



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
Facultad de Estudios Superiores

Acatlán

“La justicia restaurativa en el tratamiento de los delitos en México”

**Tesis para optar por el grado de
Maestra en derecho**

Presenta:

ROSALBA RAMIREZ LARA

Tutor:

Dra. Guadalupe Leticia García García



Naucalpan, Estado de México

Mayo, 2011



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MIS PADRES Y HERMANOS, EJEMPLO
Y FORTALEZA EN MI VIDA.

A MIS PROFESORES, DESPERTAR DE
CONCIENCIA, VISIÓN Y CRÍTERIO.

A MI NOVIO Y AMIGOS, APOYO
INCONDICIONAL EN MI CAMINO.

INDICE

INTRODUCCIÓN	5
CAPÍTULO 1. EL ESTADO Y EL DERECHO PENAL	8
1.1 ESTADO Y PODER	8
1.2 CONTROL SOCIAL	17
1.2.1 INFORMAL	20
1.2.2 FORMAL	22
1.3 EL DERECHO PENAL Y SU DISCURSO	26
1.3.1 CONCEPTOS GENERALES	33
A) PENA Y DELITO	33
CAPÍTULO 2 TEORÍAS DE LA PENA	36
2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS	36
2.2 TEORÍAS RELATIVAS	39
2.2.1 PREVENCIÓN GENERAL	39
2.2.2 PREVENCIÓN ESPECIAL	42
2.3 TEORÍAS MIXTAS	44
2.4 TIPOS DE PENA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO	47
2.4.1 ASPECTO DOCTRINARIO	47
2.4.2 ASPECTO LEGAL	50
2.5 EL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL Y ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE PENAS	62
2.5.1 EL TRATAMIENTO PRELIBERACIONAL	70
CAPITULO 3 ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN	80
3.1 LA JUSTICIA RESTAURATIVA	89
3.1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTO	91
3.1.2 PRINCIPIOS Y MECANISMOS	97
CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO	107
CONCLUSIONES	127
BIBLIOGRAFÍA	132

INDICE DE CUADROS

1	CONTROL SOCIAL	24
2	ESTADO Y PODER	25
3	EL DISCURSO DEL DERECHO	32
4	ESTADO Y DERECHO PENAL	35
5	TEORÍAS DE LA PENA	46
6	TIPOS DE PENA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO	61
7	FINES DECLARADOS Y REALIDAD DEL ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL Y SUS LEYES REGLAMENTARIAS	77
8	APLICACIÓN DE PENAS EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO	78
9	LAS TEORIAS DE LA PENA Y EL SISTEMA PENAL MEXICANO	79
10	PUNTO DE PARTIDA DE LAS ALTERNATIVAS DE LA PRISIÓN	81
11	PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	82
12	ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN	84
13	SUSPENCIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN	86
14	MECANISMOS Y SUSTITUVIOS DE LA PENA DE PRISIÓN	88
15	ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	93
16	JUSTICIA RESTAURATIVA	97
17	CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	103
18	COMPARATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y RETRIBUTIVA	104
19	JUSTICIA RESTAURATIVA EN CHIHUAHUA	112
20	JUSTICIA RESTAURATIVA EN OAXACA	113
21	JUSTICIA RESTAURATIVA EN ZACATECAS	114
22	JUSTICIA RESTAURATIVA EN MORELOS	115
23	JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ESTADO DE MÉXICO	116
24	ESTADISTICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN OAXACA	120
25	ESTADISTICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN ZACATECAS	121
26	ESTADISTICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN MORELOS	121
27	ESTADISTICA DE JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL EDO. DE MEXICO	122
28	VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA	124

INTRODUCCIÓN

La investigación que se realiza va encaminada a desarrollar un tema poco tocado por los estudiosos de Derecho, en lo que respecta al derecho penitenciario en México, toda vez que no existe un acervo amplio de bibliografía que denote la inexistencia de la readaptación social en nuestro país y a la vez verifique la funcionalidad que tiene un nuevo mecanismo para el tratamiento de los delitos y los delincuentes ajustándose no al delito y al sistema punitivo, sino a la comunidad y a las necesidades sociales a través de la víctima y el delincuente.

Existe una gran problemática respecto al incremento de la delincuencia y derivada de ella, un incremento a la tasa de inseguridad en nuestro País, por lo que se ha creado una necesidad de justicia social, equidad e igualdad en muchos aspectos; sin embargo, nuestro sistema penitenciario trata de basar su función en la aplicación de sanciones pecuniarias o privativas de la libertad, mismas que se compurgan en los llamados centros de “readaptación social” siendo que ésta no es una realidad; sino una ficción que esconde una Política castigadora por parte del Estado ya que carece de los medios idóneos para reducir la delincuencia e integrar a los delincuentes a una vida normal en sociedad, lo que se ve reflejado en el exceso de personas que ingresan a dichos centros de manera reincidente.

Por lo que surge la necesidad de realizar un análisis de nuestro sistema penitenciario para darnos cuenta que no es funcional y estar en posibilidad de verificar el funcionamiento de nuevos mecanismos implementados con las reformas del 2008 a nuestra constitución y con ella la introducción del sistema acusatorio para el tratamiento de delitos.

En el desarrollo de mi carrera me he visto inmersa en el área del derecho penal, lo que me llevó a ingresar en repetidas ocasiones a diversos centros de readaptación social, donde pude constatar las condiciones en las que se encuentran las personas que ahí ingresan por la comisión de diversos delitos, dándome cuenta que la readaptación social no existe, que lo que se encuentra es un Estado castigador a través de sanciones; de ahí surgió mi interés para la realización de este tema de investigación dado que es el área en la que me he

desarrollado, es necesario realizar un análisis de nuevos mecanismos que han surgido y que se han comenzado a implementar en nuestro país para verificar su viabilidad como verdaderas opciones al tratamiento de los delitos a diferencia de la pena privativa de libertad.

En México la sociedad y el Estado siguen creyendo en la existencia de la readaptación social y defendiendo con ello el sistema penitenciario a través de los centros de readaptación social, situación que ha enfrascado al sistema penal ocasionando que no se busquen alternativas reales que eviten el incremento de la delincuencia en nuestro país y por ende se continúa con un crecimiento en la tasa de inseguridad en la sociedad Mexicana. Sin embargo con la reforma constitucional de 2008 al ser introducido el sistema acusatorio deviene con él la figura de la justicia restaurativa para el tratamiento de delitos, misma que ha operado en diversas Entidades Federativas que ya adaptaron sus legislaciones penales al sistema acusatorio, en donde cabría preguntarse si realmente ha tenido resultados positivos la implementación de la Justicia restaurativa en nuestro país.

Así pues el objetivo de este trabajo es analizar la idoneidad de la justicia restaurativa como alternativa viable para la disminución de los procesos penales en nuestro País, dando una respuesta integral al tratamiento de los delitos sin perder de vista a la víctima y al ofensor sin la necesidad de hacer uso del encarcelamiento; y para cumplir con dicho objetivo planteado esta investigación se dividió en cuatro capítulos

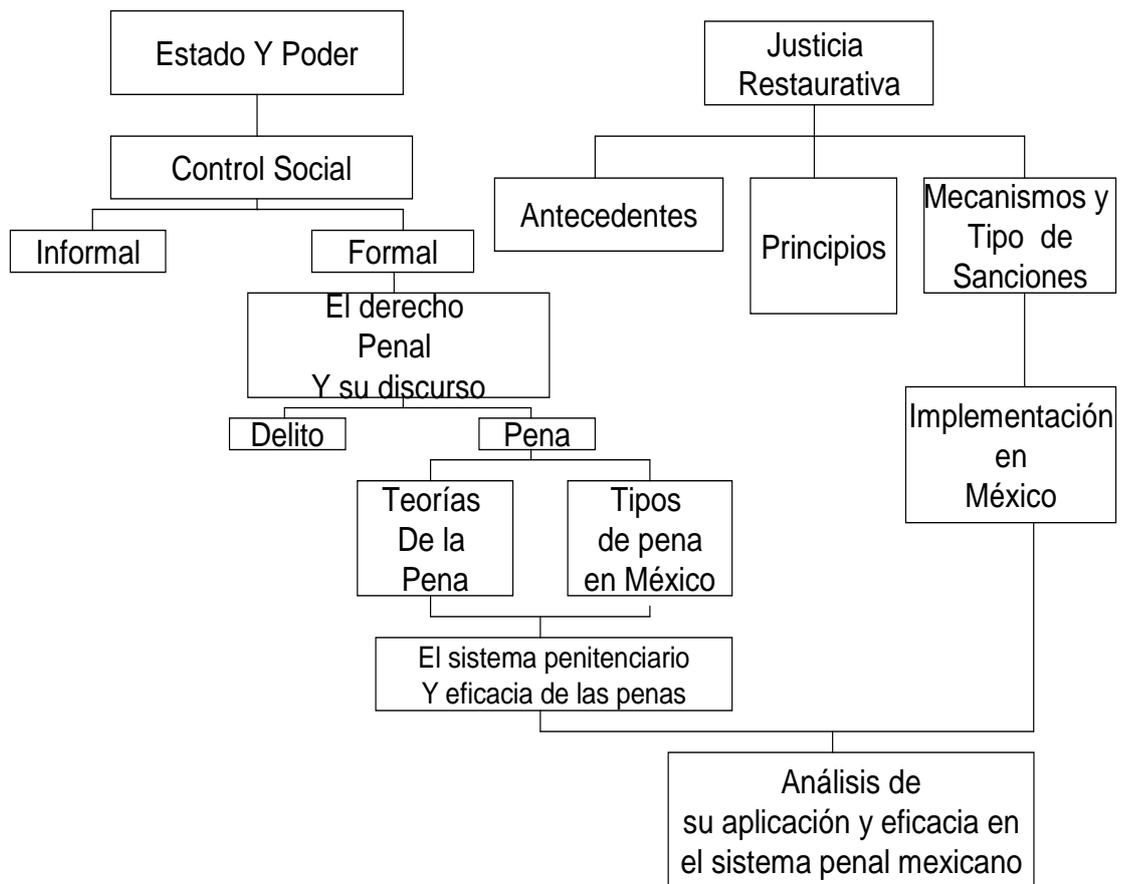
El capítulo I está dedicado al marco teórico para definir Estado y Derecho penal a través de su función como mecanismos de control.

El capítulo II analiza las penas a través de las diferentes teorías que la justifican y de sus aspectos tanto legal y doctrinario; así como la eficacia de su aplicación en el sistema jurídico mexicano.

El capítulo III lleva a conocer la Justicia Restaurativa mediante el análisis de su concepto, antecedentes finalidad y mecanismos de la misma para realizar un

comparativo entre ésta y el sistema retributivo que en la actualidad opera en nuestro país.

El capítulo IV está dedicado a analizar la implementación de la Justicia Restaurativa en diversos estados de nuestro país; a través de su legislación y su funcionamiento.



CAPÍTULO 1. EL ESTADO Y EL DERECHO PENAL

1.1 ESTADO Y PODER

Hoy en día son pocas las corrientes que escapan al Estado y al Poder, sin embargo, en lo que se refiere a la enseñanza jurídica en México, es un tanto insuficiente, ya que no sólo podemos limitarnos a hablar de ellos, sin tratar de comprenderlos y conocerlos, ya que llegan a ser imprescindibles para poder entender problemáticas que se suscitan en su entorno, como es el derecho penal como mecanismo de poder, sus fines y su aplicación. Así pues en el presente capítulo se ofrecerán definiciones de Estado y Poder tomadas de diversos autores con la finalidad de justificar la existencia del derecho penal para conocer cuales son sus verdaderos fines y si en México los mismos resultan efectivos lo que resulta de vital importancia para comprender el origen del tema al que se avoca este trabajo y consecuentemente plantear una posible alternativa

Primeramente se definirá el concepto Estado, el cual surge en el mundo del lenguaje, es decir, el construido por nosotros para tener conciencia de lo real-

En su contenido axiológico.

“El Estado es el medio de que se sirve la sociedad política para llevar a cabo los fines del Derecho natural, como consecuencia de que la historia de la civilización del hombre consiste en su perfeccionamiento, debido, en primer lugar, a un compromiso con su conciencia individual (idealismo manifiesto, reconocido y confesado a voces).”¹

No obstante lo anterior, la definición propuesta únicamente busca definir al Estado y sus problemas desde una perspectiva meramente filosófica, al margen de toda referencia práctica y sin interesarse por la teoría del conocimiento. En resumen se trata de una acepción que confunde la problemática de la práctica con la del deber ser y que ignora a la ciencia política así como a la sociología moderna y otras materias que inciden en el mismo, por lo que no nos apoya como definición para la problemática que nos ocupa, sin embargo, se retomó con la finalidad de

¹ “ Arnaiz, Aurora, Ciencia política, México, Pax-México, 1976, p.561

ejemplificar que la teoría del Estado es una creación meramente humana, por lo que la interpretación de la misma siempre estará sujeta a los cambios que la civilización misma tiene, en consecuencia lo que en un tiempo fue una definición completamente viable, hoy en día no se ajusta a la realidad inmediata a la que estamos sujetos.

Ahora bien, por lo que respecta al ámbito jurídico, las definiciones de Estado se reducen ya que se inscribe casi íntegramente en la tradición del positivismo jurídico, el cual se caracteriza por atribuir al Estado un carácter absolutista, como ejemplo se transcribe la siguiente definición:

“El Estado aparece como la totalidad del orden jurídico sobre un territorio determinado en la unidad de todos sus poderes y como titular del derecho de soberanía por lo que el Estado puede concebirse como una persona jurídica titular de derechos y obligaciones, de acción interna, de acción internacional.”²

Esta manera de plantear la teoría es por demás idealista y juricista, atento a que todo lo externo a lo jurídico queda fuera de la composición del Estado. Y deja así en esencia el sistema de Derecho vigente que existe sólo como se expresa en los ordenamientos jurídicos y de ninguna manera como poder, con lo que esta definición deja de lado la injerencia social e histórica que en su acepción pudiese influir. Y consecuentemente limita al Estado y al gobierno exclusivamente a criterios de naturaleza jurídica.

El Estado no puede ser definido de ninguna de las tres formas intentadas, ni de un ámbito meramente filosófico, ni jurídico, porque es más que eso.

“En efecto el Estado no es una sustancia inmutable y transhistórica, susceptible de una definición esencialista “Los conceptos de Estado y economía dice Poulantzas no tiene ni puede tener la misma extensión, el mismo ámbito ni el mismo sentido en los diversos modos de producción.” Desde este punto de vista no puede haber propiamente

² Serra Rojas, Andrés, Ciencia Política, México, Porrúa 1976, p 473

una teoría del Estado aquí no se distingue que el concepto de Estado sea equívoco sino análogo.”³

El surgimiento del Estado en el mundo del lenguaje es una idea racional en donde la sociedad atribuye dicho nombre al conjunto de características tales como la concentración del poder, la creación de normas jurídicas y de determinación de acción mediante el depósito de la soberanía en éste, sin embargo, el mismo en la actualidad parece ser un antagonismo con las razones que le dieron origen pues lo que busca la sociedad a través de las leyes es una institucionalización mediante la cual se genere un bien colectivo e individual.

“De ahí que la teoría del Estado que es, no de un Estado ideal y soñado, es la teoría de la razón realizada para y por sí misma y la ley que debe ser universal, es realidad en el sentido más cabal y es la realidad menos extraña al hombre.”⁴

En este sentido la esencia del Estado es la ley racional, así encuentra su legitimación en la creación de leyes también racionales; mismas que deberán ser siempre apegadas a los principios de la existencia libre, con la finalidad de crear una forma de comunidad que satisfaga a los ciudadanos o sujetos que decidieron originalmente formar parte del Estado, dándole así legitimación, siendo así, este último el sentido de su existencia. En resumen, el Estado encuentra su justificación y legitimación en la voluntad del colectivo de individuos que lo conforman y al efecto de mantenerla deberá generar normas jurídicas tendientes a proteger la existencia libre de los sujetos que lo integran.

Cabe destacar que, desde el punto de vista del autor, en la práctica o en el mundo real la Función del Estado se encuentra desvirtuada.

