

El artículo 27 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal va mas allá de lo dispuesto por el artículo 18 constitucional en cuanto al beneficio de los inimputables que cometen infracciones penales, ya que de ellos no hace mención la Constitución, cuando expresa: **"En las instituciones de rehabilitación psicosocial sólo se recluirá a inimputables y enfermos psiquiátricos, de acuerdo con la asignación que determine la Subsecretaría de Gobierno"**.

Complementando a este numeral el título quinto que se refiere a los inimputables y enfermos psiquiátricos.

En los títulos tercero y cuarto se trata todo lo relativo de los sustitutivos penales, Tratamiento en Externación y la Libertad Anticipada y el procedimiento para la concesión de dichos beneficios, siendo que esto lo veremos en el cuarto capítulo, sucintamente.

Por último, en los títulos sexto, séptimo, octavo y noveno la ley nos habla de la adecuación y modificación no esencial de la pena de prisión; de la suspensión y revocación del tratamiento en externación y del beneficio de la libertad anticipada; de la extinción de las penas privativas de libertad y medidas de seguridad; y asistencia postpenitenciaria.

2.2.4.- Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.

En el punto que precede comentamos el contenido de la ley reglamentaria del artículo 18 constitucional, que se aplica en el Distrito Federal, y en este punto correspondería referirnos al Reglamento de la Ley de Ejecución; no siendo posible esto en virtud que no se ha expedido hasta este momento.

Pero la Ley de Ejecución de Sanciones Penales no por ello carece de disposición reglamentaria ya que conforme al artículo tercero transitorio, en tanto no se emitan las disposiciones a que se refiere el artículo 3º de la propia ley, se estará a lo dispuesto por el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal.

Respecto a este Reglamento, en la exposición de motivos se establecen los fines que persigue de manera clara y probablemente idealista tomando en consideración la forma en que actualmente conviven los internos en los centros de readaptación social y penitenciarios, cuando señala: "Por honestidad intelectual debemos mencionar que las reformas propuestas están hechas sobre la base del Reglamento vigente, mismo del que debe reconocerse está inspirado sobre sólidos principios

jurídicos, humanitarios, técnicos, de respeto a la dignidad de las personas, de la readaptación social sobre la base del trabajo y la educación, de la individualización del tratamiento progresivo, entre otros".

Reglamento que en su articulado considera al individuo privado de su libertad como una persona que la sociedad aísla, no con el afán de ejercer en él una venganza, sino que tiene por finalidad evitar que esa persona continúe lesionando los intereses sociales, y que el tiempo de reclusión le permita corregir su conducta y reintegrarse a la comunidad libre.

El Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de febrero de 1990 y según el artículo 1º transitorio entró en vigor a los 60 días siguientes de su publicación, y para los efectos de este apartado señalaremos únicamente los títulos de los capítulos que la conforman, ya que en el capítulo cuarto de la presente obra se hará alusión con detalle de la mayoría de ellos.

En su capítulo primero se contienen disposiciones generales; en el capítulo segundo nos habla de los reclusorios preventivos; en el tercero de los reclusorios de ejecución de penas privativas de libertad; en el cuarto del Sistema de tratamiento; en el capítulo quinto se señala quienes son las personas que integraran el Consejo Técnico Interdisciplinario, así como sus funciones; en el capítulo sexto de las Instituciones abiertas; en el séptimo de los Reclusorios para el cumplimiento de arrestos; en el octavo del personal de las instituciones de reclusión; en el noveno de las instalaciones de los reclusorios; el décimo nos habla del régimen interior de los reclusorios; el décimo

primero de los módulos de seguridad, en el capítulo décimo segundo de la supervisión, en el décimo tercero de los traslados y por último en el capítulo décimo cuarto de las disposiciones complementarias.

Únicamente se hace referencia de manera general al contenido del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal sin adentrarnos en su contenido, pues como hemos señalado, nos ocuparemos de sus normas en cuanto sean necesarios para fundamentar nuestra tesis, lo que se hará en especial en el capítulo IV.

CAPITULO III

LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA

SUMARIO

**3.1.- ARBITRIO JUDICIAL. 3.2.- GRAVEDAD DEL ILICITO. 3.3.-
PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y GRADO DE CULPABILIDAD.**

3.1.- ARBITRIO JUDICIAL

Corresponde ahora entrar al estudio de lo que en la práctica es la tarea y función de los órganos jurisdiccionales y que es la imposición de la pena, esto conforme los fines de nuestro trabajo, ya que no trataremos de las sentencias absolutorias, sino exclusivamente de las condenatorias en especial de la sanción privativa de libertad o comúnmente llamada de prisión, por ser ésta la más drástica en nuestro Derecho punitivo y además de que es esta sanción la que es objeto de los sustitutivos penales a que haremos referencia en el IV capítulo, pues no son materia de estos beneficios las sanciones pecuniarias o de cualesquier otra índole de las previstas en el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal.

Conforme lo señala el artículo 21 constitucional, la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Sentado lo anterior, y además con base a lo estudiado en el capítulo que precede, en especial el párrafo segundo del artículo 14 de nuestra Carta Magna, en el que se expresa: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

El artículo 1º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dice:

Artículo 1º.- Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

- I.- Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito;
- II.- Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; y
- III.- Aplicar las sanciones que señale la ley.

Solo estas declaraciones se tendrán como verdad legal.

Este artículo precisa que son los tribunales penales los facultados para aplicar las sanciones que señalen las leyes respecto de los hechos considerados delitos atribuibles a los responsables, poniendo énfasis en que tales sanciones son las señaladas en las leyes, complementando el párrafo que transcribimos del artículo 14 constitucional; en consecuencia, es en la ley a donde nos hemos de remitir para descubrir las reglas que deben acatar los jueces o los

integrantes del Poder Judicial para el dictado de sus fallos, siendo estos los artículos 51 y 52 del Código Penal.

Pues bien, esa potestad jurisdiccional que otorga el Estado a los jueces, por virtud de la cual estos pueden juzgar y decidir el proceso conforme a las reglas procesales establecidas en las leyes se denomina "*arbitrio judicial*".

"Los juzgadores disfrutan, de acuerdo con el Derecho positivo mexicano, de facultades para el señalamiento de las penas, arbitrio que no pugna con la garantía de legalidad consagrada en el artículo 14 de la Constitución Federal, cuya parte relativa prohíbe la aplicación de pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al caso de que se trate, pues si el propio ordenamiento punitivo establece en forma determinada las penas, al señalar para cada delito dos términos: mínimo y máximo, dentro de los cuales se ejercita el arbitrio, hace posible la adaptación de la norma a cada caso, tomando en cuenta las notas diferenciales del delitos y las peculiares del delincuente, pero bajo el imperio de una ley común." ⁶⁰

Comentario que nosotros compartimos por estar acorde con lo dispuesto con los artículos 51 y 52 del Código Penal, pero lo que no estamos de acuerdo respecto al arbitrio judicial es en la parte final del párrafo transcrito que ahora anotamos: "Por otra parte, complementa el arbitrio judicial con las instituciones jurídico-penales de la conmutación y sustitución de sanciones, la condena condicional, la libertad preparatoria y la retención.", pues la libertad preparatoria y la retención, contrario a lo que nosotros propondremos en el último capítulo corresponde su

⁶⁰ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª ed., México, Porrúa, 2001, págs. 590 y 591.

decisión para concederla a la autoridad administrativa y no a la judicial, debiendo corresponder también a esta última, por los motivos que se anotaran más adelante.

Otro concepto de arbitrio judicial lo tomamos del Código Penal Federal con comentarios de Marco Antonio Díaz de León, donde podemos leer: "Arbitrio judicial es la potestad jurisdiccional que se otorga por el Estado a los jueces a virtud de la cual y en base a la competencia, estos pueden juzgar y decidir mediante fallo definitivo dictado en el proceso, aquí penal, acerca de la responsabilidad o irresponsabilidad de los inculcados del delito, apreciando las circunstancias particulares de éstos en cada caso concreto y conforme a las reglas procesales establecidas en las leyes y en la jurisprudencia."⁶¹

Tampoco estamos de acuerdo totalmente con lo vertido, ya que el arbitrio judicial en nuestro concepto es la potestad que se otorga a los jueces y tribunales por el Estado para dentro de cierto marco legal imponer una pena o medida de seguridad y es en consecuencia, en las sentencias condenatorias, donde se determina la responsabilidad penal del procesado, donde se ejerce el arbitrio judicial no en las absolutorias en donde se determina la no responsabilidad de los inculcados (irresponsabilidad). Pues textualmente el artículo 51 del Código Penal, señala:

Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicaran las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad

⁶¹ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Op cit., pág. 106.

alternativa, el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

Entonces, un primer parámetro para que los jueces o tribunales puedan imponer las sanciones penales es el mínimo y el máximo de la pena y para ello deben de tomar en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente.

Este primer parámetro resulta útil en cuanto a los límites de la pena ya que respecto a las circunstancias exteriores de ejecución y peculiares del delincuente no nos dice nada, siendo que el artículo 52 ya nos señala con mayor precisión diversas circunstancias que el juez debe tomar en consideración y que atienden a la gravedad del ilícito y al grado de culpabilidad del agente, sin que la separe de manera precisa.

A su vez, el artículo 52 señala:

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomaran en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Podemos señalar como circunstancias relacionadas a la gravedad del ilícito: a la magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que hubiere sido expuesto; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado (fracciones I y III); y respecto al grado de culpabilidad en el agente las mencionadas en las fracciones II, IV, V, VI y VII, y que para efectos de prevención especial y posterior readaptación social, cobran especial relevancia, siendo estos, la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido, la edad, el nivel de educación, las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir; si pertenece a un grupo étnico, sus usos y costumbres, el comportamiento posterior del acusado con relación al delito y las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito cuando sean relevantes para

determinar la posibilidad de ver ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Señala Díaz de León: "El principio de legalidad establecido en la Constitución ordena que para imponer la pena, el juez debe cumplir razonadamente con este precepto y, por tanto, deberá fundamentar y motivar su resolución como también lo señala el artículo 16 de la Carta Magna, consecuentemente, los juzgadores que al aplicar la pena se circunscriban solo a describir mas o menos los elementos de este artículo, violan las garantías individuales consagradas en los artículos 14, 16 y 20 de la ley fundamental del país."⁶²

En esta etapa procedimental ya no se habla de manera general y abstracta del delito, de la pena y del sujeto que cometió la infracción sino que ya nos encontramos ante el caso concreto de un delito determinado, de un sujeto con nombre, esto es, individualizado y de una sanción comprendida entre un mínimo y un máximo asignado por el legislador al delito, y así lo resalta Hilda Marchiori al referir: "es evidente que la determinación de la pena realizada por los jueces implica su individualización al delito y al delincuente de que se trata, es un procedimiento de adaptación de la pena legal al caso concreto. Pero el artículo 41 no aclara acerca del criterio con el que los jueces deben elegir la especie de pena aplicable."⁶³

Haciendo la aclaración nosotros que la autora se refiere al artículo 41 del Código Penal argentino y que de su lectura advertimos una similitud tremenda con nuestros artículos 51 y 52 del Código Penal y por

⁶² Ibidem., pág. 110.

⁶³ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena. Marcos Lerner Editora Córdoba SRL, Córdoba Argentina, 1983, pág. 8.

lo mismo nos permitimos transcribir el comentario que precede a la cita del artículo 41 en la obra de la tratadista que nos ocupa.

"El artículo 41 del Código Penal proporciona las bases utilizables por el juez para fijar la pena en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias referidas a la conducta delictiva y las circunstancias referidas a la personalidad del delincuente. (1)

(1) El art. 41 del C.P. comprende las siguientes circunstancias: 'la naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado' (inc. 1ro.). 'la edad, la educación, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario y el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la edad requerida para cada caso."⁶⁴

Al igual que Díaz de León, Hilda Marchiori critica las resoluciones de los jueces, pero esto lo hace en aras de una mejor administración de justicia al individualizar la pena: "lo expresado con respecto a la aplicación del artículo 41 del Código Penal por parte de los jueces permite comprender la dificultad en apreciar correctamente el

⁶⁴ Ibidem., pág. 7.

valor teórico del mismo. Los tribunales no lo consideran en su totalidad, sino incluso sin aprovechamiento a fondo de sus posibilidades, tienen en cuenta dos o más circunstancias para graduar la pena. Es común, por ej., que se condene a un ladrón sin indagar sus costumbres, sus antecedentes de trabajo (por lo regular no lo tienen ya que presentan problemas en la adaptación a tareas habituales), dato importante para valorar una actitud hacia el medio social. " 65

Aquí es pertinente hacer una crítica en el sentido de que, consideramos que al dictarse una sentencia el órgano jurisdiccional únicamente toma en cuenta el hecho considerado como delito y dentro de un marco legal impone una pena, y si bien es cierto el artículo 51 del Código Penal refiere que se debe tomar en consideración las peculiares del delincuente, esto no nos dice nada a nosotros ni al juez para la determinación de la pena; probablemente el artículo 52 tome en consideración la personalidad del delincuente así como el grado de culpabilidad, circunstancias en las cuales el juzgador podría basarse también, independientemente de la gravedad del ilícito para imponer la pena y hacer vigente los criterios de prevención general y especial al señalar la cantidad específica de pena que considera necesario y suficiente para intimidar en forma individualizada al delincuente, prevenir su reincidencia y en base a un estudio realizado por peritos de diversas materias como pudieren ser criminólogos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, etcétera, imponer un quantum necesario para lograr la readaptación social de la persona que violó la norma.

Al respecto señala Marchiori en diversa obra "Psicología Criminal": "Es necesario a los efectos de una adecuada determinación de la pena en su fase judicial, que los magistrados obtengan los informes

⁶⁵ Ibidem., pág. 11.

sobre las características de personalidad del sujeto procesado. Aquí pensamos que no solo es necesario informar sobre los aspectos mentales o psicológicos individuales, sino también los familiares. Es un informe estrictamente de personalidad que enuncia el grado de peligrosidad del interno, así como la aproximación a un pronóstico de su comportamiento. Es obvio que este informe puede aclararle al juez de una manera determinante si el sujeto procesado es un débil mental o presenta una psicopatología a nivel profundo, etc. Un apresurado diagnóstico puede representar para el sujeto una errónea individualización penal." ⁶⁶

Estamos totalmente de acuerdo con Marchiori, pues como lo señala un mal o apresurado diagnóstico o ambas circunstancias, pueden dar una distorsionada imagen de la personalidad del procesado al juzgador quien puede imponer una pena grave o alta a una persona de baja peligrosidad, o alcontrario, imponer una pena baja a una persona con un alto grado de peligrosidad y que requiera para su readaptación social de un tratamiento que tenga que ser aplicado por determinado tiempo y no el que fue consecuencia de una mala apreciación de diagnóstico.

En consecuencia, en el punto que sigue analizaremos las fracciones del artículo 52 del Código Penal, que se refieren a la gravedad del ilícito.

3.2. - GRAVEDAD DEL ILICITO

En la determinación judicial de la pena el juez debe liberarse de prejuicios personales, de simpatías y de emociones, y basar su decisión en criterios valorativos objetivos; empero, como hemos

⁶⁶ MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal, 7ª ed., México, Porrúa, 2000, págs. 12 y 13.

señalado, los marcos penales legales son amplios como debe de ser en interés de la individualización de la determinación judicial de la pena; aun así siempre existe el riesgo del abuso del arbitrio judicial en un sentido rigorista extremo o excesivamente indulgente.

Esto es, si bien es cierto la determinación judicial de la pena es desde luego "aplicación del Derecho", no debe desconocerse que el acto decisorio del juez también contiene un componente individual, que no es controlable plenamente de un modo racional, ya que se trata de convertir justamente la cantidad de culpabilidad y gravedad del ilícito en magnitudes penales y los principios que rigen la determinación de la pena contenidas en el artículo 52 del Código Penal solo son pautas que no muestran la misma concreción que los elementos legales del tipo.

Ahora bien, por cuanto hace al parámetro gravedad del ilícito que debe tomar en cuenta el juez al imponer la pena, en el artículo 52 del Código Penal se menciona de la siguiente de manera:

Artículo 52: " El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro al que hubiere sido expuesto;

II.-

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado;

Cuando en la fracción I se habla de la magnitud del daño causado o del peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico, comúnmente los jueces de primera instancia y los tribunales de alzada a nuestro parecer incurren en error, pues cuando analizan el delito de DAÑO EN PROPIEDAD AJENA señalan respecto a la magnitud del daño "de escasa entidad jurídica", cuando la fracción I del numeral que nos ocupa en ningún momento señala que el juez debe de tomar en cuenta el mayor o menor valor del bien jurídico, pues como ejemplo, cuando se refieren al delito de HOMICIDIO señalan que la magnitud del daño causado se considera de "alta entidad jurídica" (por recaer sobre la vida de una persona), cuando no se trata de cuestionar el valor que el bien jurídico tenga en la sociedad, sino que se debe de ver el bien jurídico que tutela el tipo penal a estudio sin compararlo con otro tipo penal que contenga un mayor o menor valor; esto es, al analizar el delito de daño en propiedad ajena no tenemos que compararlo con el de homicidio y señalar que el primero es de baja entidad (por recaer sobre bienes muebles o inmuebles), sino que se debe analizar el delito de daño en propiedad ajena como si fuera el único delito que contuviera el Código Penal y apuntar en la sentencia en caso de que se hubiere destruido la puerta de una casa, que la gravedad del ilícito fue leve y en el caso de que se hubiere destruido la totalidad de la casa, la gravedad del delito sería alta.

Pero como se ha señalado, el arbitrio judicial no es una técnica que se encuentre contenida en algún precepto de la ley, sino que es la tarea del juzgador, que es una persona con todo lo que eso implica, con virtudes y defectos, y el artículo 52 en sus diversas fracciones pretende guiar el criterio de juez al imponer las penas e inclusive al realizar esta tarea de manera extralegal; mas bien por costumbre cuando se analiza el delito de daño en propiedad ajena o cualquier delito patrimonial invariablemente el juzgador señala "que es de escasa entidad jurídica" y por lo mismo impone una pena normalmente cercana a la mínima, cuando no se está juzgando el valor de bien sino la gravedad del

ilícito en la especie la magnitud del daño o del peligro a que hubiere sido expuesto el bien.

Jescheck apunta al respecto "la magnitud de la infracción jurídica se mide, por un lado, por la entidad del daño producido, para lo que debe tenerse en cuenta con carácter agravante o, en su caso, atenuante, el grado, tanto de las consecuencias materiales, como de las espirituales."⁶⁷

Por lo que hace a la fracción III, respecto a las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado, es obligatorio para el juzgador tomar en consideración estas particularidades para precisar la gravedad del ilícito, ya que estas revelan mayor o menor grado de peligrosidad del agente del delito, tomando en consideración que no es lo mismo un robo realizado al medio día en la calle y sin violencia, que uno perpetrado a las dos de la mañana en una casa habitación y por medio de la violencia, aunque el monto de lo robado fuera el mismo, e inclusive se tratara de un mismo objeto, mereciendo mayor penalidad el descrito en segundo término.

Al respecto Marco Antonio Díaz de León escribe: "Esta fracción refiere las cuestiones temporales y fácticas que rodean al hecho punible, siendo de suma importancia que el juez las razone, habida cuenta ello da la pauta en el caso concreto para apreciar las condiciones específicas de su realización por parte del agente."⁶⁸

⁶⁷ JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal, parte general. Tomo II, Op cit., pág. 1207.