Lo anterior es así porque:

“El Estado racional encuentra su negación en una sociedad donde el gobierno favorece a unos y no a otros, donde aparecen contradicciones en los aspectos vitales de la vida social, donde no pueda realizarse

³ Jiménez Gilberto, Poder, Estado y discurso, México, UNAM, 1989, P 41

⁴ González Vidauri, Alicia y Otros, Control Social en México, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004 p. 68

plenamente la idea de libertad, donde el Derecho no sea la expresión de la eticidad, sino el instrumento mediante el cual pueda condenarse al piadoso por impío, al justo por injusto y al inocente por criminal.”⁵

En las sociedades que tienen una organización vertical, es decir, de poder-dominación; el Estado en su ejercicio del poder llega a caer en el campo de lo arbitrario, por lo que cuando algún individuo o grupo de los mismos descubren que el mundo en que viven es sólo aparente libertad y que está muy lejos de su ideal de satisfacer la voluntad de todos y sólo son producto de una voluntad particular para satisfacerla es entonces cuando ese individuo o grupo de individuos se aparta del Estado y le opone sus principios, consecuentemente el propio Estado nombra a estos desertores como criminales y los combate a través de la creación del derecho penal, en el que sancionará las actividades contrarias a las normas que el Estado decide proteger.

Cuando esto sucede es el Derecho institucionalizado que a través del Estado juzgará al sujeto que salga de lo que constriñe, como exclusión de la manera que el mismo Estado crea en su arbitrariedad, haciendo uso quizá hasta de la violencia a fin de lograr el sometimiento.

“Pero será el Derecho institucionalizado por el Estado el que va a juzgar el contenido de esa conciencia ética particular, que en ese momento se estará presentando como negatividad contrapuesta a la presunta universalidad institucionalizada; por lo cual, de ese juicio dependerá la violencia que ejerza el poder en su contra.”⁶

Ahora bien para definir derecho retomaremos una teoría absolutamente diversa a las analizadas con antelación que es la marxista, misma que reduce al Derecho a un mero reflejo de las relaciones de producción y consecuentemente no considera necesario su estudio como objeto específico, ya que según ésta, la clave real del funcionamiento social es lejana y foránea a las instituciones jurídicas, con lo que limita el análisis de la mediación jurídica del poder al considerar éste como un puro instrumento de dominación de la clase cuya única función es ideológica.

⁵ *Ibidem*, p.69

⁶ *Idem*

En otro orden de ideas y en continuación de lo referente al origen del Estado el mismo está ligado a una fase del desarrollo de la sociedad usado para amortiguar antagonismos sociales de las clases nacientes que llegan hacer irreconciliables.

También es un producto del lenguaje que visualizan los individuos como un sistema cerrado consecuencia de condiciones económicas generales, esto es así ya que la sociedad se escinde en clases, las que para sobrevivir deben luchar entre sí o aceptar el dominio de otro poder, que situado por encima de esos antagonismos permitirá la lucha sólo bajo una forma legal.

Las definiciones anteriores nos son de utilidad para conocer la limitación en otras materias del concepto que nos ocupa, sin embargo, dado que la finalidad de la presente tesis es comprender al Estado desde su función para analizar los mecanismos de poder entre los cuales destaca el surgimiento del Derecho penal y el discurso del mismo, para lograr conocer la finalidad con la que fue creado y si cumple en la práctica con ella y debido a la estrecha vinculación que tiene el concepto de Estado con el concepto de poder nos es necesario continuar con las definiciones que servirán de marco teórico conceptual en este trabajo de investigación para así llegar a una definición que vincule concepto de Estado y Poder, mismo que al igual que el Estado puede ser analizado desde múltiples ángulos, para así poder llegar a una definición de Estado y poder.

Desde una perspectiva amplia, todos los sujetos dispondrían de poder, al tener en cuenta que el ejercicio de éste se desprende de la imposición de la autoconciencia de un individuo sobre la de otro, de aquí la facultad o posibilidad para institucionalizar. Así bien su magnitud, extensión y la posibilidad cierta de ejercerlo dependerá de los límites objetivos que imponen las relaciones sociales donde se desenvuelven dichos sujetos.

“En este orden de ideas “El poder de una clase no significa una sustancia que tenga en sus manos: el poder no es una magnitud comensurable que las diversas clases se repartan o intercambien... El poder de una clase remite ante todo, a su lugar objetivo en las relaciones económicas, políticas e ideológicas, lugar que abarca las prácticas de las clases en lucha, es decir, las relaciones no igualitarias de dominación/subordinación de las clases ancladas en la decisión

social del trabajo y que consisten ya en las relaciones de poder. El lugar de cada clase, y por tanto su poder, está delimitado, es decir, a la vez designado y limitado, por el lugar de las otras clases.”⁷

Desde este punto de vista estamos considerando un Poder social, es decir, una noción de poder que no hace exclusiva referencia al poder gubernativo, sino a un sin número de relaciones de autoridad en diversos niveles de la esfera social.

“En cuanto a poder el Estado es un mixto de dominación, autoridad y dirección (en proporciones variables) detentadas por un bloque en el poder en vista de la organización interna y de la defensa exterior de un espacio político determinado. Se trata de una forma de poder político sólo detectable en la escala propia de los espacios políticos.”⁸

El Estado fortalece los canales de ejercicio de poder así como debilita todo aquello que puede perjudicar tal ejercicio, al efecto le concede poderes y recursos a los funcionarios públicos, mismo que en el Estado moderno nada tiene que ver con la fuerza física sino con la función del rol.

“El Estado no es ni el depositario instrumental (objeto) de un poder- esencia que posea la clase dominante, ni el sujeto poseyente de tanto poder como arrebate a las otras clases, en un enfrentamiento cara a cara: el Estado es el lugar de organización estratégico de la clase dominante en su relación con las clases dominadas. Es un lugar y un centro de ejercicio del poder, pero sin poseer poder propio.”⁹

El Estado funciona como reproductor de las relaciones sociales que lo fundamentan, mediante mecanismos de poder que garantizan, apuntalan y tutelan dichas relaciones, por lo que no es una simple relación, sino que condensa de forma material y visible una relación de fuerzas.

“El poder del Estado no es totalmente autónomo ni autogénico, sino que representa la expresión Terminal de las complejas relaciones de dominación y

⁷ Poulantzas, Nico, Estado, poder y socialismo, México. Siglo XXI, 1979, p.177

⁸ Jiménez Gilberto, *Op. Cit.*, p.31

⁹ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p 177

hegemonía que tienen por base y fundamento la estructura de clases de una determinada formación social”¹⁰

El Estado o mejor dicho el poder del Estado en este sentido no puede concebirse como un instrumento o una cosa ya que no es en sí una expresión directa de las clases dominantes; sino una expresión de la correlación de fuerzas entre las clases sociales dentro de una determinada formación social.

“El poder del Estado es la expresión Terminal de complejas relaciones de dominación y hegemonía situadas e la esfera de la sociedad civil autonomizada activa y eficaz. El Estado tiene vida propia y es fuente de poderes nuevos y específicos que no resultan simplemente de la cesión de poderes previos hasta entonces dispersos en el cuerpo social. El Estado es un reflejo activo, una instancia determinada pero también determinante porque reacciona sobre la infraestructura que lo ha engendrado al término de un intercambio dialéctico permanente.”¹¹

En términos del presente estudio es necesario analizar las relaciones de poder desechando un análisis desde él y en sentido descendente hacia las múltiples formas de poder social que se encuentran en la base.

“Los conceptos de Estado poder y control aparecen en la actualidad indisolublemente asociados. El Estado moderno ha representado una centralización del poder y control, legado transferido por el Estado absoluto en su diferenciación con el régimen feudal. Pero al mismo tiempo ha implicado el desarrollo de la sociedad civil en cuanto a su aportación ha sido el carácter democrático del sistema. Ello ha planteado desde los inicios una revisión de los conceptos de poder y control los cuales, ya no aparecen indisolublemente ligados al Estado como aparato como sucedía en el antiguo régimen, sino al Estado como sistema. En cierto modo la división entre un control formal y un informal tienden a dar cuenta de esta nueva realidad.”¹²

En efecto esta relación estrecha entre Poder Estado y Control hace que al analizar uno forzosamente se analice el otro, ya que mientras el poder mantiene

¹⁰ Jiménez Gilberto, *Op. Cit.*, p 47

¹¹ *Ibidem*, p.48

¹² Bustos Ramírez, Juan, *Control Social Y Derecho Penal*, Barcelona, PPU, 1989 p.475

al Estado como sistema, lo realiza a través de mecanismos de control social implementados por el Estado mismo.

Con relación al Poder gubernativo o político, es común que se lo sitúe exclusivamente en el aparato del Estado pero este último es sólo lo emergente del poder, lo observable, el resultado. Al efecto Marx plantea que el poder está detrás de este emergente: en las múltiples relaciones sociales entre las personas. El poder no es una "cosa", no es una propiedad del aparato del Estado, sino la resultante de relaciones asociadas con intereses y lucha de clases sociales permanentes, que denomina relaciones de producción.

En este orden de ideas el Estado como instrumento de dominación desaparecerá, sólo si la humanidad en su devenir histórico logra instaurar un sistema igualitario y fraternal. Sólo bajo este supuesto es imaginable la desaparición del Estado como instrumento de poder y estar en un Estado racional.

“Así el Estado será la efectividad de la idea ética históricamente determinada y la libertad concreta, constituiría el hecho de que la individualidad personal y sus intereses particulares tendrían el pleno desarrollo y el reconocimiento de su derecho para sí, en el sistema de la familia y de la sociedad civil.”¹³

Dado el poder del Estado, el mismo se ejerce través de controles sociales como limitaciones al libre actuar de los individuos, lo anterior conforme a dos tipos de mecanismos:

Los controles sociales informales que son los de mayor arraigo en las sociedades, por la repetitividad y continuidad con la que se enseñaron ya que en la práctica han logrado cumplir con la función para la cual fueron creados, al efecto considero pertinente realizar la siguiente cita:

“La ideología no consiste solamente o simplemente en un sistema de ideas o de representaciones: concierne también a una serie de prácticas materiales que se extienden a los hábitos, las costumbres, el modo de vida de los agentes, y se moldea así como materia en el

¹³ González Vidauri, Alicia y Otros, *Op. Cit.*, p.67

conjunto de las prácticas sociales, incluidas las prácticas políticas y económicas.”¹⁴

Los controles formales: son aquellos que se encuentran institucionalizados, determinando una coerción definida, sin embargo, en la práctica han demostrado no ser el medio idóneo, pues su reglamentación se basa más en la sanción que en la enseñanza, por lo que la retribución o conquista del reconocimiento de derechos a la ciudadanía queda en un lejano segundo término, lo que al final contribuye a que no disminuya la desobediencia.

No obstante lo anterior, es el propio Estado quien cuenta con funciones determinadas a través de las cuales lleva a cabo los controles sociales formales e informales, por lo que la eficacia de los mismos es, por decir lo menos, limitada:

“Al respecto se han manifestado diversos teóricos, de entró los cuales se rescata la siguiente cita: “En general se ha estimado que al existir el Estado y mientras éste exista, en cuanto es el ente que tiene por función la organización dentro del sistema social, tiene por ello una función de control y al mismo tiempo en razón de ese control tiene un ejercicio de fuerza física directa (sea puntual o institucionalizada) que será legítima en la medida que esté al servicio de las personas dentro del sistema social.”¹⁵

Sin embargo, los anteriores no son el único método de control con que cuenta el Estado sino que también lo hace a través de la ideología dentro de sus diversos aparatos de control.

“Si el Estado tiene un papel constitutivo en la relaciones de producción y en la delimitación- reproducción de las clases sociales es porque no se limita al ejercicio de la represión física organizada. El Estado tiene igualmente un papel propio en la organización de las relaciones ideológicas y de la ideología dominante (no se limita al binomio represión-ideología).”¹⁶

¹⁴ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p. 27

¹⁵ Bustos Ramírez, Juan, *Op. Cit.*, p.514

¹⁶ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p. 27

1.2 CONTROL SOCIAL

Como se deriva del punto anterior existe un fuerte lazo entre los conceptos Estado, Poder y control sin que pueda romperse ya que se encuentran asociados a tal grado que es imposible su separación, como resultado de lo anterior en la actualidad en los Estados se presenta una centralización entre poder y control.

“Los diversos poderes que dominan las sociedades se han enfrentado, a la difícil tarea de conciliar sus determinadas conciencias de lo real, con instituciones ideológicas y prácticas de coerción, que les permitan mantener la disciplina social, pero que a la vez, les sirvan para reproducir el consenso respecto a los principios axiológicos en que se basan las mismas.”¹⁷

Así pues entenderemos al Control Social como los esfuerzos de un grupo o de una sociedad por regularse a sí misma, lo que da origen a la estabilidad o el cambio social, lo que lo convierte en uno de los temas actuales de la discusión sociológica.

Usaremos como definición de “control social” aquel “conjunto de mecanismos e instancias de los cuales la sociedad, de una u otra forma, induce a sus miembros a comportarse acorde con las normas, valores y pautas culturales predominantes.”

“En nuestras sociedades de carácter vertical y jerárquico, la construcción de la realidad interna (mundo del lenguaje) obedece a la subjetividad del dominante y de ello se deriva la imposición de un sistema productivo que se institucionaliza, ideológicamente a través de normas imperativas formales e informales.”¹⁸

El control social se ve reflejado en la presión que la sociedad ejerce sobre sus miembros para que asuman y hagan parte de su desenvolvimiento reglas de convivencia, mientras que la sanción es la toma de conocimiento o

¹⁷ González Vidaurri, Alicia y otros, *Op. Cit.*, p. 27

¹⁸ Sánchez Sandoval, Augusto, *Sistemas ideológicos y control social*, México, UNAM, 2008, p. 20

reconocimiento que la sociedad hace sobre si se han cumplido dichas reglas convivencia social o no y en qué grado.

“Así, el lenguaje-ideología crea artificialidades y condiciona las formas de comportamiento humano con respecto a esas apariencias, que son previstas por normas morales, sociales o jurídicas que contienen la amenaza de una sanción, para quienes no cumplan el deber de acción u omisión que puedan contener.”¹⁹

Ahora bien, podemos considerar al control social como una manifestación de regulación y establecimiento de formas de orden frente a la natural y permanente tendencia al desorden social, o a la predisposición al caos social al que podría conducir la inherente libertad de cada persona a actuar como le plazca; en esta tesitura el control social es la parte que impone y enfatiza el orden aceptado por la mayoría con autoridad, o por quienes no teniendo autoridad sí tienen el poder para imponer su concepto de orden en todo el sistema social.

“Todo poder (y no sólo un poder de clase) existe únicamente materializado en aparatos (y no sólo en aparatos estatales). Estos aparatos no son simples apéndices del poder, tienen un papel constitutivo: el mismo Estado está orgánicamente presente en el engendramiento de los poderes de clase. Pero en la relación poder/aparato, y más particularmente, lucha de clases/aparatos. La lucha (de clases) es la que tiene el papel fundamental. Lucha cuyo campo no es otro que el de las relaciones de poder, de explotación económica y de dominación/subordinación político-ideológica. Las luchas siempre tienen la primacía sobre los aparatos-instituciones y los desbordan constantemente.”²⁰

El orden social como propuesta con capacidad pacificadora de las relaciones sociales siempre ha ligado a las relaciones de fuerza que existen dentro de cualquier sociedad y a la amenaza o el ejercicio de la violencia para hacer cumplir las normas que emergen del propio orden social. En ese sentido, el Derecho y la paz, como aspiración o componentes de tal orden conviven en situación inestable con las violaciones al Derecho y con la violencia para imponerlo.

Frente a esta situación inestable se hace necesaria la administración y distribución del poder, con sus desigualdades y jerarquías, la administración de

¹⁹ *Ibidem*, p. 22

²⁰ Poulantzas, Nico, Op. Cit., nota 7, p. 48

premios y castigos. Tal administración no es otra que el control social que implica uno de los problemas más inquietantes en el ámbito intelectual ya que su ejercicio produce efectos o consecuencias sociales, abarcando a la sociedad en su conjunto.

“El poder en el sistema social impone su particular visión de la realidad y de su sistema productivo, al conglomerado humano que actúa como un mero reproductor de esa racionalidad. Una vez impuesta, esa construcción particular de realidad, se vuelve norma, verdad y totalidad para los sujetos que la adoptan. De esta manera, los diferentes y disidentes, serán señalados como pecadores, enfermos, desviados, desadaptados, peligrosos sociales y delincuentes”²¹.

El concepto de control social como ya se ha dicho ha sido objeto de consideraciones diversas y dicho concepto ha sido utilizado como sinónimo de conductas concernientes al interés común y de un control sobre uno mismo y conjuntamente como el control que los ciudadanos ejercían entre sí y sobre los órganos de gobierno que creaban. Ésta es una idea de control social "de abajo hacia arriba" la cual sigue presente y se refleja en la perspectiva de la lucha política.

Acorde a sus acepciones podemos decir que en un sentido amplio, el control social responde a la pregunta de cuáles son los elementos, positivos y negativos que mantienen una sociedad y en su acepción estricta, supone la definición de la desviación y la reacción a la misma.

En resumen la conducta humana se encuentra sometida al control social, a través de los mecanismos que operan desde la definición hasta la supresión de comportamientos calificados como delictivos o desviados, de aquí que se activen agencias o formas de control formales e informales con relación a conductas desaprobadas y la respuesta sancionadora implica una forma de castigo, en la medida en que llevan aparejado algún tipo de privación. Por lo tanto los mecanismos de control social vendrían a constituir una de las partes más importantes de retroalimentación del sistema social para conservar su

²¹ Sánchez Sandoval, Op. Cit., nota 18 p. 21

estabilidad. Del mismo modo podría decirse que constituye la parte conservadora de la sociedad.

“Pero el control de los hombres en la sociedad requiere tecnologías. Los procesos esenciales para el ejercicio del poder político se han decantado durante la historia, en la fuerza directa y en la capacidad de generar consenso. Es decir, el poder en su sentido más crudo expresado por la violencia y su ejercicio más fino, expresado por la ideología capaz de lograr la obediencia de las personas con su propio consentimiento. De esta manera el poder logra la obediencia para el logro de su proyecto hegemónico, que se promueve como el proyecto de todos.”²²

Para comprender la idea que subyace en el castigo es necesario aceptar que en el proceso de socialización se fija la valoración de las conductas y los tipos de respuesta para graduar el castigo, lo que sugiere una forma de estandarización de las conductas censurables y de los castigos en los procesos de control social.

“Cuando la acción del Estado sí es captada a través del binomio ideología-represión ello conduce, en lo concerniente a los aparatos del Estado como son: a) escindir el ejercicio del poder en dos grupos de aparatos: los aparatos represivos y los aparatos ideológicos del Estado; b) dividir de manera casi nominalista y esencialista ciertos aparatos en represivos (que actúan principalmente por la represión) e ideológicos (que actúan principalmente por la ideología) lo cual es discutible según las formas de Estado y de régimen y según las fases de reproducción del capitalismo, ciertos aparatos pueden pasar de una esfera otra, acumular permutar funciones”²³

1.2.1 INFORMAL

El control social es el ejercido en la sociedad política por el aparato institucional del poder público: sobre el común de los ciudadanos, de manera global, y sobre determinados grupos, frecuentemente marginados o resistentes, de una manera particular. El concepto de control social remite así a la relación del poder con los ciudadanos. Para obtener de la sociedad la conformidad o adaptación del

²² *Ibidem*, p. 14

²³ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p. 34

individuo a sus postulados normativos la comunidad se sirve de dos clases de instancias o portadores del control social: instancias formales e instancias informales.

“Por una parte... el control formal no sólo se entronca con el aparato del Estado, sino también en la sociedad civil y por otra... todo control puede impedir la participación; el control formal sea o no del aparato estatal, a través de la obediencia y el control informal mediante la segregación de la toma de decisiones en definitiva la reducción del aparato estatal y de su poder no significa necesariamente una mayor democratización del sistema. Para ello se requeriría paralelamente que quedara garantizada la participación igualitaria de todos.”²⁴

“El control social informal está constituido por la ideología, norma cuya coercitividad se convierte en auto-reproche o culpa, derivados de una construcción previa de la conciencia moral, es decir del haber aprendido el contenido del mandato de acción u omisión”²⁵

Así pues tenemos que las Instancias informales del control social son, por ejemplo, la familia, la escuela, la profesión, o la religión ya que si bien las mismas no imponen una sanción física sobre aquellos que no cumplen sus principios o normas consensuales, el incumplimiento de las mismas sí trae consigo un reproche social o bien un remordimiento de la conciencia, una por así decirlo retribución de carácter moral por no haberse conducido conforme los lineamientos de comportamiento que, cualquiera de estos aparatos haya marcado. Por lo que derivan primordialmente en un reproche sobre su misma persona.

La interacción social es premisa fundamental para ayudar a comprender el significado del castigo. Cuando se trata de instancias informales, existe mayor variabilidad de las definiciones y las respuestas en cuanto a la conducta inaceptable. En las familias, por ejemplo, hay distintas maneras de definir la permisividad de la diversión fuera de la casa y de responder ante el desacato por parte de los hijos en cuanto a la hora de reingreso. Esta variabilidad es una de las propiedades de las agencias informales de control social.

²⁴ Bustos Ramírez, Juan J. *Op. Cit.*, p. 476

²⁵ Sánchez Sandoval, Augusto, *Op. Cit.*, p. 20

“El poder tiene siempre un fundamento preciso. En el caso de una división de clases y en cuanto a su lucha a) la explotación, la extracción de la plusvalía en el capitalismo; b) el lugar de las clases en los diversos aparatos y dispositivos del poder no sólo del Estado: lugar que es esencial en la organización de los mismos aparatos situados fuera del Estado; c) el aparato del Estado que si bien no incluye el conjunto de los aparatos y dispositivos del poder; no por ello permanece impermeable a los situados fuera de su propio espacio”²⁶

Es imposible que el Estado consagre y reproduzca la dominación política única y exclusivamente a través de la represión, de la fuerza o de la violencia. Tiene que recurrir a la ideología para legitimar la violencia y organizar un consenso de ciertas clases y fracciones dominadas respecto al poder político.

“La ideología no es algo neutro en la sociedad: sólo hay ideología de clase. La ideología dominante consiste en un poder esencial de la clase dominante, misma que se engrana en los aparatos del Estado que desempeñan el papel de elaborar, inculcar y reproducir esa ideología, lo cual tiene su importancia en la constitución y reproducción de la división social del trabajo, de las clases sociales y de la dominación de clase.”²⁷

Lo anterior ha sido por excelencia el papel de ciertos aparatos que pertenecen al Estado y han sido designados como aparatos ideológicos del Estado. Ya sea perteneciente a éste o a un carácter jurídico privado como por ejemplo la escuela y la iglesia entre otros; la ideología dominante interviene en la organización de los aparatos y determina en quiénes recae principalmente el ejercicio de la violencia física y legítima las prisiones, la policía, etc.

1.2.2 FORMAL

El control social formal consiste en la ideología-derecho que contiene una sanción jurídica y está promulgada.

Las agencias formales del control penal son: la policía, los fiscales, los jueces, los procuradores, sistemas penitenciarios; quienes actúan usando un conjunto de normas: Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Procedimientos

²⁶ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p. 179

²⁷ *Ibidem*, p. 27

Penales, Código de Ejecución Penal, etc., que se relacionan en un complejo dinámico de funciones cuyas sanciones a diferencia de las del control social informal nunca son neutras sino negativas y estigmatizantes, encontrándose por este motivo, sometidas a normas que tratan de asegurarle objetividad y respeto de las garantías de las personas involucradas en el conflicto social.

“El Derecho en nuestros Estados modernos cumple una función legitimadora del poder público, pero la realidad social a la que este Derecho pretende regular, lo rebasa, lo sobrepasa y así las necesidades reales de control social por parte del poder público y las circunstancias que rodean este fenómeno, le van dando en la vida diaria las características con las que realmente funciona y que no son las declaradas como legítimas.”²⁸

El sistema penal es el conjunto de relaciones y procesos derivados del ejercicio de la facultad punitiva del Estado. Lo que permite tomar en cuenta relaciones "del control formal" que no estén dentro de los límites jurídicos "fuera del límite", con lo que cabe más allá del control formalizado tener en cuenta al control punitivo no formalizado, al que opera bajo el sistema penal subterráneo, es decir, aquel que implica una punición. El sistema penal es el control social punitivo institucionalizado. Este sistema emerge como medio de socialización sustitutivo sólo cuando los mecanismos primarios del control social informal fracasan.

Así, el control penal se manifestara en la actuación de los órganos del sistema, en los procesos de formulación legislativa y hasta en las desviaciones en que incurra el poder punitivo. Siendo lo primordial el conjunto de las relaciones vinculadas al ejercicio de la facultad punitiva del Estado o al ejercicio del control penal y cómo tales relaciones se integran en el devenir social.

Por el contrario, uno de los rasgos de las instancias formales del control sociales contar con tipos de comportamiento previamente establecidas y mantener un estándar de reacciones frente a la desviación, usualmente previstas en normas de procedimiento.

²⁸ González Vidaurri, Alicia, y otros, *Op. Cit.*, p. 67

“El poder del Estado no se da en el vacío sino que comporta soportes institucionales. Desde este punto de vista puede afirmarse que representa la proyección institucional activa de la lucha de clases. Aquí se inscribe la teoría de los aparatos de Estado que constituye una conquista reciente del pensamiento marxista contemporáneo... Los aparatos son la armadura institucional de una sociedad concreta en una fase determinada de la división social del trabajo. Una parte considerable de esta armadura tiene un carácter estatal y constituye a la vez la base material y el dispositivo esencial del poder de Estado.”
²⁹

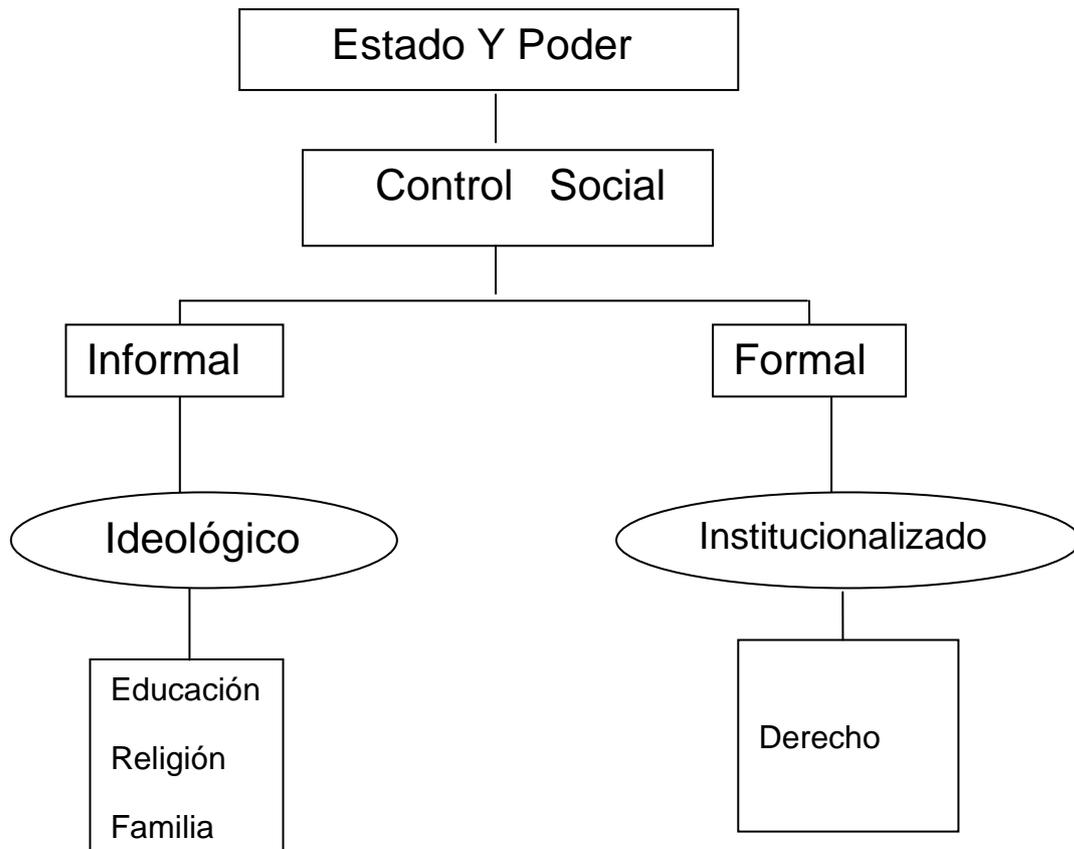
La respuesta que se manifiesta en represión autorizada de acuerdo con procedimientos específicos del Estado, hace referencia a titulares específicos de dicho poder. Consecuentemente la actividad de castigar es selectiva y dicha potestad de castigo corresponde al poder jurisdiccional, con base al reconocimiento de los principios de la división de poderes y del supuesto aseguramiento de las garantías individuales.

CONTROL SOCIAL

CONTROL SOCIAL	DEFINICIÓN	MECANISMOS
FORMAL	Control que se ejerce de forma institucionalizada	DERECHO
INFORMAL	Control que se ejerce de manera ideológica	FAMILIA, RELIGION, EDUCACIÓN

Cuadro 1 Elaborado por RRL

²⁹ Jiménez Gilberto, *Op. Cit.*, p. 49



Cuadro 2, elaborado por RRL

1.3 EL DERECHO PENAL Y SU DISCURSO

El Derecho conforme a lo que se ha planteado en líneas anteriores, es un instrumento de control social formal, pero para el análisis de lo que a su discurso se refiere tenemos que:

“Derecho es una palabra que puede servir para designar un fenómeno que tiene conexión con otro conjunto de fenómenos sociales inscritos en el contexto del ejercicio del poder en una sociedad... el Derecho merece ser definido como parte del grupo de fenómenos pertenecientes al ámbito del lenguaje, de los discursos que circulan socialmente.”³⁰

Abordar el Derecho Penal a partir de sus objetos discursivos, supone analizar los diversos mecanismos por los cuales somete, estructura, regula y reprime. De lo que se evidencia una de las características más importantes de este discurso la eficacia simbólica.

“La teoría del discurso se ocupa de los procesos discursivos que se despliegan sobre la base común de la lengua, por lo que se entenderá por discurso toda expresión de sentido formulado que se formaliza en algún lenguaje, o pues sólo en un lenguaje puede aparecer.”³¹

Los lenguajes, han sido y son usados por todos aquellos que quieren producir y transmitir sentido. Para producir discursos es necesario el uso del lenguaje del cual se desprenden dos posibles usos; uno se hace para hablar del mundo, sin intentar intervenir en el desarrollo del mismo y el otro prescriptivo se hace con el expreso objeto de intervenir en el desarrollo del contexto social en que se produce el discurso.

“Existen muchos discursos prescriptivos que circulan en la sociedad. Pero entre todos podemos distinguir en especial los que amenazan con la violencia, con la aplicación de una sanción, utilizando incluso la violencia contra el infractor o desobediente.”³²

³⁰ Correas, Oscar, Introducción a la sociología jurídica, México , Fontamara, 1999, p. 55

³¹ *Ibidem*, p. 58

³² *Ibidem*, p. 63

Así pues tenemos que el Derecho y sobre todo el Derecho penal pertenece a la clase de los discursos prescriptivos ya que amenaza con el uso de la violencia para el caso de que se produzca la conducta que prescribe.

El Derecho penal actúa en un campo de la producción simbólica, en la realidad social se constata como los enunciados jurídicos no se limitan a comunicar una información sobre el deber ser social.

El Derecho penal, como lenguaje sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer; por lo que no es, en sí mismo, un objeto ideal.

“El Derecho se nos presenta también como discurso, como una imponente y compacta construcción lingüística, como un lenguaje peculiar dotado de extrañas propiedades operativas”³³.

La eficacia simbólica del Derecho está dotada de materialidad misma que se nota en el cambio de los textos jurídicos penales que sirven como una condición indispensable para producir cambios sociales que dependen de la representación que ellas producen en la realidad.

“El Derecho se nos manifiesta sólo bajo las especies del discurso (trátase del discurso de las leyes de los jueces, de los juristas o de la doctrina); y por cierto de un discurso sujeto a las leyes de un lenguaje. Todo lo que los juristas y el legislador profieren se halla condicionado por este lenguaje”³⁴

En el fenómeno jurídico el Derecho penal actúa como discurso que crea una representación a partir de la cual ciertas prácticas son posibles. Con esta óptica, las deficiencias funcionales de los postulados explícitos del Derecho pueden resultar suficiencias funcionales de otros propósitos no declarados. El problema fundamental no se limita entonces a la pregunta por las causas del fracaso del Derecho penal en cualquiera de las actividades que regula, por ejemplo la inexistente resocialización de la persona condenada a pena privativa de la libertad, sino más bien a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso

³³ Jiménez Gilberto, *Op. Cit.*, p. 29

³⁴ *Idem*

responde mejor a un juego de poder dentro del cual el Derecho cumple una función determinante. De esta manera, el asunto no es que el Derecho choque con la realidad que se resiste al cambio y por eso resulta ineficaz; es más bien que la realidad no cambia porque choca con la resistencia del Derecho, el cual persigue por sí mismo la ineficacia.