⁶⁸ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Op cit., pág. 111.

Hilda Marchiori en su obra "Las Circunstancias para la Individualización de la Pena", al hablar de la extensión del daño y del peligro causados, refiere: "Indudablemente, este dato tiene en cuenta, en primer lugar, el bien jurídico lesionado y el valor atribuido al mismo. Dentro de cada acción delictiva, la extensión del daño puede ser mayor o menor. Esto se relaciona con una serie de circunstancias. Fundamentalmente con el medio empleado, las condiciones de tiempo, lugar, modo y ocasión de la comisión del delito y las circunstancias determinantes de éste, circunstancias capaces de configurar en concreto, conductas delictivas de muy distinta índole criminal real o potencial."⁶⁹

Ahora bien, indudablemente que el juzgador aplicara una pena leve, independientemente del peligro a que hubiere sido expuesto el bien jurídico y de las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado, cuando se trate de delitos en grado de tentativa en cuyo caso también se estará a lo dispuesto por el artículo 63 del Código Penal, que textualmente dice: "al responsable de tentativa punible se le aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer de haberse consumado el delito que quiso realizar, salvo disposición en contrario."

Las dos fracciones que nos ocupan, como hemos referido, nos hablan de las gravedad del ilícito o la magnitud del daño o del peligro a que se expuso el bien jurídico, sin hacer alusión a la personalidad del delincuente, sino a meramente circunstancias objetivas, y en el punto siguiente veremos las peculiares del delincuente o su personalidad para

⁶⁹ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena. Op cit., págs. 23 y 24.

así con base en ello determinar el grado de culpabilidad que tuvo en la realización del hecho.

3.3.3.- PERSONALIDAD DEL DELINCUENTE Y GRADO DE CULPABILIDAD

El grado de culpabilidad juega un papel importante en el arbitrio judicial, amén de la gravedad del ilícito.

En un momento determinado objetivamente puede medirse la gravedad del hecho, como puede ser en el delito de LESIONES, en el que según su clasificación médica van de levísimas, leves a graves; o en el DAÑO EN PROPIEDAD AJENA, cuando el deterioro de la cosa mueble o inmueble es insignificante, un rayón en el carro o su destrucción total.

Empero, el grado de culpabilidad, a nuestro juicio, es muy difícil de determinar científica o jurídicamente. Al menos nosotros no hemos encontrado en la literatura jurídica una técnica que nos diga que un sujeto que actúa dolosamente sea más culpable que otro que actuó culposamente; o un sujeto que tenga estudios de licenciatura sea más, o menos, en su caso, culpable que una persona con estudios de primaria o secundaria.

Así podemos continuar elucubrando mentalmente, si una persona con estudios de primaria y 20 años de edad que culposamente provoca la muerte de otra al no hacer caso a la señal del semáforo que le señalaba hacer alto es más culpable (o menos) que otro sujeto con estudios de doctorado y una edad de 35 años que comete el mismo ilícito.

Para solucionar estos cuestionamientos nada nos dice el artículo 52 del Código Penal en su fracciones II, IV, V, VI y VII, pues añade que el juez debe tomar en cuenta tales particularidades y deja al juzgador la tarea de graduar, con base a ello, la culpabilidad del agente.

El comentario que precede no intenta hacer una crítica más a los parámetros que el legislador pensó que eran los necesarios y adecuados para el juez, sino que es una observación y en desagravio diremos, que a pesar de los comentarios en contrario que hicimos y que quisiéramos existieran en los libros de Derecho, en México, no encontramos más que vagas notas respecto al arbitrio judicial en las que se limitan a transcribir los artículos 51 y 52 del Código Penal y a duras penas, Marco Antonio Díaz de León ocupa de la página 109 a la 112 de su obra a estudiar las siete fracciones del artículo 52, las que constituyen un intento para que el órgano jurisdiccional tome en cuenta, además de la gravedad del hecho, la personalidad del delincuente y por ende el grado de culpabilidad, que a nosotros, como hemos señalado se nos hace casi (o totalmente) imposible; pues en la teoría del delito no se nos ha enseñado, al menos a nosotros, que la culpabilidad tiene grados ya que en todo caso, se es o no culpable por tener capacidad de culpabilidad, conocimiento de la antijuridicidad del hecho y ser exigible otra conducta acorde al Derecho.

Como hemos mencionado, Hilda Marchiori aconseja que especialistas auxilien al juez a efecto de dictar una sentencia que tomando en consideración la personalidad del delincuente sea útil para los fines de la readaptación social.

En la práctica lo manifestado por Marchiori resulta ser cierto, pues como ella misma refiere, normalmente los jueces condenan a

los delincuentes sin estudiar o llegar al conocimiento real de las causas que han motivado su conducta delictiva y se toma en cuenta para graduar la pena una o dos circunstancias, como son los medios empleados para la comisión del ilícito y en especial, si es o no reincidente.

Revisando el Código Penal Anotado de Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas nos asustamos al leer lo siguiente: " se ha argumentado que la individualización judicial constituye solo un diagnostico y en materia de tratamiento penal, como en terapéutica, el diagnostico no es suficiente; es preciso aplicar el remedio avariable según la persona a quien se dirija... por ello es tan importante la individualización administrativa, que funciona en el curso de la ejecución de las sanciones fijadas judicialmente. La tendencia moderna auspicia la extensión cada vez mayor del arbitrio judicial y del administrativo; y por entender que los jueces no poseen conocimientos especiales para poder apreciar la total o compleja personalidad del delincuente, Jiménez de Azúa aconseja que la jurisdicción se limite, primero, a declara la culpabilidad; y que a partir de ello una comisión formada por médicos, antropólogos, técnicos en Derecho y miembros de la Dirección del establecimiento penitenciario, colonia agrícola, etc, elija el régimen de la sanción aplicable y proponga al juez la liberación del penado cuando encuentre que es socialmente un readaptado, resolviendo en definitiva la propia autoridad judicial. Este sistema, que se basa en la sentencia indeterminada, mira al porvenir y no funciona aún en ninguna legislación vigente." ⁷⁰

Tales extremos, esto es, establecer un arbitrio ilimitado seria peligroso, tanto para los derechos del individuo, como para los de la sociedad.

⁷⁰ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado. 18ª ed., México, Porrúa, 1995, pág. 209.

Al revisar la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal advertimos que sí existen las penas indeterminadas; pues si bien el tiempo que el reo debe permanecer en prisión determinado por el juez en la sentencia nunca se rebasa, pues ello incluso esta prohibido por la Constitución, la autoridad ejecutora si lo disminuye, y eso sin consultar al juez quien constitucionalmente es la única autoridad competente para imponer penas, desde la mínima hasta la máxima, y la facultad de disminuirla no existe en la Constitución para la autoridad administrativas; empero, esta problemática será materia del capítulo siguiente.

Ahora bien, respecto al estudio de las fracciones del artículo 52 que el juez debe tomar en cuenta para determinar el grado de culpabilidad del agente del delito, tenemos por principio la fracción II que dice "la naturaleza de la acción u omisión de los medios empleados para ejecutarla.", que, contrario a los comentarios de Marchiori, quien señala: "La naturaleza de la acción comprende los modos de ejecución de la acción. Por ej. una acción de homicidio en que el autor infiere 25 puñaladas a la víctima no es lo mismo que otro que da una puñalada. Tampoco es lo mismo el robo a una persona joven, que el robo a un anciano." ⁷¹

Nosotros vemos que se refiere al dolo o a la culpa y no al modo de ejecución, pues el modo se encuentra contemplado en la fracción III del multicitado artículo 52 del Código en comento.

Tampoco estamos de acuerdo con Marco Antonio Díaz de León cuando de manera demasiado simple dice, referente la fracción que

⁷¹ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena, Op cit., págs. 19 y 20.

nos ocupa: "2º.- se alude aquí a la conducta activa u omisiva desplegada por el agente, así como de los medios empleados por éste para cometer el ilícito penal, resultando de importancia este análisis para determinar la pena, en tanto el juez se apoya en esto para llegar a un mejor juicio de reproche".⁷²

En apoyo nuestro Carrancá y Trujillo y Carrancá y Rivas asientan: "Así las cosas yo siento que es obvio absolutamente obvio, hablar como se habla al comienzo del nuevo texto de 'la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente'. Esto va incluido en las fracciones I y II (la magnitud del daño causado y la naturaleza de la acción u omisión)."⁷³

La misma fracción II se refiere también a los medios empleados para ejecutar la acción u omisión dolosa o culposa y nosotros estamos de acuerdo con Marchiori cuando apunta "Los medios empleados no se refieren únicamente a las armas utilizadas para cometer el delito, sino que hace referencia a todos los instrumentos subjetivos y objetivos que el individuo utilizó para hacer posible dicha conducta asocial. Por ej. el engaño deliberado del estafador a su víctima antes de cometer la estafa o el ambiente preparado por aquél para ganar la confianza de la víctima. La elección del medio por el delincuente puede ser sintomático respecto a su personalidad; por ej. el sujeto que para agredir elige un cuchillo. Claro que esta sintomatología es de valor circunstancial; puede ser que la elección o la opción se justifique o explique en el caso sin trascendencia sintomática respecto a la peligrosidad del autor... la peligrosidad de los medios empleados implica el análisis en función de

⁷² DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Op cit., pág. 111

⁷³ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Código Penal Anotado, pág. 214.

cada figura delictiva y en relación a la significación que adquiere en el contexto de cada caso particular." ⁷⁴

En la fracción IV del artículo 52 se contienen dos cuestiones a analizar: La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

La forma y grado de intervención del agente se refiere mas bien a la participación del activo en el delito, en sus diversas modalidades que permite el artículo 13 del Código Penal, a saber:

Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

I.- Los que acuerden o preparen su realización;

II.- Los que lo realicen por sí;

III.- Los que lo realicen conjuntamente;

IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;

V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;

VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;

VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y

VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.

Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad.

⁷⁴ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena, Op cit., pág. 21 y 22.

Díaz de León apunta: "Como medios de valoración que el juez debe considerar para fijar las penas y medidas de seguridad que estime imponer en justicia, se señala en esta fracción IV la forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito así como su calidad y de la víctima u ofendido, queriendo establecerse con esto que el juez deberá apreciar si el sujeto activo intervino como autor, coautor o participe en las formas señaladas en el artículo 13 de este Código Punitivo, así como lo relacionado con su calidad para aquellos delitos que exijan a un sujeto activo calificado o, bien, en los restantes donde es importante analizar el carácter que guardaba el agente al cometer el hecho punible para apreciar así su mayor o menor grado de culpabilidad como también lo exige este artículo 52 en comento en su párrafo primero; así mismo por las mismas razones se debe justipreciar la calidad que guardaba la víctima u ofendido en relación con el hecho punible y con el agente, igualmente para los fines aludidos." ⁷⁵

Por su parte Marchiori únicamente analiza la calidad en relación a la víctima: "calidad de las personas. Esta circunstancia se refiere a la víctima o víctimas del delito que demuestra una mayor peligrosidad del autor... es evidente que cuando la víctima presenta una disminución física, psíquica y social reviste mayor peligrosidad el autor del delito, es el caso de las víctimas con retardo mental, es decir, personas con un gran déficit intelectual o los niños (casos de maltrato, torturas) generalmente víctimas de una patología familiar." ⁷⁶

En la fracción V del artículo 52 en comento, también como datos que debe tomar en cuenta el juez para poder determinar la

⁷⁵ DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Op cit., pág. 111

⁷⁶ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena, Op cit., pág.53 y 54.

personalidad y en consecuencia la culpabilidad del sujeto activo, "la edad, el nivel de educación las costumbres, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir; cuando el procesado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomaran en cuenta además, sus usos y costumbres."

En este sentido Marco Antonio Díaz de León señala: "5º.- Indica la obligación del juzgador de tomar conocimiento directo del imputado... para analizar principalmente su culpabilidad, o sea a manera de un juicio de reproche personal que se le hace en razón de que realizó una conducta prevista en un tipo penal, pese a que estaba en situación de haber actuado de modo distinto. Así tal situación debe ser analizada por el órgano jurisdiccional -para punir-, tomando como presupuesto la posibilidad del reo de adaptar su conducta a las normas jurídicas. Ello implica, en el aspecto procesal, la valoración indispensable de prueba acreditante de la aludida edad, educación y, en general de los supuesto señalados en esta fracción." ⁷⁷

Las circunstancias anotadas en el párrafo que nos ocupa son indicativas de la personalidad del sujeto activo del delito y sobre todo fundamentan la culpabilidad en toda su extensión, si bien hemos señalado no existe una regla que nos enseñe o nos permita medir o graduar la culpabilidad, corresponde esa labor importantísima al juzgador quien como se ha venido señalando reiteradamente, además del hecho delictuoso y la gravedad del ilícito, debe analizar todas las peculiares del delincuente, pues ello nos lleva en un momento determinado a señalar como lo estipulaba el Código Penal, la peligrosidad del sujeto activo, y ello probablemente sí pudiera ser graduado científicamente previo su estudio

⁷⁷ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, Op cit., págs. 111 y 112.

por técnicos en trabajo social, en psicología, en psiquiatría, medicina, criminología, etc.

Lo anterior viene a colación ya que como lo refiere Welzel: "el reproche de culpabilidad presupone que el autor se habría podido motivar de acuerdo a la norma, y esto no en un sentido abstracto de que algún hombre en vez de autor, sino que concretamente de que este hombre habría podido en esa situación estructurar una voluntad de acuerdo a la norma. Este reproche tiene dos premisas: 1.- Que el autor es capaz, atendida sus fuerzas físicas de motivarse de acuerdo a la norma... 2.- Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuridicidad de su propósito concreto..."⁷⁸

Toda vez que no encontramos cómo graduar la culpabilidad en ningún libro, hemos de señalar que en esta tarea el juez debe estudiar cada caso concreto como diferente a otro, pues la personalidad de un sujeto nunca va a ser igual a otro e incluso, por otra parte, los motivos que los impulsan a delinquir, puede darse el caso de un sujeto que roba pues tiene problemas de cleptomanía, otro que lo hace por hambre (robo de famélico), otro que lo hace para enriquecerse o habitualmente; todos estos casos son diferentes los motivos que los impulsan a cometer los delitos; lo mismo puede decirse de los homicidas, ya que estos pueden ser por motivos pasionales, también por robarle las pertenencias al occiso, por venganza, por motivos económicos, como es el caso de los que lo cometen por un sueldo, o los que lo cometen por imprudencia (culpa), y así pueden señalarse muchos ejemplos y llegaríamos a la misma conclusión: "todos los casos son diferentes".

⁷⁸ WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, 3º. ed. castellana, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987, pág. 201.

La edad es importante, en cuanto a que es reveladora del grado de madurez tocante a ciertos delitos y pueden también ser el motivo del mismo, como ocurre con los delincuentes seniles afectos a conductas morbosas con menores.

Igualmente la edad también es un reflejo de madurez, hasta cierto límite, esto en relación a la frustración, ya que por lo particular los jóvenes de 18 años de edad son más propensos a frustrarse y responder en forma violenta y por lo mismo cometer delitos si no logran sus objetivos en forma lícita.

La educación al contrario de lo que pudiera pensarse, en determinado momento puede ser síntoma de una mayor peligrosidad, ya que una persona con estudios y una buena educación es más fácil que sepa que su actuar es antijurídico que otra que no tenga educación o cultura, aunque sus conductas puedan provocar idénticos resultados.

Respecto a las costumbres, según el diccionario de la lengua española "Larousse", costumbre es el hábito adquirido por la repetición de actos de la misma especie.

Marchiori abunda: "Los hábitos y las costumbres constituyen otro elemento del juicio. Si un hombre ha sido de costumbres y hábitos honestos, o si aunque sin distinguirse por su honradez, solo eventualmente se ha apartado de las exigencias de la ley, existiría un motivo para creer que, a pesar de su origen, su inmoralidad no es grande. No se dirá lo mismo si su conducta ha sido dudosa. Y si se ha señalado por prácticas frecuentes de actos condenables y por hábitos y

costumbres viciosas, se tendrá por indicio seguro de su falta de escrúpulos y de su poco o ningún valor respecto al derecho ajeno." ⁷⁹

Las condiciones sociales, normalmente van aparejadas a las económicas incluso es costumbre decir respecto a una persona que 'es de una condición social baja', cuando ésta no cuenta con recursos económicos, e igualmente la condición social se da en estratos como son clase baja, media, clase media alta, clase alta, lo mismo que las condiciones económicas; ambas particularidades resultan ser motivadoras de conductas delictivas, pues por lo general, es en las clases sociales bajas y económicamente débiles en donde más se desarrollan las conductas contra el patrimonio, también los delitos sexuales, esto debido a la promiscuidad en que viven, lo que es más raro en la clase medias y altas, pues la clase media pretende educarse más para cimentar su familia, tener un patrimonio y conservarlo, lo que no puede hacerse robando, pues correría el peligro de ingresar a prisión, lo que no atemoriza a la clase baja que piensa que no tiene nada que perder.

Finaliza la fracción V del artículo 52 del Código Penal, señalando: Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico o pueblo indígena, se tomaran en cuenta, además sus usos y sus costumbres.

Lo aquí transcrito, a primera vista hace creer que existe benevolencia de la ley respecto a los sujetos que pertenecer a un grupo indígena y que ha delinquido, pero tomarlo así resulta peligroso, pues no puede permitirse que un sujeto en cuya étnia se permita la venta de las hijas, la violencia del jefe de familia en contra de la misma, llegando a extremos de que no sea mal visto el tener relaciones sexuales con las

⁷⁹ MARCHIORI, Hilda. Las Circunstancias para la Individualización de la Pena, Op cit., pág.34.

propias hijas, y por ende adecuar la sentencia que correspondiera a sus usos y costumbres.

El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, particularidad comprendida en la fracción VI del artículo 52, en la práctica es común que el órgano jurisdiccional al mencionar esta circunstancia se refiera en los siguientes términos: "Por cuanto hace al comportamiento posterior del inculcado en relación al delito que nos ocupa, no se cuenta con datos que permitan conocerlo"; empero, nosotros consideramos que en el último de los casos es una referencia a la reincidencia que debe tomar en cuenta el juzgador para otorgar o no sustitutivos penales, cuando durante el proceso aparece que el sujeto activo cometió un nuevo delito y fue condenado por sentencia firme.

La fracción VII del artículo que nos ocupa de manera textual expresa: Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Desde luego que las condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente al momento de la comisión del delito en cierto modo pueden ser relevantes para determinar que el sujeto pudo haber ajustado su conducta sin violar la ley, y podemos ejemplificar para poder entender lo transcrito con el sujeto que encuentra a su esposa en su hogar al momento de tener relaciones sexuales; donde la condición especial lo es la calidad de esposo y víctima del adulterio, si bien el adulterio a la fecha resulta indiferente al Derecho penal, llega a causar un estado de emoción violenta en el esposo, en este caso lo mas seguro es

que el juzgador califique el grado de culpabilidad como cercana a la mínima, ya que no es lo mismo que el sujeto hubiere matado al amante de su esposa en la calle, que en su casa al momento del acto sexual.

A todo lo anterior podemos decir que el valor de las reglas del artículo 51 y 52 del Código Penal, significan relacionar e integrar todas las circunstancias que mencionan para conocer los aspectos de la historia del individuo así como de la conducta típica que cometió para con base en ello los jueces y tribunales, en uso del arbitrio judicial que le confieren las leyes, imponer la pena que le corresponda por la comisión del ilícito.