“El discurso jurídico penal falso no es un producto de Mala fe ni de simple conveniencia, como tampoco es resultado de la elaboración calculada de ningún genio maligno que en buena parte se sostiene por la incapacidad de reemplazarlo por otro frente a la necesidad de defender los derechos de algunas personas.”³⁵

Ahora bien, el Derecho Penal ha sido pensado como una práctica específica que expresa y condensa los niveles de conflicto social en una formación histórica determinada. Esa práctica es discursiva, en el sentido que la nueva lingüística atribuye a esta expresión, esto es, en el sentido de un proceso social de producción de sentidos.

“Las ideologías no pueden expresarse sino en un lenguaje, que definiremos aquí como sistema de signos capaz de expresar y transmitir sentido... todo lenguaje debe contar al menos con un conjunto de signos-palabras por ejemplo, un diccionario permite conocer el significado de los signos.”³⁶

El discurso como práctica incluye los procesos ideológicos, y su acción sobre los procesos científicos.

“Los textos expresan o portan siempre una ideología, que es la de sus autores. Esa ideología, para poder expresarse, precisa de un lenguaje cuyo código debe ser conocido por el destinatario del mensaje incluido.”³⁷

³⁵ Zaffaroni Eugenio, Raúl. En busca de las penas perdidas deslegitimación y dogmática, Buenos Aires, Ediar 2003, p. 75

³⁶ Correas, Oscar, *Op. Cit.*, p. 57

³⁷ *Ibidem*, 55

Es por ello que la forma típica del discurso penal es lo implícito; el cual se vincula entre otras cosas a la interpretación de la significación literal y a un sistema de producción de significaciones derivadas.

Esto significa que el mensaje del discurso penal se dirigirá a destinatarios que no son los aparentes y diseñará contenidos que ocultan razones. Cuando en el marco del Derecho penal se aplica un castigo (un tormento, una privación, una disposición de los cuerpos) hay siempre un mensaje implícito sobre la violación de un particular equilibrio de poder y un destinatario de ese mensaje muy distinto que el sujeto pasivo del castigo.

“El discurso durmiente en un anaquel es socialmente inocuo. Las normas comienzan a existir realmente, cuando alguien las ‘descubre’ como existentes, como válidas. Este ‘descubrimiento’ es un acto de reconocimiento. Es el acto en el que se produce la recepción del mensaje prescriptivo incluido en el discurso del Derecho.”³⁸

En este orden, el discurso de Derecho penal al tiempo que legitima las relaciones de poder existentes, sirve para su transformación, a través del imaginario colectivo, las ficciones y los mitos que dan sentido a los actos reales de los hombres, mismo que remite para su comprensión al poder y, en última instancia, a la violencia en la que se incluye a la ciencia que pretende explicarlo y es en sí mismo un dispositivo de poder.

En efecto, la estructura del discurso penal, que articula a diversos niveles, encubre, desplaza y distorsiona el lugar del conflicto social y permite al Derecho penal instalarse como legitimador del poder, al que disfraza y torna neutral.

“El sistema penal es una compleja manifestación del poder social. Por legitimidad del mismo entendemos la característica que le otorgaría la racionalidad. El poder social no es algo estático que se tiene, sino algo que se ejerce y el sistema penal quiere mostrarse como un ejercicio de un poder planificado racionalmente”³⁹

³⁸ *Ibidem*, p. 74

³⁹ Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Op. Cit.*, p. 87

El Derecho Penal se encuentra en una peculiar relación con el poder. Cada vez que consagra alguna acción como prohibida está revelando dónde reside el poder y cómo está distribuido en la sociedad.

Este saber penal, que es inseparable del poder en el Estado moderno, Le proporciona al poder su discurso legitimante aún en aquellos casos en que su ejercicio alcance los máximos grados de arbitrariedad y discrecionalidad.

“La violencia física monopolizada por el Estado sustenta permanentemente las técnicas del poder y los mecanismos del consentimiento, está inscrita en la trama de los dispositivos disciplinarios e ideológicos, y modela la materialidad del cuerpo social sobre el cual actúa la dominación, incluso cuando esa violencia no se ejerce directamente.”⁴⁰

El discurso penal es el del ejercicio del poder y, por ende, alude e identifica a aquellos que pueden producirlo, configurando la noción de autoridad u órgano y al ordenar las relaciones recíprocas y los productores de ese discurso del poder entre sí, y de éstos con el resto de los individuos actuantes en relación a una determinada institución social, con la mediación del discurso jurídico. De este modo, las reglas de formación del discurso penal no son reglas referidas a los requisitos lingüísticos de las expresiones, sino, más bien, reglas de identificación, es decir, reglas de designación de los sujetos que tendrán a su cargo el proceso discursivo.

“La aplicación de las técnicas del poder capitalista, la constitución de los dispositivos disciplinarios, la emergencia de las instituciones ideológico -cultural, presuponen la monopolización de esa violencia por el Estado, cubierta precisamente por el desplazamiento de la legitimidad hacia la legalidad y por el imperio de la ley.”⁴¹

Tras las múltiples formas en que el poder se manifiesta, está la violencia desnuda, que el Derecho penal a través de herramientas discursivas, disimula, oculta y disfraza tras esos actos de fuerza. Esa violencia es determinante del poder aunque no se actualice de manera permanente en su ejercicio. Tal vez lo es, más que nunca por esa circunstancia.

⁴⁰ Poulantzas, Nico, Estado, *Op. Cit.*, p. 93

⁴¹ *Ibidem*, p. 93

“Los múltiples poderes que sustentan esta realidad legal se apoyan en buena medida en el ejercicio de poder de las Agencias de nuestros sistemas penales que en la mayoría de los países de la región opera un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicidios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares.”⁴²

En el interior del dispositivo de poder, el discurso del orden y el imaginario social reactualizan esa violencia y la transforman verdaderamente en poder, haciéndolo constante y socialmente transmisible. Transformada la violencia en poder, el discurso del supuesto orden, igualdad y el imaginario social aseguran la presencia del poder y los efectos de la fuerza.

“La ley por tanto, forma parte integrante del orden represivo y de la organización de la violencia ejercida por todo Estado. El Estado dicta la norma, proclama la ley, e instaura con ello un primer campo de mandatos, prohibiciones y censura, instituyendo así el terreno de aplicación y el objeto de la violencia, más aun, la ley organiza las condiciones de funcionamiento de la represión física, designa y significa su modalidad, encuadra los dispositivos que la ejercen. La ley, es en este caso, el código de la violencia pública organizada “⁴³

La estructura del discurso jurídico penal es fundamental para que el Derecho penal cumpla su papel. Su organización depende de un principio de control ubicado en otros discursos en instituciones, acontecimientos políticos y en sucesos de distribución del poder.

El discurso jurídico penal es generalmente ordenado y coherente, lo que hace que se genere seguridad, confianza y aceptación en aquellos a quienes su mensaje se orienta.

El silencio, la censura y la exclusión, son mecanismos propios y preferidos de este discurso penal, que construye una red “racional” de ficciones a partir de las cuales el “orden” oculta el poder y es racional porque tiene una función de conocimiento, porque pertenece al discurso del orden y porque genera las

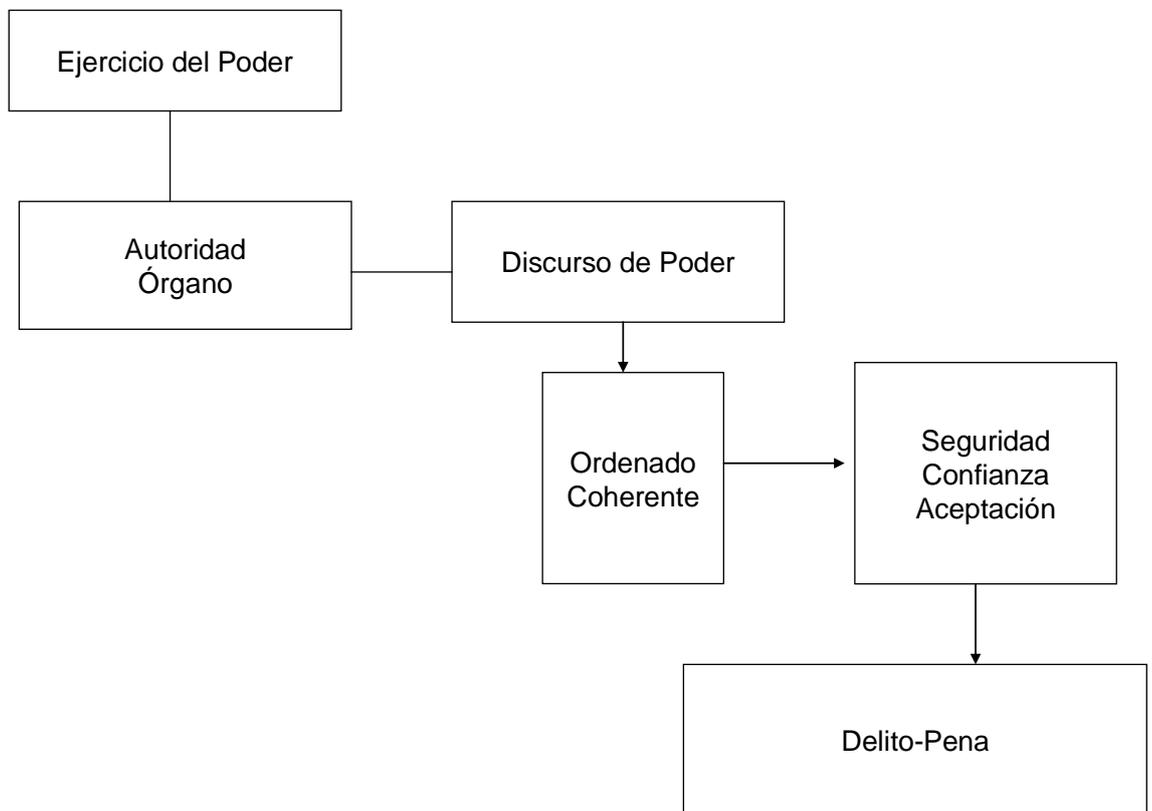
⁴² Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Op. Cit.*, p. 95

⁴³ Poulantzas, Nico, *Op. Cit.*, p. 88

condiciones de su propia existencia ocultando permanentemente su carácter legitimado del poder.

“En la criminología de nuestra época es corriente la descripción de la operatividad real de los sistemas penales en términos que nada tienen que ver con la forma en que los discursos jurídico-penales presuponen que operan, es decir que la programación normativa se basa sobre una realidad que no existe y el conjunto de agencias que debiera llevar a cabo esa programación opera en forma completamente diferente.”⁴⁴

EL DISCURSO DEL DERECHO



Cuadro 3, elaborado por RRL

⁴⁴ Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Op. Cit.*, p. 96

Tenemos así que desde el Derecho penal se construye toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real, de tal manera que sólo cabe pensar, juzgar, actuar en consecuencia. Actuar como si hubiera libertad e igualdad entre las personas que conforman la sociedad; como si dichos miembros conocieran las normas que deben conocer; y el fundamento de la realidad; como si ésta fuera lo que el discurso del Derecho penal nos dice que es. Aunque lo realmente sorprendente es que esto enfrasca otra ilusión no sólo a través de la amenaza o la violencia ejercida sino haciéndonos creer que estamos de acuerdo con ser reprimidos y esa posibilidad se la brinda el discurso en su función a través del lenguaje.

1.3.1 CONCEPTOS GENERALES

A) PENA Y DELITO

La ley penal en suma, representa lo cotidiano de las sociedades actuales y la misma está basada en lo que se ha llamado delito y pena de los cuales la ciencia jurídica se ha esforzado por definir

“Delito, pena y medida son los conceptos fundamentales del moderno Derecho penal. Delito es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal, conminado por pena y por el que el autor merece un reproche de culpabilidad. Pena es la compensación de una infracción jurídica mediante la imposición de un mal que adecuado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, expresa una reprobación pública del hecho y obtiene así la salvaguarda del Derecho.”⁴⁵

“Los objetos del Derecho penal son dos: el delito y la pena. La segunda es la consecuencia del primero. Éste opera, por tanto, como presupuesto de aquélla, la ejecución del delito por el gobernado,

⁴⁵ Henrich Jescheck, Hans, Tratado de derecho penal parte general, España, Comares, 1993, p.10

mediante la realización de una conducta prohibida, o la abstención de realizar otra ordenada, origina el Derecho del Estado a sancionarle. Delito y pena son, de aquí los dos términos, de la relación jurídica, de carácter público, que crea el Derecho penal.”⁴⁶

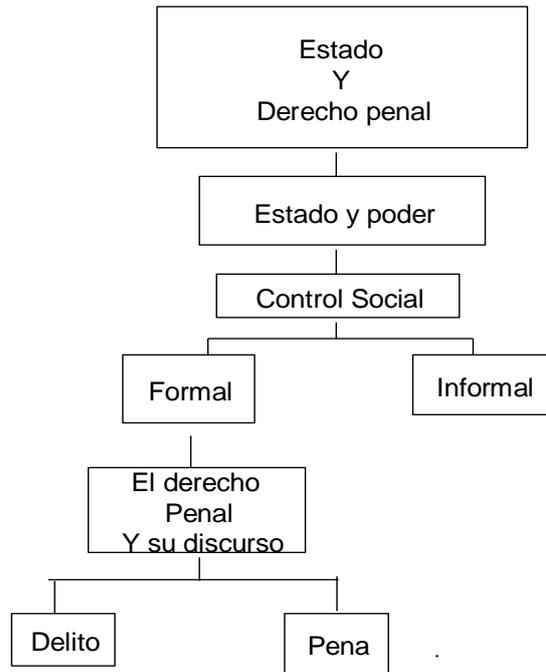
Sin embargo para términos del presente análisis necesitamos una concepción o punto de vista un tanto más sociológico como la de Luhmann, en virtud de que la misma hace referencia al discurso del Derecho penal que en gran medida es el que va a sostener la imposición de penas y al que nos referimos en líneas posteriores.

“En el discurso jurídico penal extraído de Luhmann se considera que el delito simboliza una falta de fidelidad al Derecho que lesiona la confianza institucional y por ende la pena se hace necesaria para restablecer la confianza en el Derecho. Este discurso jurídico penal sostiene una pena que se justifica sólo por la necesidad de equilibrar el sistema o sea, de mantener al organismo, archivándose los argumentos de prevención general.”⁴⁷

Más aun viendo en su conjunto estas tendencias y a pesar de que se han hecho diversos estudios y explicaciones en cuanto a delito y pena, los mismos necesitan de un trato más amplio que el presente; sobre todo en cuanto a pena y funciones de la misma se refiere, es por lo anterior que en el subsecuente capítulo se abordará el término pena, sus tipos y las diferentes teorías que en torno a ella han surgido en la historia, para llegar así a entender los fines de la pena, su relación estrecha con el delito y como la pena de prisión ha llegado a ser la pena por antonomasia en muchos países

⁴⁶ Arilla Bas, Fernando, Derecho penal parte general, México, Porrúa, 2001, p. 19

⁴⁷ Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Hacia Un Realismo Jurídico Penal Marginal*, 1ª edición, Venezuela, Monte Ávila editores Latinoamericana, 1993, p.85



Cuadro 4, elaborado por RRL

CAPÍTULO 2 TEORÍAS DE LA PENA

Desde el comienzo de la humanidad, de diferentes formas existió el castigo aplicado por una ofensa, y es desde el último siglo que se discute acerca del fin de la pena; fundamentalmente tres concepciones que en sus más variadas combinaciones continúan hoy caracterizando la discusión, así, para explicar los fines de la pena y tratar de justificar la existencia de las mismas se ofrecen estas diversas teorías que parten de puntos de vista retributivos o preventivos, puros o mixtos que se encargan de fundamentar de diverso modo y de explicar los presupuestos que condicionan el ejercicio de derecho de castigar del estado y la finalidad perseguida por éste.

2.1 TEORÍAS ABSOLUTAS

“Las Teorías absolutas, son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objeto trascendente. Se castiga, porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse. El castigo lleva en su propia existencia su propio fin, según esta teoría el delito no es sólo el presupuesto de la pena, sino su fundamento absoluto, y la sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito, consecuencia necesaria y que jamás puede faltar. De aquí que la característica común, que en todas estas doctrinas predomina, es el concepto de justicia, de retribución del mal por el mal. La relación entre el delito y la pena, principalmente cuantitativa, se expresa en la fórmula: retribución del delito”⁴⁸

Estas teorías absolutas son aquellas que sostienen que la pena halla su justificación en sí misma, sin que pueda ser considerada como un medio para fines ulteriores. "Absoluta" porque en dicha teoría el sentido de la pena es independiente de su efecto social, se suelta de él.

“El fundamento de la pena sólo será la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria para estas teorías será la que produzca al autor un mal que compense el que él ha causado libremente. La utilidad de la pena queda fuera del fundamento jurídico de la misma.

⁴⁸ Jiménez de Asua, Luis Tratado de derecho penal; tomo II, Filosofía y ley penal, Buenos Aires, editorial losada, S.A, p.26

Sólo es legítima la pena justa aunque no sea útil, así como una pena útil, pero no justa carecerá de legitimidad”⁴⁹

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, es concebida como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, pensamiento que reconoce como antecedente la Ley del Tali6n. Ella niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado, ha de imponerse por el delito aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe igualmente aplicarse. Es la imposici6n de un mal, por el mal cometido. Aqu6 termina la funci6n de la misma. Es decir, que la pena 6nicamente se justifica para sancionar un mal cometido por el delincuente.

Sin embargo, la idea retribucionista de alg6n modo todav6a tiene fuerte arraigo en la sociedad, que reacciona frente a los m6s graves delitos exigiendo el castigo de sus culpables. Tambi6n las ideas de "venganza" y de "castigo" se basan en una concepci6n retributiva de la pena.

“La teor6a de la retribuci6n concibe el delito como un acto de desobediencia a una orden (norma) dada por el legislador. Frente a tal lesi6n de la obediencia, el estado tiene el derecho de penar (derecho penal subjetivo) si lo considera necesario para ratificar su autoridad.”⁵⁰

El pago o la devoluci6n de un mal corresponden al arraigado impulso de venganza humano. La afirmaci6n de que con la pena se ejerce una retribuci6n f6ctica solamente puede justificarse en la medida en que ella impide los actos de justicia por propia mano. Se entiende que el criterio retributivo no puede ser absoluto debido a que resulta evidente que no toda culpabilidad debe ser castigada ya que la pena, en el caso concreto, puede producir efectos contraproducentes. La idea de retribuci6n es vulnerable debido a que la pena no borra el mal causado por el delito sino que en realidad a6ade un segundo mal, sin embargo el derecho penal contempor6neo no ha evolucionado hacia un abandono

⁴⁹ Fern6ndez Mu6oz, Dolores Eugenia La Pena de Prisi6n Propuestas para Sustituirla o abolirla, M6xico, UNAM 1993, p. 47

⁵⁰ Garc6a Garc6a, Guadalupe Leticia, Derecho ejecutivo penal, M6xico, Porr6a 2005, p. 54

total de los puntos de vista retributivos debido, fundamentalmente, a la fragilidad de las teorías preventivas propuestas como alternativas.

“Quien considere la pena la necesaria consecuencia del delito, anterior e independiente de toda especulación humana, dudará, a pesar de cualesquiera concesiones puntuales, de la virtud curativa de las profundas reestructuraciones.”⁵¹

⁵¹ Von Liszt, Franz La idea de fin en el derecho penal, México UNAM, 1994, p. 56

2.2 TEORÍAS RELATIVAS

A diferencia de las teorías absolutas o retribucionistas existe otra corriente encaminada a indicar que la pena, va encausada a la prevención del delito, en esta vertiente no se busca el castigo por el daño, sino evitar el delito y así dar mayor protección y seguridad a la sociedad.

“Son teorías relativas las que atribuyen a la pena un fin independiente, señalándole un objetivo político y utilitario. Se castiga, para que no se delinca y la pena se pone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos. Es instrumento de un fin de interés y de utilidad social; es un medio para la seguridad y conservación sociales. La pena es un sistema de lucha contra el crimen. Según estas teorías el delito se considera sólo como condición y presupuesto de la pena, pero no como su fundamento. Por ende su característica predominante es el fin que se señala a la pena.”⁵²

Las teorías relativas renuncian a ofrecer fundamentos éticos a la pena, ella será entendida como un medio para la obtención de objetivos como un instrumento de motivación, un remedio para impedir el delito.

Las teorías de la prevención han conocido dos corrientes según que pretendan su prevención general o especial:

“Se manifiesta la prevención como fin de la aplicación de la pena, se hace depender el sentido de la pena, de su cualidad para hacer que sus consecuencias incidan en la motivación favorable del individuo para no cometer más delitos (prevención especial), o bien para provocar en la sociedad la intimidación suficiente para respetar la ley (prevención general).”⁵³

La necesidad de la pena es la que fundamenta en esta teoría de la imposición y la misma considerada como preventiva se divide en:

2.2.1 PREVENCIÓN GENERAL

“Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad: tratan de impedir que los individuos, considerados en su conjunto caigan en el delito, mediante la intimidación de las

⁵² Jiménez de Asua, *Op. Cit.*, p 26

⁵³ García García, Guadalupe Leticia, *Op. Cit.*, p.56

sanciones conminadas en las leyes, es decir, contemplan de preferencia el instante de la amenaza del castigo.”⁵⁴

Las teorías de la prevención general conciben la pena como medio de prevenir los delitos en sociedad. Así el Derecho puede tener en la sociedad dos efectos: Un efecto intimidatorio (la prevención general negativa) donde se concibe a la sociedad como un conjunto o grupo de delincuentes potenciales y la pena como una amenaza para los ciudadanos. Y un segundo efecto integrador (la prevención general positiva).

PREVECIÓN GENERAL POSITIVA: “La prevención general positiva significa asegurar la validez y cumplimiento del Estado de derecho. La confianza de la población en el derecho y su aplicación, sólo puede ser lograda cuando a la comisión si la exacta aplicación de la pena correspondiente, cuestión que por razones de recursos, corrupción, mantenimiento de la cifra oscura por desconfianza en las autoridades, etc. Está muy lejos de realizarse.”⁵⁵

Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

La prevención general ve el fin de la pena en la intimidación de la generalidad de los ciudadanos, para que se aparten de la comisión de delitos. Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efecto a la ley. Entonces la pena es como una "coacción psicológica" que se ejercía en todos los ciudadanos para que omitieran la comisión de delitos.

“El derecho penal no debe servir a la atemorización de delincuentes potenciales sino en forma general y positiva a la afirmación y aseguramiento de normas que rigen como irrenunciables en una sociedad.”⁵⁶

⁵⁴ Jiménez de Asua, Luis, *Op. Cit.*, p. 27

⁵⁵ García García, Guadalupe Leticia, *Op. Cit.*, p. 58

⁵⁶ *Ibidem*, p. 57

El derecho penal no actúa aisladamente, sino más bien dentro de un sistema total de control social, cuyo ámbito parcial formalizado es el derecho penal por lo que una teoría de la prevención general tiene que considerar los efectos recíprocos entre derecho penal y otras instancias de control.

PREVENCIÓN GENERAL NEGATIVA: “Se aplica un mal a un individuo, para lograr el bien del resto de los sujetos integrantes de la sociedad.”⁵⁷

Esta se manifiesta por la vía de la intimidación a los posibles delincuentes

“La aplicación de la pena en este contexto es un deber público y al aplicarse se está reconociendo al desviado su igualdad de posición ante el resto no desviado de la sociedad, de la cual ambos son parte. Este otorgamiento del ius puniendi y la consideración de la igualdad de los integrantes de la colectividad se fundamenta en el contrato social”⁵⁸

La ejecución de la pena debe confirmar la seriedad de la amenaza legal. Entonces la pena no corresponde siempre al mal sufrido de la víctima. Ella es proporcional con el mal amenazado: cuanto más grave sea el mal amenazado, más grave sea el efecto intimidante

“La amenaza de recibir una sanción consigue disuadir a otros posibles delincuentes sólo cuando es muy alta la probabilidad de que lleguen a verse sancionados, de tal manera que ningún castigo sirve de gran cosa, no importa cuán severo sea, si apenas alcanza unos cuantos criminales o se aplica al azar, o sólo a quienes carecen de influencias o dinero.”⁵⁹

Así se adjudica a la pena ya un fin de conservación del orden, o de conservación del derecho, o para fortalecer la pretensión de validez de las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad, o bien reforzar las costumbres sociales y la fidelidad al derecho o como afirmación de la conciencia social de la norma.

Sin embargo mientras exista impunidad esta prevención tendrá nulos resultados.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 58

⁵⁸ *Ibidem*, p. 59

⁵⁹ *Idem*

2.2.2 PREVENCIÓN ESPECIAL

“Las doctrinas que pretenden el logro de la prevención especial, emplean la pena con única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible y la ejecución de las mismas se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo. El momento especialmente considerado es el ejecutivo, en suma la prevención especial consiste en la función individual de la pena.”⁶⁰

La prevención especial no quiere retribuir el hecho pasado, no mira el pasado, sino que ve la justificación de la pena en que debe prevenir nuevos delitos del autor. Esta concepción a diferencia de la prevención general que usa como sujeto la colectividad, tiende a prevenir los delitos de una persona determinada. Por eso, la prevención especial opera en el momento de la ejecución de la pena. El fundamento de la pena es evitar que el delincuente vuelva a delinquir en el futuro.

PREVENCIÓN ESPECIAL POSITIVA esta va dirigida al delincuente y se da en el momento de aplicación de la pena para ello se hace necesaria la figura de la readaptación. (Es decir el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación, trabajo etc durante el tiempo que cumple la sanción) ven el fin de la pena, en apartar al que ya ha delinquido de la comisión de futuros delitos, a través de su corrección y readaptación a la sociedad.

PREVENCIÓN ESPECIAL NEGATIVA: Al igual que la anterior se va a dar en el momento de la ejecución de la pena está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado o por periodos de tiempo tan largos que es imposible que el delincuente siga vivo hasta cuando termine de purgarla. A través de su aseguramiento, apartándolo de la vida social en libertad. Delincuente no debe volver a delinquir, toda vez que el mismo será segregado de la sociedad.

“Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir en inhibir los impulsos

⁶⁰ Jiménez de Asua, *Op. Cit.*, p. 27

delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratara de una teoría preventivo-genera de la pena. Si, por el contrario el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere su hecho, estaremos en una teoría preventivo- especial o individual. ⁶¹

“Quien contemple en la pena una creación libre de la inteligencia humana, establecida para prevenir las acciones nocivas a la sociedad, se inclinará fácilmente a esperar de una reforma legislativa el remedio radical de todos los males sociales, sea que el vea el objetivo de la reforma en el mejoramiento del sistema primitivo o en su restricción a través de medidas preventivas.”⁶²

⁶¹ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *Op. Cit.*, p. 48

⁶² Von Liszt, Franz, *Op. Cit.*, p. 56

2.3 TEORÍAS MIXTAS

“Las denominadas teorías mixtas tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil. Estas teorías pretenden que se castigue quia peccatum est y ut nec peccetur, conciliando el concepto de la retribución y el fin utilitario. Un grupo de sus representantes hacen predominar la justicia sobre la utilidad; otros ponen delante la utilidad y después la justicia. El delito es así la razón de la pena y la retribución su esencia; pero también son fines de la penalidad el mantenimiento del orden y el bien social futuro.”⁶³

Para las teorías de la unión o mixtas la pena debe cumplir en el mismo tiempo las exigencias de la retribución y prevención. Ella debe ser justa y útil. Mostrando así dos direcciones claras que apuntan de distinta manera: Una primera que ha dado prioridad a las exigencias de la justicia. Y otra segunda, que es la utilidad pero a diferencia de las teorías preventivas, se buscan soluciones útiles que no sean injustas.

“La pena es originariamente, ósea, en aquellas formas primitivas que se pueden reconocer en los comienzos de la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuo, ciega, instintiva y no intencional determinada por la representación de un fin. Pero poco a poco la pena transforma su carácter. Su objetivación, es decir, la reincisión desde la reacción de los círculos inmediatamente afectados hasta entregar el examen del asunto a órganos no afectados, capaces de examinarlo con serenidad, posibilita la sobria observación de sus efectos. La experiencia lleva a la conclusión del carácter finalista de la pena. A través de la idea de fin, ella gana objetivo y medida y se desarrollan tanto en el presupuesto de la pena (el delito) como su contenido y su ámbito (el sistema de penas) bajo el dominio del pensamiento finalista, la violencia punitiva se convierte en derecho penal.”⁶⁴

Se habla en este sentido de prevención general positiva que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho. La pena es un fenómeno que cumple diferentes funciones en cada uno

⁶³ Jiménez de Asua, *Op. Cit.*, p.27

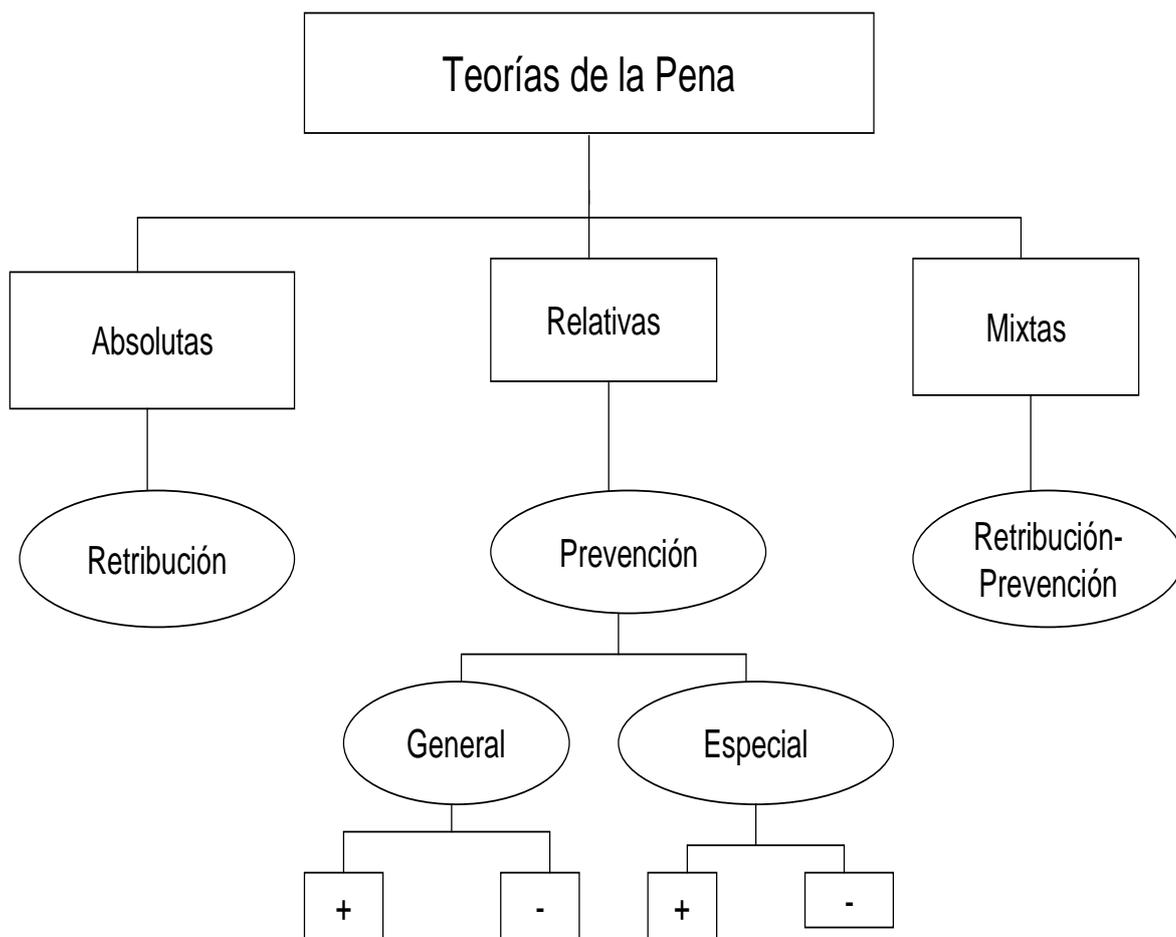
⁶⁴ *Ibidem*, p. 63

de los momentos en que aparece, es decir, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, es decisiva la idea de prevención general negativa, pues, se intimida a los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. Pero si, a pesar de esa amenaza e intimidación general, se llega a cometer el hecho prohibido, entonces a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando en la aplicación de la pena la idea de retribución o de prevención general positiva, aunque no se excluyan aspectos preventivos especiales. Finalmente, durante la ejecución de la pena, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de prevención especial. Ello debido a que, el delincuente estando recluido en prisión, debe recibir la educación y socialización, suficiente para alcanzar un grado evolutivo que al devolverlo a la vida en comunidad no vuelva a delinquir.

“Tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas con los de las relativas en una teoría unificadora. Por lo tanto, se trata de teorías que procuran justificar la pena en su capacidad para reprimir (retribución) y prevenir (protección) al mismo tiempo. Dicho en otras palabras, la pena será legítima en la medida en que sea a la vez justa y útil.”⁶⁵

Se desprende así que a través de estas corrientes la pena se ha intentado justificar por su necesidad como medio de represión indispensable para mantener las condiciones de vida fundamentales para la convivencia de personas en una comunidad y principal medio de que dispone el Estado como reacción frente al delito en el sentido de "restricción de derechos del responsable".

⁶⁵ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *Op. Cit.*, p.53



Cuadro 5, elaborado por RRL

2.4 TIPOS DE PENA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

2.4 .1 ASPECTO DOCTRINARIO

“Como el hombre vive agrupado no debe realizar conductas lesivas a los intereses de sus semejantes en consecuencia, se necesita de un orden para tratar de evitar dichas conductas negativas y es precisamente la norma jurídica la idónea para lograr el respeto de los intereses necesarios para conservar el orden social por tanto la ley penal aparece como un conjunto de normas de contenido moral y social provistas de una sanción trascendente.”⁶⁶

Las Penas han existido desde que el Hombre vive en sociedad, han sido el medio para tutelar las buenas costumbres y las normas que regulan cada Sociedad. El castigo a los infractores de las normas fue el presupuesto indispensable del enjuiciamiento criminal de todos los tiempos hasta el surgimiento de la escuela positivista que se incluyen también el de la prevención y más tarde el de la reeducación del sancionado

“Respecto a la sanción resulta útil determinar su noción en forma primordial, García Máynez la considera como la consecuencia jurídica creada por el incumplimiento de un deber acarreada en relación con el obligado; este mismo autor nos dice: las sanciones establecidas por las normas del derecho penal reciben la denominación específica de pena. La pena es la forma más característica del castigo. Cuello Calón afirma:

Es el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal; estas penas tienen como características:

- a) Es un sufrimiento derivado de la restricción o privación de ciertos bienes jurídicos: libertad, propiedad, honor y vida.
- b) Es impuesta por el Estado para la consecución del orden jurídico. Los males o sufrimientos impuestos por el Estado persiguen fines disciplinarios para sancionar las conductas ilícitas

⁶⁶ Romo Medina, Miguel, Criminología y derecho, México, UNAM, 1989, p. 18

- c) Debe ser impuesta por los tribunales como resultado de un juicio penal
- d) Ha de ser personal pues nadie puede ser castigado por hechos ajenos
- e) Debe ser establecida por la ley como consecuencia jurídica donde de acuerdo con la misma ley tenga carácter de delito”⁶⁷

De lo anterior tenemos que las penas pueden ser clasificadas:

“POR SUS CONSECUENCIAS: Reversible: la afectación dura el tiempo que dura la pena, pero después el sujeto recobra su situación anterior y las cosas vuelven al estado en que se encontraban Irreversible: la afectación derivada de la pena impide que las cosas vuelvan al estado anterior, por ejemplo la pena corporal o de muerte. POR SU APLICACIÓN Principal: Es la que impone el juzgador a causa de la sentencia, fundamental. Accesorias: Es la que llega a ser consecuencia directa y necesaria de la principal Complementaria: Es adicional a la principal y deriva también de la propia ley “y”(ejemplo: multa) Alternativa: es Aquella por la que puede cambiarse una pena (jornadas de trabajo) POR LA FINALIDAD QUE SE PERSIGUE: Correctiva: pretende corregir al sujeto a través del tratamiento penitenciario, se hablaría de readaptación o reinserción social. Intimidatoria o preventiva: es aquella con la cual se trata de intimidar o inhibir al sujeto para que no vuelva a delinquir. Eliminatoria: es la que tiene como finalidad eliminar al sujeto y puede ser temporal o definitiva. Ejemplar: busca servir de ejemplo a la sociedad y al delincuente mismo a fin de que no se cometan nuevos delitos.”⁶⁸

Así pues existe otra clasificación de las penas además de las citadas con antelación que es por el bien jurídico que restringe o afecta y que son .

“CAPITAL: afecta la vida del delincuente (pena de muerte); corporal: causa afectación directa al cuerpo del delincuente y son rudimentarias y dolorosas.. pecuniarias: implica afectación al patrimonio del delincuente .. multa y decomiso. laborales: imposición obligatoria de trabajos. Infamantes: causa descrédito, deshonor y afectación a la dignidad de la persona. Restrictivas o privativas de libertad: afectan al bien jurídico de la libertad (prisión) contra ciertos derechos:

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 17 y 18

⁶⁸ García García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena y sistema penal mexicano, México, Porrúa, 2010, pp. 32 y 33

destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad o tutela”.⁶⁹

“La pena privativa de libertad implica quitarle a la persona este bien tan preciado por un tiempo determinado en proporción a la gravedad del hecho ilícito y ala culpabilidad del autor, supresión de la libertad que se impone por razones de utilidad.”⁷⁰

Consisten en quitarle al reo su efectiva libertad personal ambulatoria (es decir, su libertad para desplazarse por donde desee), fijando que para el cumplimiento de esta pena el sentenciado quede recluido dentro de un establecimiento especial para tal fin, llamado comúnmente cárcel o reclusorio, aunque cada ordenamiento jurídico le dé un nombre concreto (correccional, establecimiento penitenciario, centro de reclusión, etcétera).

En nuestro sistema Mexicano se aplican las penas pecuniarias y la de prisión además de algunas restrictivas de derechos o inhabilitaciones, como lo veremos en el siguiente punto de este capítulo.

“La doctrina contemporánea sostiene que sólo deben prohibirse en el ordenamiento punitivo, aquellas conductas que realmente entrañen gravedad. La naturaleza subsidiaria del derecho penal alude a que el estado debe emplear este instrumento como un último recurso allí donde no basten otras normas. El derecho penal es la más drástica reacción del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de libertad la cual suele dejar secuelas imborrables.”⁷¹

La pena de prisión es relativamente moderna: y vino a sustituir otras sanciones mucho más crueles: la de muerte, Corporales, trabajos forzosos, Las cárceles nacieron para sustituir a otros castigos más crueles de anterior aplicación y en este sentido son una institución típica de nuestros tiempos, y en función de una intención de progreso la sociedad se planteó con ella como meta, la de

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 33 y 34

⁷⁰ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia *Op. Cit.*, p. 13

⁷¹ *Ibidem*, p. 16

transformarla en una Institución apta para castigar el delito en forma humanizada, sin destruir a su autor y ayudando a la resocialización del delincuente

“Entre los derechos y libertades fundamentales de los derechos de los individuos, el que con más frecuencia a sufrido atentados por parte de los organismos del Estado es el de la libertad personal cuya privación frecuentemente acompañada por la limitación de muchos otros derechos viene a constituir una grave irrupción en la esfera de los derechos del individuo “⁷²

Se pretende que la prisión sea útil para la readaptación social del recluso, en la medida en que los reclusorios operen como centros de educación integral y preparación para el trabajo, que son los datos proclamados por el artículo 18 de nuestra Constitución, a partir de la reforma de 1965. Sin embargo, es aquí donde se alzan con más vehemencia las impugnaciones. La cárcel encierra una paradoja y un absurdo: formar hombres libres en cautiverio, esto es, calificar para la libertad en un medio ajeno a la libertad. Situaciones que veremos más adelante.

2.4.2 ASPECTO LEGAL

En nuestro ordenamiento penal mexicano en lo que respecta el Código penal federal y el Código penal para el distrito federal los mismos cuentan con un apartado especial en el que se enumeran los tipos de penas de las que va a hacer uso el Estado a través del derecho penal para sancionar a los sujetos cuya conducta se adapte a las especificadas en dichos ordenamientos y que configuren delitos en el sentido más estricto de la palabra.

“El actual Artículo 24 del Código penal Federal (que ha tenido ocho reformas desde su promulgación) enumera las penas y medidas de seguridad pero sin clasificarlas como hacen otros códigos. Algunas son medidas de seguridad otras tienen carácter mixto de penas y medidas preventivas y las restantes son propiamente penas. Unas son principales y otras accesorias. Son penas principales las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en la sentencia. Son complementarias aquellas cuya imposición es potestativa, se trata de

⁷² *Ibidem*, p. 13

penas agregadas a otras de mayor importancia y por eso son consideradas secundarias. Las penas accesorias son aquellas que sin mandato expreso del juez, resultan agregadas automáticamente a la pena principal.”⁷³

Así pues en la actualidad el citado artículo 24 del Código penal federal establece:

Penas y medidas de seguridad CPF

“Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

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

⁷³ *Ibidem*, p. 80

Así tenemos en el ámbito local dentro del código penal para el distrito federal el mismo catálogo de penas (llamadas según el título tercero, consecuencias jurídicas del delito) contenidas en sus artículos 30 y 31 y que cuentan con escasas diferencias al mencionado artículo 24 del ordenamiento federal.

“ARTÍCULO 30 (Catálogo de penas). Las penas que se pueden imponer por los delitos son: (CPDF)

I. Prisión;

II. Tratamiento en libertad de imputables;

III. Semilibertad;

IV. Trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad;

V. Sanciones pecuniarias;

VI. Decomiso de los instrumentos, objetos y productos del delito;

VII. Suspensión o privación de derechos; y

VIII. Destitución e inhabilitación de cargos, comisiones o empleos públicos.

ARTÍCULO 31 (Catálogo de medidas de seguridad). Las medidas de seguridad que se pueden imponer con arreglo a este Código son: (CPDF)

I. Supervisión de la autoridad;

II. Prohibición de ir a un lugar determinado u obligación de residir en él;

III. Tratamiento de inimputables o imputables disminuidos; y

IV. Tratamiento de deshabituación o desintoxicación.

De todo este catálogo de penas y medidas de seguridad, se desprende que la pena que impera en nuestro sistema penal Mexicano es la pena de prisión misma que ha sufrido varias reformas en cuanto a la cantidad mínima y máxima a imponer quedando el concepto y duración de dicha pena de la siguiente manera, en ambas legislaciones.

PRISIÓN (CPDF)

ARTÍCULO 33 (Concepto y duración de la prisión). La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni

mayor de setenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o lugares donde disponga la autoridad ejecutora de las sanciones penales en el Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo. Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.

“Prisión (CPF)

Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva.”

Artículo 26.- Los procesados sujetos a prisión preventiva y los reos políticos, serán reclusos en establecimientos o departamentos especiales.

“La pena de prisión que en 1994 había llegado en su máximo a 50 años, en 1999 se elevó a sesenta años. Estas agravaciones son irracionales porque no cumplen con la finalidad de prevención general y especial, ni disminuye la espiral ascendente de la delincuencia. Ineficacia que ha sido suficientemente comprobada por los especialistas.”⁷⁴

Como vimos ahora son 10 años más aumentados a la pena máxima es decir la pena máxima de prisión que regulan estos ordenamientos es la de 70 años situación ilógica en términos prácticos.

“La pena de prisión hasta por 60 años es atentatoria de los derechos de todo recluso, sobre todo si se tiene en cuenta que el

⁷⁴ García Ramírez Sergio; Vargas Casillas, Leticia, Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000) primeras jornadas sobre justicia penal, México, UNAM 2001, p 8

fin de la misma, de conformidad al artículo 18 constitucional, es la readaptación social. Una persona que llegue a los 18 años de edad a la penitenciaría saldrá, si se le aplica la pena máxima a los 78. Planteamiento absurdo e inhumano que va en contra, no sólo de lo establecido por la constitución, sino además de los documentos internacionales que México ha suscrito”⁷⁵ 366 fed

Sin embargo el código penal federal vigente en su artículo 366 fracción III, establece la pena de 25 a 70 años de prisión en los delitos de secuestro cuando la víctima sea privada de la vida.

Por cuanto hace a las otras figuras como penas y medidas de seguridad que se mencionan establecidas en ambos códigos por el código penal para el Distrito Federal el mismo las define en sus respectivos artículos de la siguiente manera:

TRATAMIENTO EN LIBERTAD DE IMPUTABLES (CPDF), Consiste en la aplicación, según el caso, de las medidas laborales, educativas, de salud o de cualquier otra índole autorizadas por la ley, orientadas a la readaptación social del sentenciado y bajo la supervisión de la autoridad ejecutora. Esta pena podrá imponerse como pena autónoma o sustitutiva de la prisión, sin que su duración pueda exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. El tratamiento en libertad de imputables podrá imponerse conjuntamente con las medidas de seguridad tendientes a la deshabitualización del sentenciado, cuando así se requiera. En todo caso pena y medida deberán garantizar la dignidad y la libertad de conciencia del sentenciado.

SEMILIBERTAD (CPDF) La semilibertad implica alternación de períodos de libertad, y privación de la libertad. Se impondrá y cumplirá, según las circunstancias del caso, del siguiente modo:

I.- Externación durante la semana de trabajo, con reclusión de fin de semana;

II.- Salida de fin de semana con reclusión durante el resto de ésta;

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 102 y 103

III.- Salida diurna con reclusión nocturna; o

IV.- Salida nocturna con reclusión diurna.

La semilibertad podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la prisión. En este último caso, la duración no podrá exceder de la que corresponda a la pena de prisión sustituida. En todo caso, la semilibertad se cumplirá bajo el cuidado de la autoridad competente.

TRABAJO A FAVOR DE LA VÍCTIMA O A FAVOR DE LA COMUNIDAD (CPDF).

El trabajo en beneficio de la víctima del delito consiste en la prestación de servicios remunerados, en instituciones públicas, educativas, empresas de participación estatal o en empresas privadas, en los términos de la legislación correspondiente. El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas, educativas, de asistencia o servicio social, o en instituciones privadas de asistencia no lucrativas, que la ley respectiva regule.

En ambos casos se cumplirá bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo en beneficio de la víctima del delito o en favor de la comunidad, se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que represente la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y la de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determina la ley laboral. La extensión de la jornada será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso, y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado.

Podrá imponerse como pena autónoma o como sustitutiva de la pena de prisión o de multa, según el caso. Cada día de prisión o cada día multa, será sustituido por una jornada de trabajo en beneficio de la víctima o en favor de la comunidad.

Estas mismas sanciones se encuentra reguladas y definidas dentro del código penal federal pero se encuentran en un solo Artículo que es el que se transcribe.

A estas mismas sanciones el ordenamiento federal las engloba y define en un solo artículo que es el 27 el cual se limita a definir las en los mismos términos que la legislación local del Distrito Federal

Por cuanto hace a otras sanciones que manejan dichos ordenamientos son los que se señalan en sus respectivos artículos y que se transcriben en adelante y en los que no existe diferencia alguna entre ambos ordenamientos más que en algunos el nombre de las figuras.

A la sanción pecuniaria el código penal para el Distrito Federal la contempla en su artículo 37 y 38 mientras que el federal lo hace en su Artículo 29 y la misma se encuentra definida en ambos ordenamientos de la siguiente manera: La sanción pecuniaria comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica. La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Gobierno del Distrito Federal fijada por días multa. Los mínimos y máximos atenderán a cada delito en particular, los que no podrán ser menores a un día ni exceder de cinco mil, salvo los casos señalados en el código respectivo.

El día multa equivale a la percepción neta diaria del inculpado en el momento de cometer el delito. El límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal al momento de cometerse el delito.

Para fijar el día multa se tomará en cuenta: El momento de la consumación, si el delito es instantáneo; El momento en que cesó la consumación, si el delito es permanente; o El momento de consumación de la última conducta, si el delito es continuado.

Por cuanto hace al ASEGURAMIENTO Y DECOMISO DE INSTRUMENTOS, OBJETOS Y PRODUCTOS DEL DELITO las dos legislaciones lo prescriben de la siguiente manera. El decomiso consiste en la aplicación a favor del Gobierno del Distrito Federal o Federal según su caso, de los instrumentos, objetos o productos del delito, en los términos del Código respectivo.