CAPITULO IV

DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES (TRATAMIENTO EN EXTERNACION Y LIBERTAD ANTICIPADA).

SUMARIO

4.1.- LA PENA DE PRISION. 4.2.- TRATAMIENTO EN EXTERNACION. 4.3.- LIBERTAD ANTICIPADA. 4.4.- ORGANOS COMPETENTES PARA OTORGAR LOS SUSTITUTIVOS PENALES Y TRAMITE ADMINISTRATIVO. 4.5.- PROPUESTAS PARA UNA MEJOR EFICIENCIA DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES ADMINISTRATIVOS.

4.1.- LA PENA DE PRISION

hablar de los Sustitutivos Penales como son Tratamiento en Externación y Libertad Anticipada, presupone la pena de prisión, cuyo fundamento constitucional se encuentra establecido en el artículo 18, que señala que "solo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva". Luego entonces, si un delito tiene señalada diversa sanción a la de prisión o alternativa, esto es, prisión u otra sanción, no habrá lugar a la privación de la libertad, ni siquiera en forma preventiva.

Nos preguntamos entonces, ¿porqué primero la sociedad incluyendo los medios de comunicación y el Estado, pugnan porque los

delincuentes (transgresores de las normas jurídicas) paguen su conducta antisocial con la privación de la libertad, y luego se horrorizan con los relatos de los sufrimientos de los internos, infringidos por el régimen carcelario? Mucho han hablado los políticos de la pobre memoria del mexicano que todo lo perdona u olvida. Probablemente esa sea la respuesta, no lo sabemos.

La prisión conforme se puede leer en el artículo 25 del Código Penal, "consiste en la privación de la libertad corporal", pero esto se aplica a los sentenciados ejecutoriados, y su duración será de tres días a 40 años, con excepción de los ilícitos de homicidio a propósito de violación o robo contra su víctima; homicidio calificado y secuestro cuando el secuestrado fallezca.

Del libro del maestro Mir Puig encontramos que "la pena privativa de libertad consiste en el internamiento de un sujeto en un establecimiento penitenciario."⁸⁰

Del anterior comentario se desprende que la privación de la libertad o internamiento del sujeto debe ser en un establecimiento; pero no en cualquier establecimiento, sino en aquellos en los que la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal señala en su artículo 24, que a la letra dice:

Art.- 24.- Las instituciones que integran el Sistema Penitenciario del Distrito Federal se clasificaran en varoniles y femeniles, para procesados y sentenciados, de alta, mediana, baja y mínima seguridad, en base a su

⁸⁰ Cfr. MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, Op cit., pág.777.

construcción y régimen interno; con excepción de las instituciones de rehabilitación psicosocial y de asistencia postpenitenciaria, en lo relativo a la seguridad.

Artículo que se encuentra en total concordancia con el párrafo primero del artículo 18 constitucional.

En el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal que hasta la fecha sirve como Reglamento de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, se habla de las instituciones en donde los sentenciados deben de cumplir la pena privativa de libertad impuesta por sentencia ejecutoriada, esto en su artículo 54, y los denomina "Reclusorios de ejecución de penas privativas de libertad o Reclusorios destinados a la ejecución de penas privativas de libertad".

El objeto de la pena privativa de libertad o de la reclusión de la persona que ha delinquido es su rehabilitación o readaptación social, utilizando como medios el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, conceptos que los estudiosos del Derecho penitenciario, la mayoría les otorga el rango de "derechos", y el maestro Antonio Sánchez Galindo se pregunta si son derechos u obligaciones. Nosotros pensamos que estas dos tesis o formas de pensar son válidas. Resulta ser una obligación que debe sufrir el sentenciado por haber cometido un delito, por no saberse conducir de acuerdo a las normas y por lo mismo como finalidad de la pena debe de reeducarse para que al terminar su condena pueda integrarse a la sociedad y no le cause perjuicios a esta; resulta ser un derecho, pues si bien es cierto el sentenciado que se encuentra privado de su libertad actuando voluntariamente transgredió la ley, no puede pagar en forma indeterminada por su culpabilidad, y en la mayoría

de los casos ocurre aquí en el Distrito Federal que el robo es el delito que más se comete y gran parte de los sujetos activos son gente de escasos recursos que no tienen educación profesión u oficio.

No quiere decir esto que estemos justificando su desacato a la norma jurídica, sino que estamos explicando que si no tiene capacidad para desempeñar un oficio, por no haber tenido los medios, probablemente se vio en la necesidad de apropiarse de lo ajeno para poder subsistir, y es en la institución penitenciaria o de readaptación social en donde previo estudio, diagnóstico y terapia o tratamiento, el cual puede ser laboral o capacitación para el trabajo, o cualquier otro idóneo para tal fin; logrará el Estado su reincorporación a la sociedad, sin el temor de que cometa nuevos delitos ya que estará capacitado para realizar un oficio.

Dentro de las Instituciones de Readaptación Social y Penitenciarias, conforme a la ley existe un cuadro técnico compuesto, entre otros, por psicólogos especializados en psicología criminal, que se encargan de estudiar al delincuente en forma individual para responder ¿quiénes el individuo que delinque?, ¿qué hacer con él?, ¿porqué una persona determinada no puede aceptar la norma, no puede incorporarse al medio y necesita atentar contra la ley?.

Un enfoque individual, es decir, del sujeto mismo, significa la incapacidad de aceptar la norma, lo que implica dificultades en el desarrollo de la personalidad. La psicología intenta conocer esta problemática a través de una tarea de diagnóstico y tratamiento.

Siguiendo a la tratadista Hilda Marchiori, 'con la que estamos de acuerdo, sin que con esto quiera decir que pretendemos que todos los lectores de este trabajo también lo estén, "es el sistema socioeconómico que actualmente nosrige productor de determinadas conductas delictivas, en especial la de ROBO." ⁸¹

Reiteramos, que el fin que persigue el juez al imponer una pena privativa de libertad es la readaptación social del delincuente, independientemente del delito que haya cometido, en términos de lo dispuesto por el artículo 18 constitucional en su párrafo segundo y que la autoridad ejecutora debe buscar por los medios que le concede la ley que la rige "Ley de Ejecución de Sanciones Penales" y su Reglamento.

Habrá casos en que sea difícil, o de plano imposible que el sujeto se readapte a pesar de los medios a que nos hemos referido, pero el ideal es buscar su resocialización, y no por un sujeto debemos decir que existe una crisis de la prisión, pues hoy por hoy, existen sujetos que si no fuera por la imposición de esta sanción privativa de libertad, estarían en la calle cometiendo nuevos ilícitos y además no sería posible su tratamiento, pues este requiere de estudios serios para poder diagnosticar la terapia a aplicar, lo que no sería posible si no fuera por la prisión.

Nos señala Sánchez Galindo: "ya en algunas ocasiones hemos insistido en que la labor en prisión debe ser instrumento para lograr la readaptación; refugio para pasar con menos dureza las largas horas de hastío penitenciario; elemento de ayuda para que la familia del prisionero, que quedó abandonada y en soledad... preparación para ser asimilado, convenientemente y de inmediato, por la sociedad, cuando llegare el

⁸¹ Cfs. MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal. Op cit., pág. 6 y sig.

tiempo de la ansiada libertad. Este es el trabajo que debe exigir el penado, y todavía no existe en la mayor parte de nuestros orgullosos y nuevos centros de rehabilitación..."⁸²

Coincidente con Sánchez Galindo, Rodríguez Manzanera refiere: "la prisión desempeña aún una función necesaria para la protección social contra la criminalidad. Aunque sus resultados como medio de reforma del penado hayan sido hasta ahora poco satisfactorios, es innegable que un tratamiento reformados solo es aplicable bajo el régimen de prisión; además la prisión intimida a los delincuentes y a los no delincuentes, en cantidad imposible de precisar, y es medio irremplazable para evitar, al menos temporalmente, cuanto dura la reclusión en el establecimiento penal, la perpetración de nuevos delitos."⁸³

Diversos autores han señalado que existe una crisis de la prisión o de la justicia, así Emma Mendoza Bremauntz refiere: "la prisión, desde el momento en que sistemáticamente se utiliza ya como pena, ha sido el medio favorito para castigar y manejar a los delincuentes, aún cuando no se han abandonado totalmente otro tipo de penas ni tampoco cesado la búsqueda de medios penales con los cuales sustituirla, incluso en algunas teorías como las abolicionistas y las minimalistas se está por la supresión o la muy grande limitación del Derecho penal en general."⁸⁴

Al respecto Rodríguez Manzanera apunta: "A pesar de todo lo dicho, sería injusto el pensar que todo el mal reside en la prisión, la

⁸² SANCHEZ GALINDO, Antonio. El Derecho a la Readaptación Social, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, pág. 51.

⁸³ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de Prisión, México, Porrúa, 1998, Págs. 19 y 20.

⁸⁴ MENDOZA BREMAUNTS, Emma, Derecho Penitenciario, Op cit., pág. xxx.

realidad es que toda la justicia penal está en crisis... no hay duda que muchos de los problemas de la prisión son producidos por defectos legislativos y judiciales. Lo más grave del caso es que no solamente el criminal empedernido, el peligroso antisocial, el depravado o el perverso va a prisión, sino también el ocasional, el imprudencial, el inocente, llegan a ella." ⁸⁵

El mismo Rodríguez Manzanera advierte que las penas largas y cortas de prisión son extremos que deben combatirse, ya que la primera elimina simplemente al sujeto, siendo inútiles los esfuerzos para reintegrarlo a la sociedad, que es como un destierro a un país peor que el que existe fuera de la prisión, y a su vez las penas cortas no permiten por su breve duración la intimidación individual, la enmienda y readaptación del delincuente.