Si son de uso lícito, se decomisarán sólo cuando el sujeto haya sido condenado por delito doloso; si pertenecen a un tercero, sólo se decomisarán cuando éste

haya tenido conocimiento de su utilización para la comisión del delito y no lo denunció o no hizo cuanto estaba de su parte para impedirlo.

La suspensión o privación de derechos, destitución e inhabilitación para el desempeño de cargos, comisiones o empleos que señala el código penal para el distrito federal el código federal sólo los señala como suspensión de derechos sin hacer la distinción entre inhabilitaciones, destituciones o privaciones pero que son lo mismo y que se encuentran definidos de la siguiente manera. La suspensión consiste en la pérdida temporal de derechos. La privación consiste en la pérdida definitiva de derechos. La destitución consiste en la privación definitiva del empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en el servicio público. La inhabilitación implica la incapacidad temporal para obtener y ejercer cargos, comisiones o empleos públicos.

Clases de suspensión y de privación. La que se impone por ministerio de ley como consecuencia necesaria de la pena de prisión; y

II. La que se impone como pena autónoma.

En el primer caso, la suspensión o privación comenzarán y concluirán con la pena de que sean consecuencia.

En el segundo caso, si la suspensión o la privación se imponen con pena privativa de la libertad, comenzarán al cumplirse ésta y su duración será la señalada en la sentencia. Si la suspensión o la privación no van acompañadas de prisión, empezarán a contar desde que cause ejecutoria la sentencia.

A estas mismas reglas se sujetará la inhabilitación.

La pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos, en los términos previstos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en su caso, los derechos de tutela, curatela, para ser apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en concursos, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y concluirá cuando se extinga la pena de prisión.

Por lo que respecta a la supervisión de la autoridad en el ordenamiento local, el federal la contempla como (CPDF) Vigilancia de la autoridad y consiste en: La supervisión de la autoridad consiste en la observación y orientación de la conducta del sentenciado, ejercidas por personal especializado dependiente de la autoridad competente, con la finalidad exclusiva de coadyuvar a la readaptación social del sentenciado y a la protección de la comunidad. El juez deberá disponer esta supervisión cuando en la sentencia imponga una sanción que restrinja la libertad o derechos, sustituya la privación de libertad por otra sanción o conceda la suspensión condicional de la ejecución de la sentencia y en los demás casos en los que la ley disponga. Su duración no deberá exceder de la correspondiente a la pena o medida de seguridad impuesta.

Ahora bien la prohibición de ir a un lugar determinado o residir en el que señala el código penal para el distrito federal el código federal lo contempla bajo el termino de confinamiento de la siguiente manera:- En atención a las circunstancias del delito, del delincuente y del ofendido, el juez impondrá las medidas siguientes: prohibir al sentenciado que vaya a un lugar determinado o que resida en él, conciliando la exigencia de tranquilidad pública y la seguridad del ofendido.

Estas medidas no podrán ser mayores al término de la pena impuesta.

El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia.

“El código penal para el distrito federal, que es el mismo código penal federal, tampoco favorece en nada a un derecho penal ejecutivo. Ya que, según se desprende de múltiples preceptos, la ejecución penal es un capítulo antitécnico y limitado. Plantea situaciones que no resuelven el problema de la criminalidad en la ciudad de México, pues sigue los mismos lineamientos de endurecimiento penal del federal, aun cuando advierte en algunos casos atenuaciones que, desde luego, no ofrecen una posibilidad de política criminológica adecuada dentro de la humanización de las penas.”⁷⁶

⁷⁶ *Ibidem*, p. 107

Así pues las únicas diferencias mínimas respecto de la enumeración de delitos y medidas de seguridad que existen en ambos códigos se remite a que mientras la legislación federal enumera en un solo apartado las penas y medidas de seguridad el Código local para el Distrito Federal si realiza dicha división, además de que el federal incluye dentro de este catálogo a diferencia del otro código la amonestación, apercibimiento y caución de no ofender y publicación especial de sentencia, además de que existen algunas sanciones o medidas de seguridad que las llaman de distinta manera aunque en el fondo y en la práctica es lo mismo.

Dentro de la historia de ambos códigos, tanto el Federal como el local del Distrito Federal ha habido múltiples reformas, respecto del catálogo de delitos, así, como las sanciones para los mismos, las cuales han sido determinadas por las necesidades mismas del propio Estado misma que se ha reflejado en el incremento de conductas tipificadas como delitos así como en el incremento de agravantes a delitos y por ende el incremento de pena para ellos.

“El 13 de mayo de 1996 se elevan las punibilidades y se puntualizan y modifican los propósitos y circunstancias en las que se produce la conducta y con falta de técnica, se disponen calificativas sobre tipos ya calificados.”⁷⁷

Así pues tenemos que en la actualidad contamos con una pena máxima de setenta años para la materia federal como la local del distrito federal. Circunstancia irrisoria y por demás absurda.

“Es evidente que en México se ha instaurado una pseudo política criminal, desordenada e irracional, a ciegas se agravan las penas para impresionar a la sociedad. Como dijo ROXIN (en su conferencia dictada el 4 de septiembre de 2000) “la dureza se exige en todo el mundo como un medio para dar popularidad de los políticos, pues partiendo de un conocimiento profano resulta creíble que el endurecimiento de las penas disminuye la criminalidad, por consiguiente con semejante política se pueden ganar votos y al mismo tiempo demostrar firmeza. Está claro que el delito no se reduce por la

⁷⁷ *Ibidem*, p. 11

dureza de la pena sino por la aplicación efectiva de la ley a los casos concretos”⁷⁸

Es un error que el legislador pretenda resolver la impunidad y la falta de seguridad jurídica acudiendo al camino fácil del aumento de penas. Se da en el código penal un aumento generalizado en las penas de prisión en muchos delitos y a pesar del endurecimiento de las penas, la realidad muestra una alta tasa de reincidencia y escasa contención de los infractores y es que el derecho penal no viene acompañado de una efectiva disminución de la criminalidad ni de un sentimiento de mayor seguridad subjetiva por parte del ciudadano, ello explica la frecuente desilusión con el sistema judicial al crear esperanzas en el que se cree el único medio posible, los interesantes estudios que se han realizado en la modernidad demuestra fehacientemente que existe crisis en la pena privativa de libertad, esta pena ha estado en una permanente crisis porque es una pena Antinatural y antihumana,

“Como se ve, se quiere resolver el problema de la criminalidad endureciendo las penas llenando las prisiones, lo que no ofrece ninguna garantía de seguridad para el delincuente, su familia y la sociedad. Es una política criminológica equivocada y obsoleta”⁷⁹

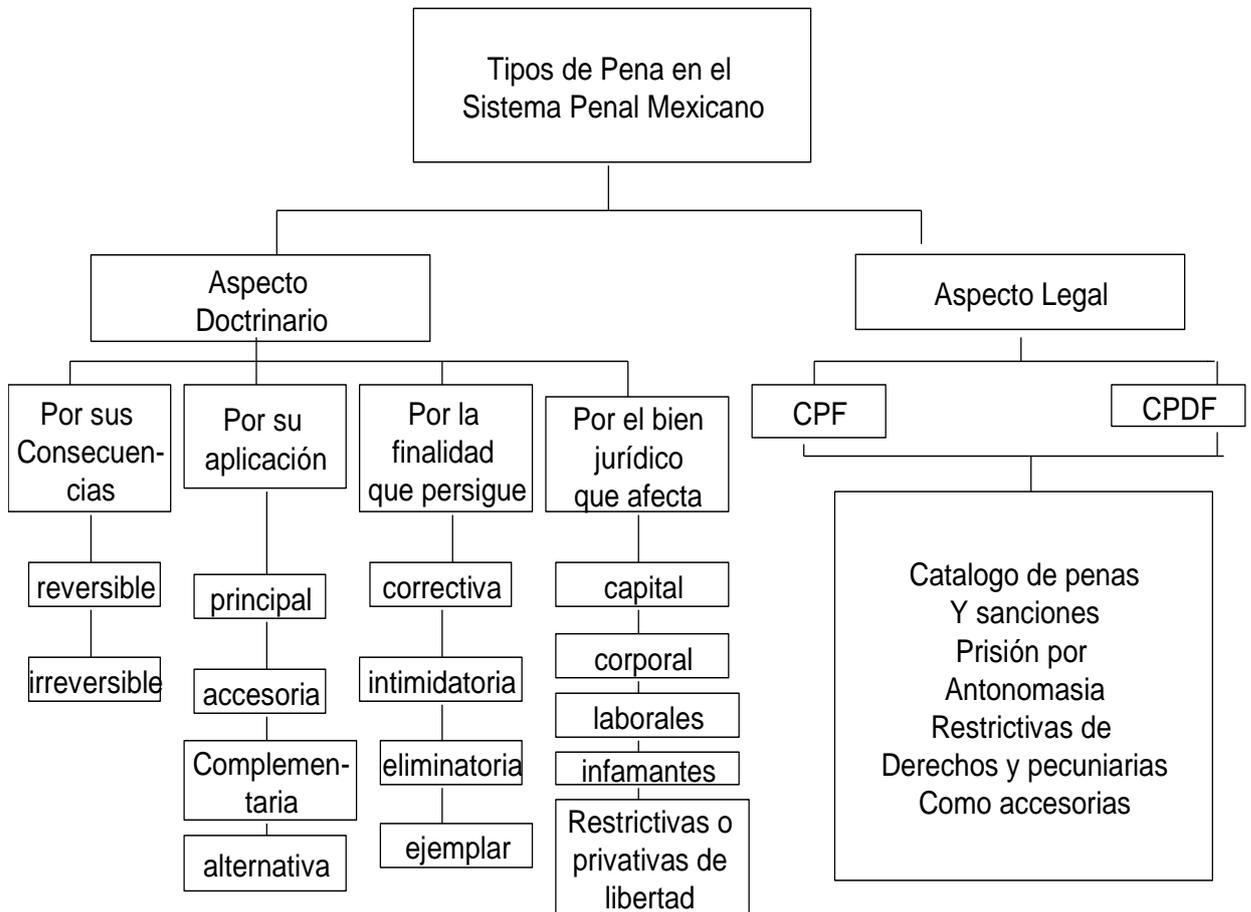
Como ya se manifestó en líneas precedentes la prisión es la pena que se encuentra a la cabeza de nuestro sistema penal mexicano que se ha empeñado en seguir prolongando su vida y la permanencia de las personas que ahí ingresan por la comisión de un ilícito sin que esto resulte eficaz en el combate a la criminalidad.

“El derecho penal sin embargo cumple el papel de un punto de referencia para la catalogación de conductas, para reprimir y publicitar tal represión cuando sea necesaria una justificación del ejercicio del poder, pero con tal represión lejos de significar algún tipo de

⁷⁸ *Ibidem*, p. 15

⁷⁹ *Ibidem*, p. 104

prevención, se cristaliza en el ejercicio de un retribucionismo que ignora los derechos y la dignidad del sentenciado”⁸⁰



Cuadro 6, elaborado por RRL

⁸⁰ García García, Guadalupe Leticia, *Op. Cit.*, p. 266

2.5 EL SISTEMA PENITENCIARIO EN EL MARCO DE LA LEGISLACIÓN PENAL ACTUAL Y ANÁLISIS DE LA EFICACIA DE LA APLICACIÓN DE PENAS

Hoy se habla de Crisis en el sistema penitenciario, porque se ha demostrado que las prisiones no resuelven el problema de la criminalidad, pues reingresan a prisión un elevado número de personas y en ocasiones como responsables de delitos mayores.

“La evolución de la sanción penal hasta nuestros días ha mostrado que, al existir conflictos en el interior de la sociedad, el objetivo resocializador atribuido a la pena privativa de libertad ha concluido en fracasos tanto en la teoría Como en la práctica. En teoría porque nunca pudieron concretarse los límites del tratamiento y el tipo de valores que debían inculcarse al sujeto separado de la sociedad. En el campo práctico se fracaso porque el régimen penitenciario ha originado solo sufrimiento inútil para quien se ha visto involucrado en un proceso penal, independientemente que resultara inocente o culpable.”⁸¹

En este apartado se pretende realizar un breve análisis del artículo 18 constitucional que fundamenta la ejecución de la pena prisión así como de la ley de normas mínimas y la ley de ejecución de sanciones para el Distrito federal a la luz de la realidad, teniendo primeramente que en lo que a fines de este estudio se refiere el artículo 18 constitucional en su primer párrafo señala:

Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad 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. El sistema penitenciario se organizara sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

⁸¹ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *Op. Cit.*, p. 20

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley

“El escaso ejercicio normativo en materia penitenciaria, ha tenido como consecuencia la deficiente regulación del ejercicio del poder punitivo estatal por lo que a las sanciones penales se refiere. Una tarea tan delicada como la función penitenciaria, requiere una regulación concreta y especialísima que permita reducir el margen de discrecionalidad de que actualmente goza la administración penitenciaria. Situación que afecta, sobre todo, al principio de legalidad ejecutiva, igualdad de la ejecución; pero también y de manera muy destacada, al principio de certeza de la pena, que se traduce en vulneraciones frecuentes a los derechos fundamentales del recluso.”⁸²

El artículo 18 Constitucional, señala que: *"Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados"*.

No obstante, al buscar la aplicación real, nos encontramos con todo lo opuesto. Este problema ha desencadenado un conflicto mayor de sobrepoblación en las cárceles que en lugar de buscar una readaptación social para las personas que han pagado su pena, sufren de una contaminación social que los lleva a cometer delitos mayores incluso dentro de la prisión.

Bajo la noción de readaptación, la Constitución señala que: "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, la educación, la salud y el deporte como medios para la readaptación social del delincuente."

⁸² García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, p. 97

Con esto, el Estado reconoce al menos parcialmente su culpa, pues una estructura social y política disfuncional, genera su propia delincuencia, razón por la que se "garantice" la readaptación; que por desgracia carece de aplicación real.

Diversas opiniones se pronuncian para señalar que esto se debe, entre otras causas a la crisis económica, a la falta de oportunidades de empleo y de desarrollo, a la desintegración familiar, al sistema de procuración y administración de justicia que presenta signos de obsolescencia, a la ineficiencia y la corrupción, entre otras situación que no escapa a la realidad. Lo preocupante es que advertimos que el modelo vigente en materia de Readaptación Social carece de efectividad ya que lejos de lograr la readaptación social del delincuente, los Centros de Readaptación Social se han venido convirtiendo en Centros de Aprendizaje, Capacitación y Entrenamiento de Alto Desempeño en Acciones Delictivas, independientemente de que también se han estado transformando en lugares de degradación del ser humano y en centros de operación de grupos delincuenciales que los administran para obtener ingresos de la venta de drogas y de la administración de los servicios, llegando a acreditar que la estancia de una persona puede resultarle muy costosa en términos económicos o de gran sufrimiento si carece de los recursos para pagar las cuotas que se imponen ante la indiferencia o complicidad de diversas autoridades penitenciarias.

Realmente existe una carencia de normas respecto de la ejecución de sanciones o bien una buena legislación aplicable que haga efectivo el fin de la pena depresión de acuerdo a la prevención especial. Dentro de nuestro ordenamiento penal mexicano en cuanto a la forma de ejecución de las sanciones, organización de los reclusorios y personal de los mismos tenemos la Ley Que Establece Las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social De Sentenciados y la Ley De Ejecución De Sanciones Penales Para El Distrito Federal de las cuales dentro de este apartado se transcribirán algunos artículos y se realizaran algunos comentarios a la luz de la realidad que impera en nuestro país en este ámbito

Los artículos transcritos tendrán las siglas del ordenamiento del cual se desprenden para facilitar su comparación:

Artículo 4o.- Para el adecuado funcionamiento del sistema penitenciario, en la designación del personal directivo, administrativo, técnico y de custodia de las instituciones de internamiento se considerará la vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales de los candidatos. (LNM)

“La corrupción en las prisiones es la historia de las mismas. Si bien es cierto, que existen principios legales dada la situación actual de las prisiones sobre todo en el distrito federal, vienen a constituir letra muerta, pues mientras exista una sobrepoblación en algunos casos más del 100% de la capacidad instalada lo prescrito en la constitución y en las demás leyes que implican el principio de legalidad penal-ejecutivo, serán sólo buenas intenciones y se estarán violando todos los derechos de quienes viven en la ejecución penal.”⁸³

Dentro de las prisiones el personal directivo, técnico y de custodia ha entrado en este círculo vicioso de corrupción y maltrato a los sujetos que se encuentran dentro de dichos establecimientos.