Ante las múltiples desventajas tanto de las penas de prisión cortas, ya no digamos de las largas y a fin de evitar la contaminación de los primodelincuentes, los penitenciaristas como son Sánchez Galindo, García Ramírez, Piña y Palacios, Rodríguez Manzanera, entre otros, han influido grandemente en la legislación relativa a la readaptación social de los sentenciados, y es así como surgió primeramente la Ley que establece Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, ésta publicada en el Diario Oficial de la Federación el 19 de mayo de 1971 en donde se contiene el tratamiento preliberacional y la remisión parcial de la pena, cuyo reglamento lo constituye el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal, de 20 de febrero de 1990, para entrar en vigor a los 60 días siguientes de su publicación, el cual no refiere nada sobre los sustitutivos penales anotados.

⁸⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de Prisión, Op cit., págs. 16 y 17.

El 17 y 30 de septiembre de 1999 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación, respectivamente, la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, en vigor a partir del primero de octubre de 1999, según el artículo séptimo transitorio y en éste ya se contienen los sustitutivos penales como son el tratamiento en externación y la libertad anticipada, como formas para sustituir la pena de prisión.

4.2.- TRATAMIENTO EN EXTERNACION

El Tratamiento en Externación se contiene en los artículos del 33 al 39 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, el cual consiste en someter al sentenciado ejecutoriado a un proceso tendiente al fortalecimiento de los valores sociales, éticos, cívicos y morales, que le permitirá una adecuada reinserción a la sociedad.

Este tratamiento se diseñará y aplicará por profesionales, previa aprobación del Consejo Técnico Interdisciplinario de la Institución respectiva, bajo la supervisión de la Dirección de Ejecución de Sanciones Penales. El tratamiento tendrá como finalidad la readaptación social, en base al trabajo, la capacitación para el mismo, la educación y la responsabilidad social; cumpliendo con ello el cometido del artículo 18 de nuestra Carta Magna.

El tratamiento en externación presenta dos modalidades o dos situaciones diversas en que puede concederse a los sentenciados ejecutoriados, la primera se encuentra contenida en el artículo 34 y la segunda en el artículo 36.

El artículo 34 de la ley que nos ocupa nos habla de los sentenciados ejecutoriados que durante el desarrollo del proceso hubiesen gozado de su Libertad Provisional bajo caución; y que para obtener el beneficio del tratamiento en externación deberán reunir los siguientes requisitos:

I.- La pena privativa de libertad impuesta no exceda de cinco años.

II.- Durante el desarrollo del proceso y hasta que cause ejecutoria la sentencia hubiese gozado de Libertad Provisional bajo caución.

III.- Sea primodelincuente.

IV.- Cumpla con las actividades en favor de la comunidad, las cuales serán establecidas por la Dirección.

V.- Cuento con trabajo permanente o se encuentre estudiando en Institución reconocida oficialmente, con excepción de aquellos de 75 o más años.

VI.- En caso de haber sido condenado a la reparación del daño, ésta se haya garantizado, cubierto o declarado prescrita.

La segunda hipótesis o modalidad para gozar del tratamiento en externación, a que hace alusión el numeral 36 de la ley en estudio, se refiere a los sentenciados que por sus características personales, así como la dinámica del ilícito, hayan estado detenidos durante el proceso, pero que al causar ejecutoria la sentencia definitiva, podrán someterse también a este tratamiento, cuando reúnan los siguientes requisitos:

I.- No se encuentre en los supuestos de las fracciones I y II;

- II.- La pena de prisión impuesta no exceda de 7 años ;
- III.- Sea primodelincuente;
- IV.- Técnicamente se acredite haber presentado un desarrollo intrainstitucional favorable;
- V.- Cuenten con una persona conocida, que se comprometa y garantice a la Autoridad Ejecutora, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el externado;
- VI.- Compruebe fehacientemente contar en el exterior con un oficio arte o profesión o exhiba las constancias que acrediten que continúa estudiando;
- VII.- En caso de haber sido condenado a la reparación del daño; ésta se haya garantizado, cubierto o declarado prescrita; y
- VIII.- Realice las actividades que en favor de la comunidad determine la Dirección.

Este beneficio no se concederá a los sentenciados por los delitos de corrupción de menores, lenocinio, incesto, extorsión cometido por servidor público y robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado a casa habitación.

Ahora bien, conforme lo señala el artículo 37 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, el tratamiento en externación, comprenderá:

- I.- Salida diaria a trabajar o estudiar con reclusión nocturna
- II.- Salida a trabajar o estudiar con reclusión los días sábados y domingos.
- III.- Tratamiento terapéutico institucional que se establezca en el caso, durante el tiempo que no labore o estudie.

El sentenciado que haya obtenido el tratamiento a que nos hemos venido refiriendo, estará obligado a presentarse ante la Autoridad Ejecutora que se señale, conforme a las condiciones y horarios previamente registrados; deberá someterse al tratamiento técnico penitenciario que se determine; abstenerse de ingerir bebidas embriagantes, psicotrópicos o estupefacientes; así como no frecuentar centros de vicio.

El artículo 38 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales señala: "El Tratamiento en Externación, tiene como finalidad mantener o poner en libertad bajo control de la Autoridad Ejecutora al sentenciado que por sus características así lo requiera y durará hasta en tanto se tenga derecho a obtener alguno de los beneficios de libertad anticipada que la misma ley contempla." Artículo que es totalmente incomprensible si tomamos en consideración que las personas que disfrutan del tratamiento en externación es porque conforme a los artículos 34 y 36 de la propia ley, no necesitan haber cumplido el 50% de la pena privativa de libertad a que se refiere el tratamiento preliberacional, ni tampoco haber cumplido las tres quintas partes de su condena, y por último como en la primera hipótesis del tratamiento en externación si nunca estuvo privado de su libertad malamente podía trabajar dos días para que se le descontara uno de prisión.

También resulta incomprensible el mismo artículo ya que primero se tiene derecho al tratamiento en externación tomando en cuenta que la pena de prisión impuesta es de hasta 5 y 7 años, respectivamente, pudiendo estar en libertad provisional en el primer caso, y para la Libertad Anticipada por lógica la pena de prisión impuesta debe ser superior a los 7 años; tan es así que en el artículo 42 de la Ley

que nos ocupa se señala las hipótesis en las cuales no se puede conceder la libertad anticipada, remitiéndonos al Código Penal u otras leyes, y así el artículo 85 del Código Punitivo se refiere a delitos de mayor gravedad y penalidad que los señalados en el numeral 33 bis de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, siendo estos los delitos de violación, delitos graves que dolosamente afecten la integridad física o emocional de los menores, el delito de plagio o secuestro, y coincide con el artículo 33 bis que también excluye del beneficio de la libertad anticipada a las personas que hubieren cometido el delito de robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado a casa habitación; luego entonces, si ya se obtuvieron los beneficios del tratamiento en externación para qué se tendría que esperar obtener la libertad anticipada en cualquiera de sus modalidades si el primero es más benéfico.

4.3.- LIBERTAD ANTICIPADA

Los beneficios de libertad anticipada, son aquellos otorgados por la autoridad ejecutora cuando el sentenciado reúna los requisitos establecidos legalmente en cada modalidad (1.- Tratamiento preliberacional. 2.- Libertad preparatoria y 3.- Remisión parcial de la pena.); pero no se otorgaran cuando exista prohibición expresa en el Código Penal para el Distrito Federal u otras leyes.

Respecto a la prohibición expresa ya emitimos nuestra opinión en el punto que precede, advirtiéndose la conveniencia de trasladar el artículo 85 del Código Penal al artículo 42 de la Ley de Ejecución de Sanciones penales, y que el mismo precepto se refiera a las modalidades de la libertad anticipada y no únicamente a la libertad preparatoria.

Se busca con la libertad anticipada, que el reo no permanezca en prisión mas tiempo del necesario para evitar su contaminación con los reos más peligroso y que no cause mayores gastos al gobierno, además ayude al mantenimiento de su familia y logre una convivencia con ésta, logrando su total readaptación a la sociedad, sustituyendo la privación de la libertad por una libertad orientada y supervisada.

4.3.1.- Tratamiento preliberacional

De acuerdo al artículo 43 de la multicitada ley de Ejecución de Sanciones Penales, el Tratamiento Preliberacional es el beneficio que se otorga al sentenciado, después de cumplir una parte de la sanción que le fue impuesta, quedando sometido a las formas y condiciones de tratamiento y vigilancia que la Dirección establezca.

Para que el sentenciado ejecutoriado pueda gozar de este beneficio, deberá:

- I.- Compurgar el 50% de la pena privativa de libertad impuesta.
- II.- Que haya trabajado en actividades industriales, de servicios generales o actividades educativas.
- III.- Que haya observado buena conducta.
- IV.- Que participe en las actividades educativas, recreativas, culturales y deportivas que se organicen en la Institución.
- V.- En caso de haber sido condenado a pagar la reparación del daño, ésta se haya garantizado, cubierto o declarado prescrita.

VI.- No ser reincidente.

Este tratamiento se otorga al sentenciado que haya cumplido, entre otros requisitos, con el 50% de su condena impuesta, sea delito doloso o culposo.

El tratamiento preliberacional comprenderá (artículo 45 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal):

I.- La preparación del sentenciado y su familia en forma grupal o individual, acerca de los efectos del beneficio.

II.- La preparación del sentenciado respecto de su responsabilidad social.

III.- Concesión de salidas grupales con fines culturales y recreativos, visitas guiadas y supervisión por personal técnico.

IV.- Canalización a la Institución Abierta, en donde se continuará con el tratamiento correspondiente; concediéndose permiso de:

a).- Salida diaria a trabajar o estudiar con reclusión nocturna y salida los días sábados y domingos para convivir con su familia, y

b).- Reclusión los sábados y domingos para tratamiento técnico

La redacción de los incisos a) y b) de la fracción IV del artículo 45 antes citados, a primera vista resultan ilógicos, pues finaliza la fracción IV señalando: "...concediéndose permisos de: a).- Salida diaria a trabajar o estudiar con reclusión nocturna y salida los días sábados y domingos para convivir con su familia, y b).- Reclusión los sábados y

domingos para tratamiento técnico"; esto es, si se concede "permiso" se entiende que éste es un beneficio, pero nadie puede pensar como lo señala el inciso b), que la reclusión de sábados y domingos para tratamiento técnico sea un permiso.

También resulta contradictorio el que el sentenciado salga a trabajar o estudiar de lunes a viernes y se recluya por las noches en la institución abierta, saliendo los sábados y domingos para convivir con su familia, además al mismo tiempo debe estar recluido los mismos sábados y domingos para el tratamiento técnico, esto es, el sentenciado debe tener dos personalidades o dividirse en dos personas, una para que salga sábados y domingos para convivir con su familia y su otro yo debe permanecer recluido para tratamiento técnico.

La única explicación que encontramos es que, los sentenciados con familia convivan con ella los sábados y domingos mientras los que no la tengan o no sea conveniente la convivencia con ésta, se les aplicará el inciso b) de la fracción IV del artículo que nos ocupa, esto es, se recluirán sábados y domingos para tratamiento técnico.

4.3.2. - Libertad preparatoria

La Libertad Preparatoria se otorgará al sentenciado que cumpla con las tres quintas partes de su condena tratándose de delitos dolosos o la mitad de la misma tratándose de delitos culposos siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

I.- Haber acreditado niveles de instrucción durante el tiempo de reclusión.

II.- Haber participado en el área laboral educativa o cultural.

III.- En caso de haber sido condenado a pagar la reparación del daño, ésta se haya garantizado, cubierto o declarado prescrita.

No obstante, como lo señala el precepto 48 del mismo ordenamiento legal en cita, "No se otorgará la libertad preparatoria a aquel sentenciado que:

I.- Hubiera incurrido en segunda reincidencia y a los habituales.

II.- Se encuentre en el caso señalado por el artículo 42 de esta ley." (prohibición expresa del Código Penal u otras leyes)

Este beneficio se distingue del anterior, en que se otorga también al reincidente y el tratamiento preliberacional únicamente se puede conceder a los primodelincuentes.

Otra diferencia consiste en que estos beneficiados no regresan a la institución abierta a pernoctar, si no que conforme al artículo 49 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales únicamente están obligados a presentarse ante la Dirección en las fechas y horarios que se establezca, tomando en cuenta los horarios de trabajo o estudio, a demás de supervisar su comportamiento por conducto de las áreas técnicas correspondientes.

4.3.3.- Remisión parcial de la pena

Es una de las instituciones que más han ayudado para librar de la prisión, "remitir" (del latín remittere) significa perdonar, diferir, suspender, ceder o perder una cosa parte de su intensidad.

La remisión para el reo trabajador es una doble remuneración; el salario que debe percibir y la educación de su pena.

La remisión parcial de la pena consiste, en que por cada dos días de trabajo se hará la remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y revele por otros datos efectiva readaptación social. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado.

La autoridad al conceder la remisión parcial de la pena, establecerá las condiciones que deba cumplir el sentenciado, que, conforme a lo establecido en la fracción III y los incisos a) a d) del artículo 84 del Código Penal para el Distrito Federal, son:

III.- Que haya reparado o se comprometa a reparar el daño causado, sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para el objeto, si no puede cubrirlo desde luego.

a.- Residir, o en su caso, no residir en lugar determinado, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo en el lugar que se fije, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;

b.- Desempeñar en el plazo que la resolución determine, oficio, arte, industria o profesión lícitos, si no tuviere medios propios de subsistencia;

c.- Abstenerse de abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estupefacientes, psicotrópicos o sustancias que produzcan efectos similares, salvo por prescripción médica.

d.- Sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada, y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta, presentándolo siempre que para ello fuere requerida.

La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que hayan cometido el delito de violación, plagio, secuestro, robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado para casa habitación, delitos graves que dolosamente afecten la integridad física o emocional de los menores, así como a los habituales y a quienes hayan incurrido en segunda reincidencia.

Como lo señala la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal en su artículo 50, la autoridad podrá revocar la remisión parcial de la pena: Si el liberado no cumple con las condiciones fijadas, salvo que se le dé una nueva oportunidad; y si es condenado por un nuevo delito doloso mediante sentencia ejecutoriada, pero si el delito fuere culposo, la autoridad podrá según la gravedad del hecho, revocar o

mantener la libertad, fundando su resolución (artículo 86 del Código Penal).

"La Remisión Parcial de la pena, ha demostrado su bondad y muchos habrán logrado su libertad anticipada gracias a ella, más aún tomando en cuenta que funciona independientemente de la libertad preparatoria." ⁸⁶

4.4.- ORGANOS COMPETENTES PARA OTORGAR LOS SUSTITUTIVOS PENALES Y TRAMITE ADMINISTRATIVO.

La Dirección de Ejecución de Sanciones Penales, será la autoridad responsable de dar seguimiento, llevar el control y ejercer la vigilancia para que el procesamiento establecido se cumpla.

El procedimiento para la concesión del tratamiento en externación y el beneficio de libertad anticipada se iniciará de oficio o a petición de parte. La solicitud se efectuará ante la Dirección del Centro de Reclusión respectivo, enterándose de inmediato a la Dirección.

De conformidad con el numeral 53 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, el expediente único que se forme con motivo del procedimiento a que se refiere el artículo anterior, deberá estar integrado por dos apartados; en el primero se contendrán todos los documentos de naturaleza jurídica y en el segundo los de carácter técnico.

⁸⁶ Ibidem., págs. 187 y 188.

La Dirección, después de haber recibido el expediente con el dictamen respectivo del Consejo deberá emitir la resolución, misma que se someterá a consideración de la autoridad ejecutora, quien aprobará, revocará o modificará en definitiva.

La resolución definitiva que emita la autoridad ejecutora, surtirá sus efectos desde luego y puede ser impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Distrito Federal.

Aquellas peticiones que conforme a lo dispuesto por esta ley, sean notoriamente improcedentes serán notificadas de inmediato por la autoridad penitenciaria que esté conociendo.

El procedimiento que se establece en este capítulo se sujetará a los términos siguientes:

Artículo 57

I.- Iniciado el procedimiento, se integrará el expediente único dentro de diez días hábiles.

II.- El Consejo deberá emitir su dictamen dentro del término de cinco días hábiles.

III.- La Dirección emitirá su resolución definitiva en un término no mayor de cinco días hábiles.

IV.- La Autoridad Ejecutora emitirá su resolución definitiva en un término no mayor a cinco días hábiles.

Los términos antes establecidos, podrán ampliarse por la autoridad ejecutora, a petición debidamente justificada y correrán a

partir del día siguiente de la última actuación; pero en ningún caso dicha ampliación será mayor a los términos antes señalados respectivamente.

4.5.- PROPUESTAS PARA EL OTORGAMIENTO DE LOS SUSTITUTIVOS PENALES ADMINISTRATIVOS.

a).- El procedimiento para la concesión del Tratamiento en Externación y la Libertad Anticipada (sustitutivos penales administrativos), invariablemente deben iniciarse de oficio y no a petición de parte, para que la autoridad ejecutora esté al pendiente de la situación jurídica de los internos y no únicamente cuando se lo solicite el interesado; pues como esta redactado el artículo 52 de la ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, da la apariencia de que es una gracia el que lo inicie la autoridad, cuando debe ser su obligación.

b).- Debe fomentarse la participación ciudadana a través de instituciones altruistas para que le den seguimiento constante a los expedientes de los sentenciados y localicen a los que estén próximos a alcanzar algún sustitutivo y den aviso a la Dirección del centro penitenciario para llegado el momento inicie el trámite correspondiente; por lo que si cualquier fundación humanitaria o altruista se percatara de que un reo ha permanecido en reclusión sin que se le haya tomado en cuenta alguno de los beneficios o sustitutivos y esto se demuestra, la autoridad ejecutora debe ser sancionada e inclusive tipificarse el delito de privación ilegal de la libertad.

c).- Se deben de crear mayores fuentes de trabajo en los reclusorios y centros penitenciarios, pues es un derecho de los internos

consagrado en el artículo 18 constitucional y al mismo tiempo una obligación como medio para lograr su readaptación social.

d).- En todos los centros de reclusión debe ponerse a la vista en tableros, para que tanto los internos como los visitantes puedan ver los requisitos para la obtención de los sustitutivos penales.

e).- El artículo 42 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales deberá modificarse en el sentido de señalar los delitos por los cuales no se otorgará a los sentenciados la Libertad Anticipada en cualquiera de sus modalidades, ya que si bien es cierto nos remite al Código Penal, éste se refiere en su artículo 85 exclusivamente a la Libertad Preparatoria.

f).- En diversos artículos como son el 50, 100 del Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal señalan que en las sesiones del Consejo de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social así como el Consejo Técnico Interdisciplinario de cada reclusorio preventivo y penitenciarias del Distrito Federal, podrán asistir como observadores miembros de la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, actualmente Asamblea Legislativa del Distrito Federal, y en dichos artículos no se le asigna función alguna ni se señala el objeto por el cual estos miembros podrán asistir como observadores; por lo que se propone se modifiquen los artículos aludidos haciendo obligatoria la asistencia, en donde estos funcionarios cuenten con voz y en su caso voto en las determinaciones que se tomen.

g).- Se debe cambiar la denominación de la "Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal" por el de "Ley de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad para el Distrito Federal", ya que únicamente es aplicable a la pena de prisión y no a las demás que se contienen en el artículo 24 del Código Penal.

h).- Que se especifique en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales que en los delitos culposos no se tome en consideración la reincidencia para la concesión de los sustitutivos administrativos, ya que en la ley a estudio se les niega ese beneficio a quienes hubieran delinquido en segunda reincidencia, sin hacer distinción si esta es dolosa o culposa, cuando el grado de culpabilidad o peligrosidad no es la misma respecto de un sujeto que quiere y acepta la realización del tipo penal que quien por falta de precaución debida produce un resultado típico.

i).- En el estudio de la solicitud para los sustitutivos penales administrativos y su concesión debe participar en forma autónoma y con plenitud de derechos, un órgano independiente de la autoridad ejecutora como podría ser la Asamblea Legislativa o la Comisión de Derechos Humanos, ambos del Distrito Federal, a través de comisiones especiales.

j).- En el mejor de los casos, se debe otorgar facultades al órgano jurisdiccional que emitió la sentencia para que éste previo el estudio por parte del Consejo Técnico Interdisciplinario de cada centro de reclusión, emita la resolución concediendo o negando los sustitutivos de la pena de prisión que se contemplan en la Ley de Ejecución de Sanciones Penales, asimismo, se le rinda informe periódicamente respecto de la rehabilitación o reintegración del beneficiado a la sociedad, o en su defecto de su no cumplimiento, para los efectos de la revocación del sustitutivo.

k).- A efecto de que los estudiosos del Derecho, en especial de las ramas del Derecho penitenciario y criminología estén en aptitudes de analizar el fenómeno criminal, sus causas, efectos y aportar sus posibles soluciones, deberá crearse una oficina de estadística que recabe todas las incidencias de los inculpados desde su ingreso hasta su salida al centro penitenciario, así como sus reincidencias, y que tales datos omitiendo los nombres de los implicados, sean del dominio público y no se encuentren guardados en la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación del Distrito Federal o en el INEGI, asimismo se dé difusión de tal oficina, se hagan publicaciones que se pongan a disposición de los interesados.

l).- Otro medio para evitar la sobrepoblación en las prisiones, sería proponer a la Asamblea Legislativa la modificación en el Código Penal para que el delito de ROBO SIMPLE se persiga a petición de parte agraviada; esto es, que permita el perdón del ofendido en cualquiera de las etapas del procedimiento y aún en ejecución de la sentencia condenatoria.

CONCLUSIONES

1.- La pena de prisión, hasta el día de hoy no ha demostrado ser un medio para lograr la readaptación social del delincuente, antes al contrario, además de contaminar a los primodelincentes por el contacto con los habituales, profesionales o de elevada peligrosidad, la hace una escuela del crimen. En esta forma, el que no era delincuente se convierte en tal y el que lo era se perfecciona.

2.- La prisión no puede desaparecer en el momento actual, pero es necesario que se transforme en institución de tratamiento y se busquen los substitutivos adecuados para todos los casos en que no sea absolutamente indispensable.

3.- Debemos recordar que no todos los que infringen la ley penal necesitan tratamiento, y que hay algunos que son totalmente refractarios a éste, por lo que la prisión como institución de tratamiento debe ser exclusiva para aquellos que puedan ser tratados.

4.- Por el momento, los substitutivos penales administrativos son los medios más utilizados para evitar la sobrepoblación con sus negativos efectos como son el hacinamiento, insalubridad, violencia, drogadicción y corrupción en las denominadas instituciones de readaptación social.

5.- Los substitutivos penales administrativos juegan un papel muy importante para los sentenciados con penas cortas y debe apoyarse

estas medidas para evitar la contaminación de los primodelincuentes por el contacto con los reincidentes o delincuentes que hayan cometido delitos graves.

6.- Mientras no se asigne un mayor presupuesto a los centros de readaptación social y penitenciarios para crear fuentes de trabajo y personal adecuado para su capacitación, la readaptación social seguirá siendo una meta inalcanzable.

7.- Debido al hacinamiento que existe en las prisiones, se hace uso indiscriminado de las substitivos penales administrativos, sin que esto resuelva el problema de fondo, esto es, sin que se hayan readaptado los beneficiados, pues no es lógico que en bloque y en la misma fecha 600 internos alcancen este beneficio, pues esto hace pensar que fueron sentenciados a una misma pena de prisión el mismo día, lo que resulta irrisorio y hace razonable la deducción de que se les otorgó el beneficio por cuestiones de sobrepoblación.

8.- El problema penitenciario de la sobrepoblación, no es un problema técnico que tenga soluciones técnicas, sino que es un problema social derivado en gran parte de la falta de empleo en el país, ya que la mayoría de los internos en proceso y sentenciados tienen como causa el robo, personas en su mayoría que si tuvieran un trabajo estable no se arriesgarían a delinquir.

9.- La readaptación social del delincuente, no es un problema exclusivo del órgano jurisdiccional y de la autoridad ejecutora de las sanciones penales, sino que atañe a toda la sociedad, pues se carece de un sistema de tratamiento paralelo a la comunidad, a fin de que

ésta neutralice los valores negativos que dieron vida a la conducta delictiva.

10.- Independientemente de los problemas biopsicosociales que inciden para que se cometan conductas ilícitas, los jueces penales en su mayoría carecen de conocimientos de criminología que en determinado momento son necesarios para conocer la personalidad del delincuente y los motivos de su conducta antisocial, que necesariamente deben repercutir en una sentencia para lograr una adecuada readaptación social.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BARRATA, Alessandro. El Sistema Penitenciario. Entre el temor y la esperanza, México, Cárdenas editor, 1991.
- 2.- BECCARIA, Cesare. De los Delitos y las Penas, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1991.
- 3.- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales, 23ª ed., México, Porrúa, 1991.
- 4.- BUSTOS RAMIREZ, Juan. Manual de Derecho Penal Español, parte general, Barcelona España, Ariel, 1984.
- 5.- CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales, 6ª ed., México, Porrúa, 1998.
- 6.- CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917, 11ª ed., México, Porrúa, 1998.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl y Carranca y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte general, 20ª ed., México, Porrúa, 1999.
- 8.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, parte general, 9ª ed., México, Porrúa, 1975.
- 9.- COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 18ª ed., Porrúa, México 2001.
- 10.- CREUS, Carlos. Derecho Penal, parte general, Buenos Aires Argentina, Astrea, 1990.

- 11.- DELGADO MOYA, Ruben. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada, 9ª ed., Sista, México, 1999
- 12.- DEL PONT, Luis MARCO. Derecho Penitenciario, 2da. reimpresión 1995, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1995.
- 13.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios, 4ª ed., México, Porrúa, 1999.
- 14.- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal, 2 Tomos, 2a. ed., México, Porrúa, 1989.
- 15.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Delincuencia Organizada. Antecedentes y regulación penal en México, México, Porrúa, 1997.
- 16.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1978.
- 17.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Manual de Prisiones. (La pena y la prisión), 4ª ed., México, Porrúa, 1998.
- 18.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Panorama del Derecho Mexicano, México, Mc. Graw Hill, 1998.
- 19.- HERNANDEZ BRINGAS, Alejandro y Roldan Quiñonez, Luis Fernando. Las Cárcenes Mexicanas. Una revisión de la realidad penitenciaria, México, Grijalbo, 1998.
- 20.- HUACAJA BETANCOURT, Sergio. La Desaparición de la Prisión Preventiva, México, Trillas, 1989.

- 21.- JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal, parte general, 2 Tomos, Barcelona España, Bosch, 1981.
- 22.- MARCHIORI, Hilda. Circunstancias para la Individualización de la Pena, Marcos Lermer Editora Córdoba SRL, Córdoba Argentina, 1983.
- 23.- MARCHIORI, Hilda. El Estudio del Delincuente. Tratamiento penitenciario, México, Porrúa, 1989.
- 24.- MARCHIORI, Hilda. Psicología Criminal, 7ª ed., Porrúa, México; 2000.
- 25.- MENDOZA BREMAUNTS, Emma. Derecho Penitenciario, México, ed., Mc.Graw-Hill.
- 26.- MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal, parte general, 3ª ed., Barcelona España, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.
- 27.- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes García Apan. Derecho Penal, parte general, 2ª ed., Valencia España, Tirant lo blanch, 1996.
- 28.- NEUMAN, Elías. Prisión Abierta. Una nueva experiencia penológica, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984.
- 29.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. Derecho Penal Mexicano, 15ª ed., México, Porrúa, 2000.
- 30.- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, México, Porrúa, 1993

- 31- RAMIREZ DELGADO, Juan. Penología, 3ª ed., Mexico, Porrúa, 2000.
- 32- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de Prisión, Mexico, Porrúa, 1998.
- 33- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Penología, Mexico, Porrúa, 1998.
- 34- SANCHEZ GALINDO, Antonio. El Derecho a la Readaptación Social, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983.
- 35- SANCHEZ GALINDO, Antonio. Penitenciarismo. La prisión y su manejo, Mexico, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1990.
- 36- SANCHEZ ROBLEDO, Cecilia y Houed Vega, Mario Alberto. La Abolición del Sistema Penal, San José Costa Rica, Editec Editores, 1992.
- 37- STRATENWERTH, Gunter. Derecho Penal, parte general I, Trad. de la 2ª ed. alemana de 1976, Madrid España, Ed. de derecho reunidas, S.A., 1982.
- 38- STRRUCHKOV, Nicolai. La educación del Penado; ley, teoría y práctica, Moscú, Progreso, 1985.
- 39- WELZEL, Hans. Derecho Penal Aleman, 3ª. ed. castellana, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- 40- ZAFFARONI, Raul. En Busca de las Penas Perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica penal, Bogotá, Femis, 1990.

LEYES CONSULTADAS

- * Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Sista, 2001.
- * Código Penal para el Distrito Federal, México, Sista, 2001.
- * Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2 Tomos (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM), 14ª ed., México, Porrúa, 2001.
- * Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal, México, Sista, 2001.
- * Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Sentenciado, Asamblea de Representantes del Distrito Federal, México, 1990.