Artículo 13.- ... Se prohíbe todo castigo consistente en torturas o en tratamientos crueles, con uso innecesario de violencia en perjuicio del recluso, así como la existencia de los llamados pabellones o sectores de distinción, a los que se destine a los internos en función de su capacidad económica, mediante pago de cierta cuota o pensión. (LNM)

Artículo 9. A todo indiciado, procesado, reclamado o sentenciado que ingrese a una Institución del Sistema Penitenciario del Distrito Federal, se le respetará su dignidad personal, salvaguardando sus derechos humanos, por lo que se le dará el trato y tratamiento correspondientes conforme a las disposiciones constitucionales, leyes y tratados aplicables en la materia. (LESDF)

Aun cuando dentro de estos apartados se prevé el trato digno a los procesados o sentenciados dentro de estos establecimientos se violenta por demás las

⁸³ *Ibidem*, p. 102

garantías constitucionales, lo que se ve reflejados tan solo en el alimento que se les da a los mismos o que se permite ingresar con una serie de restricciones y las condiciones en las que habitan en un lugar destinado para un numero mucho menor de personas que el que el que existe actualmente

ARTÍCULO 7o.- El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de períodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente...(LNM)

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. (LESDF)

Ambos artículos están encaminados a lograr la readaptación social sin embargo dadas las condiciones de este establecimiento, las características de su personal y todo lo que ello encierra, lo que prescriben estos artículos es obsoleto.

“El concepto readaptar se convierte, dentro de los centros de reclusión, en un sinónimo de degradación, subordinación y adaptación forzada. Y el problema es que las consecuencias de la aplicación de la pena privativa de libertad no concluyen con la compurgación de la pena, sino se extienden más allá de la prisión transformadas en manifestaciones de etiquetación.”⁸⁴

⁸⁴ García García, Guadalupe Leticia, *Op. Cit.*, p. 61

No obstante esta readaptación no se lleva a cabo, los sujetos cuando salen de allí vienen estigmatizados y la sociedad lejos de adoptarlos nuevamente los selecciona y discrimina, para todo; trabajos, escuelas, clubes, etc.

“Mantener una concepción preventiva de la pena basada en la resocialización implica desconocer el privilegio de clase que se mantiene con la idea de resocialización que fundamenta nuestras instituciones penales. No hay que olvidar que tratándose de delincuentes pertenecientes a las clases altas la estigmatización de la prisión no aparece. La concepción reeducadora de la pena coincide con los viejos postulados de que el delincuente es un sujeto anormal necesitado de tratamiento rehabilitador.”⁸⁵

Artículo 14. En las instituciones del Sistema Penitenciario del Distrito Federal se buscará que el procesado y el sentenciado adquieran el hábito del trabajo y sea una fuente de autosuficiencia personal y familiar, tomando en cuenta su interés, vocación, aptitudes, capacidad laboral y la oferta de trabajo. (LESDF)

Artículo 19. La capacitación para el trabajo, deberá orientarse a desarrollar armónicamente las facultades individuales del interno. (LESDF)

Artículo 20. La capacitación que se imparta será actualizada, de tal forma que pueda incorporar al interno a una actividad productiva. (LESDF)

ARTÍCULO 10.- La asignación de los internos al trabajo se hará tomando en cuenta los deseos, la vocación, las aptitudes, la capacitación laboral para el trabajo en libertad y el tratamiento de aquéllos, así como las posibilidades del reclusorio. El trabajo en los reclusorios se organizará previo estudio de las características de la economía local, especialmente del mercado oficial, a fin de favorecer la correspondencia entre las demandas de éste y la producción penitenciaria, con vistas a la autosuficiencia económica del establecimiento....(LNM)

Artículo 21. La educación que se imparta en las instituciones del Sistema

⁸⁵ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *Op. Cit.*, p. 57

Penitenciario del Distrito Federal se ajustará a los programas oficiales, teniendo especial atención en el desarrollo armónico de las facultades humanas y en fortalecer los valores consagrados en el artículo 3o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (LESDF)

ARTÍCULO 11.- La educación que se imparta a los internos no tendrá sólo carácter académico, sino también cívico, social, higiénico, artístico, físico y ético. Será, en todo caso, orientada por las técnicas de la pedagogía correctiva y quedará a cargo, preferentemente, de maestros especializados. (LNM)

Tratándose de internos indígenas, la educación que se les imparta será bilingüe, para conservar y enriquecer sus lenguas, y la instrucción deberá ser proporcionada por maestros bilingües.

Si bien estos preceptos se destinan a regular como será el trabajo y la educación de los internos en un reclusorio también es cierto que es sólo una utopía ya que es excesiva la cantidad de individuos que se encuentran en el reclusorio no puede dárseles a todos por igual ni trabajo ni educación, los puede pasar mucho tiempo e incluso un interno puede cumplir su pena sin tomar ninguno de los programas de educación y trabajo que supuestamente son los medios técnicos para la readaptación que es el fin de muchos centros de reclusión.

ARTÍCULO 6o.- ...

Para la mejor individualización del tratamiento y tomando en cuenta las condiciones de cada medio y las posibilidades presupuestales, se clasificará a los reos en instituciones especializadas, entre las que podrán figurar establecimientos de seguridad máxima, media y mínima, colonias y campamentos penales, hospitales psiquiátricos y para infecciosos e instituciones abiertas.(LNM)

El sitio en que se desarrolle la prisión preventiva será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Las mujeres quedarán recluidas en lugares separados de los destinados a los hombres. Los menores infractores serán internados, en su caso, en instituciones diversas de las asignadas a los adultos. (LNM)

Artículo 25. En las instituciones preventivas sólo se recluirá a indiciados,

procesados y reclamados. (LESDF)

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

“En nuestro país el fin de la pena de prisión es la readaptación social; sin embargo, el ejercicio de esa facultad (que yo llamaría obligación) no es para otorgar estímulos a los delincuentes que han reiterado en sus conductas ilícitas, sino más bien seguir reforzando esa parte de la prevención especial con el fin de evitar la reincidencia delictiva, la mera custodia, la cárcel de mera contención, no puede ser llamada a cumplir una función preventivo especial, en el sentido en que se busca la readaptación social obligada por el Estado por la disposición del 18 constitucional.”⁸⁶

Y respecto de estos dos artículos tenemos también que las prisiones preventivas no son diferentes al sitio en el que se encuentran las personas que cuentan con sentencia ejecutoriadas que están compurgando una pena, es decir alguien que se sujeta a proceso como “probable responsable” de un delito es internado en el mismo sitio donde están los culpables de un delito que están sancionados.

Como vemos pese a que la ley general de ejecuciones penales es mucho más reciente que la de normas mínimas ninguna de las dos es aplicada y al igual que la de normas mínimas es deficiente.

“Advierte, de fondo, este cuerpo de preceptos, la misma problemática que la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, pero agravada, porque prácticamente con la sobrepoblación que existe, las limitaciones presupuestales, el personal burocratizado tanto técnico como de custodia, es una ley que, a nuestro modo de ver, ha nacido muerta. Decimos esto, independientemente de que, ... se sigan violando los derechos humanos de quienes habitan las instituciones penales y reclusorios preventivos del distrito federal,, no se cumple siquiera, con la separación de procesados y sentenciados establecida en el artículo 18 constitucional”⁸⁷

⁸⁶ García Ramírez, Sergio, *Op.Cit.*, p 97

⁸⁷ *Ibidem*, p 114

Dentro de estas leyes existen formas o figuras surgidas para que las personas que se encuentran compurgando una sanción privativa de libertad y que no pudieron obtener beneficios en su sentencia, puedan obtener su libertad con restricciones y llevar a cabo su tratamiento de readaptación con vigilancia fuera de las prisiones una vez Compurgada cierta temporalidad de acuerdo el caso específico de cada figura dentro de las cuales tenemos

2.5.1 EL TRATAMIENTO PRELIBERACIONAL (LNM)

.....No se concederán dichas medidas cuando el sentenciado se encuentre en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del mencionado Código Penal. La autoridad podrá revocar dichas medidas, conforme a lo establecido en el artículo 86 del citado Código Penal. (LNM)

Remisión Parcial de la Pena

ARTÍCULO 16.- Por cada dos días de trabajo se hará 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.....

“Lo que refleja esta legislación es que un interno modelo que trabaja que participa, además en las actividades laborales y educativas y tiene buen comportamiento no se considera apto para la libertad, para el beneficio concreto de la remisión parcial de la Pena.”⁸⁸

Es decir absurdamente lo que más peso va a tener son los datos de una efectiva readaptación social, mismas que no se fundan en el trabajo y la educación ni en el buen comportamiento, lo que es contradictorio ya que estas son las técnicas de

⁸⁸ *Ibidem*, p. 119

readaptación, entonces en que se basa o cual es el factor que determina una eficaz readaptación social? O es a discrecionalidad de la autoridad competente para otorgar este beneficio?.

...La remisión parcial de la pena no se concederá a los sentenciados que se encuentren en cualquiera de los casos a que se refiere el artículo 85 del citado Código Penal. (LNM)

Otros de los beneficios que otorgan estas legislaciones son

El tratamiento en externación y la reclusión domiciliaria mediante el programa de monitoreo electrónico a distancia los que se otorgarán a los sentenciados que al menos hayan cumplido un año de la pena privativa de libertad impuesta y cuando reúnan los siguientes requisitos: (LESDF)

- I. La sentencia haya causado ejecutoria;
- II. La pena de prisión impuesta no exceda de 7 años;
- III. Sea primodelincuente;

Artículo 33 Ter.- No se concederá el tratamiento en externación a los sentenciados por los delitos: de tráfico de menores en los supuestos de los párrafos tercero y cuarto del artículo 169; violación, previsto en los artículos 174, en relación a la fracción I del artículo 178 y 175; incesto previsto en el artículo 181; corrupción de menores e incapaces, previsto en los artículos 183, 184 y 185; explotación sexual comercial, a que se refiere el artículo 186; pornografía infantil a que se refieren los artículos 187 y 188; lenocinio, previsto en los artículos 189 y 190; extorsión, previsto en el artículo 236; robo agravado, previsto en el artículo 220, en relación a la fracción I del artículo 223, 224 y 225, respectivamente; tortura, a que se refieren los artículos 294 y 295; todos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal, tampoco se les concederá a quienes ya se les haya otorgado y se encuentre vigente o revocado.. (LESDF)

Otros más son los beneficios de la libertad anticipada

Artículo 40. Los beneficios de libertad anticipada, son aquellos otorgados por la Autoridad Ejecutora, cuando el sentenciado reúna los requisitos establecidos legalmente en cada modalidad. (LESDF)

Artículo 41. Dichos beneficios son:

- I. Tratamiento Preliberacional. 50% de la pena privativa de libertad*
- I. Libertad Preparatoria. que cumpla las tres quintas partes de la pena*
- III. Remisión Parcial de la Pena. Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, (LESDF)*

Artículo 42.- Los beneficios de libertad anticipada, en sus modalidades de tratamiento preliberacional y libertad preparatoria, no se concederán a los sentenciados por los delitos de: homicidio calificado, previsto en el artículo 128; inseminación artificial, previsto en los artículos 150 y 151; desaparición forzada de personas, previsto en el artículo 168; violación, previsto en los artículos 174, 175 y 178; secuestro, contenido en los artículos 163, 163 bis, 164, 165, 166 y 166 bis, con excepción de lo previsto en el último párrafo del artículo 164, pornografía infantil, a que se refiere el artículo 187; robo agravado, previsto en el artículo 220 en relación a los artículos 224 fracciones I, y 225; asociación delictuosa y delincuencia organizada, previstos en los artículos 253, 254 y 255; tortura, a que se refieren los artículos 294 y 295; todos del Nuevo Código Penal para el Distrito Federal; salvo en los casos de colaboración previstos por la Ley contra la Delincuencia Organizada para el Distrito Federal. (LESDF)

El único requisito que cambia en estas modalidades es la temporalidad exigida para cada uno por lo demás los requisitos son:

Que haya trabajado en actividades reconocidas por el Centro de Reclusión;

Que haya observado buena conducta.

Que participe en actividades educativas, recreativas culturales o deportivas que se organicen en la institución.

Que cubra o garantice en su totalidad la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación;

No estar sujeto a otro u otros procesos penales o que con anterioridad, no se le haya concedido el tratamiento en externación y/o algún beneficio de libertad anticipada y se encuentren vigentes o que alguno de éstos le hubieren sido revocado;

Cuente con una persona conocida, que se comprometa y garantice a la Autoridad Ejecutora, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el preliberado;

Compruebe fehacientemente contar en el exterior con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias que acrediten que continua estudiando. (LESDF)

“En cuanto a la concesión de los sustitutivos penales y de los beneficios que la ley otorga, consistentes en sustitución conmutación y suspensión condicional de la pena, y la libertad preparatoria. Estos han venido sufriendo serias restricciones, con lo cual se desvirtúa su función de propiciar la readaptación social. Esta reducción unida a la agravación de la punibilidad, al margen del valor del bien protegido, produce, sin más, la renuncia a la prevención general y a la instauración pura y simple de la represión que caracteriza a los regímenes político autoritario.”⁸⁹

Cabe destacar que la autoridad que resuelve el otorgamiento de dichos beneficios es poco eficiente toda vez que la cantidad de personas a las que a ella acuden y al mismo medio de corrupción y deterioro que es la institución penitenciaria.

“Aun cuando los sustitutivos penales ofrecen esperanza, en virtud a que la política criminología general es la del endurecimiento (repenalización, recriminalización y retipificación) estas figuras no alivian en nada la situación penal ejecutiva de nuestro medio.”⁹⁰

⁸⁹ *Ibidem*, p. 9

⁹⁰ *Ibidem*, p. 105

ARTÍCULO 3o.- La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación, tendrá a su cargo aplicar estas normas en el Distrito Federal y en los reclusorios dependientes de la Federación. Asimismo, las normas se aplicarán, en lo pertinente, a los reos federales sentenciados en toda la República y se promoverá su adopción por parte de los Estados. Para este último efecto, así como para la orientación de las tareas de prevención social de la delincuencia, el Ejecutivo Federal podrá celebrar convenios de coordinación con los gobiernos de los Estados.

Artículo 4. Corresponde al Jefe de Gobierno, por conducto de la Secretaría, la aplicación de esta Ley.

Artículo 5. La Secretaría, a través de la Subsecretaría de Gobierno, la Dirección General y la Dirección aplicarán las disposiciones de la presente Ley.

Artículo 6. Para el cumplimiento de las funciones contenidas en la presente Ley, la Dirección General y la Dirección contarán con las instalaciones, personal y presupuesto que se le asigne.

“Desde el punto de vista resocializador penitenciario, la duración de la pena puede ser excesivamente corta para conseguir un tratamiento eficaz mínimo o demasiado larga e incluso contraproducente o innecesaria para el tratamiento adecuado del recluso. La lógica del sistema penitenciario impone para estos casos la creación de una serie de instituciones que permitan acortar la duración de la pena a límites compatibles con las necesidades del tratamiento. Así fue como surgieron los llamados beneficios penitenciarios, que suponen una reducción variable en el cumplimiento de la pena. El problema es que la concesión de estos beneficios no queda en Manos de los juzgadores, quienes una vez dictada sentencia se olvidan definitivamente de las personas a quienes juzgaron, sino de autoridades administrativas, con lo cual se vulnera el principio de división de poderes y el control judicial del poder punitivo del Estado ya que se concederán sujetos a una buena conducta en el establecimiento y a señales de estar resocializados, lo que a menudo nada tiene que ver con una resocialización.”⁹¹

⁹¹ Fernández Muñoz, Op. Cit., nota 49, pp. 19 y 20

El problema carcelario refleja con mayor notoriedad, esa penosa y precaria legitimidad de la acción represora del Estado. Por lo general, el conflicto social es criminalizado en toda, con el agravante de que se ha resuelto tratar los problemas utilizando la cárcel como remedio. Los gobiernos han pretendido recurrir de modo insistente al mecanismo primario de la privación de la libertad para tratar y manejar la casi totalidad de los conflictos sociales progresivamente penalizadas.

“Esta política legislativa en materia de seguridad pública y derecho penal ha resultado ser una fiel expresión del maximalismo penal. Propio más bien del Estado autoritario, en el que la represión se acentúa, descalificando por irracional a la justicia penal. No es pues desacertado afirmar, que de acuerdo con esta política criminal, en nuestro país, el derecho penal cumple más una función simbólica que instrumental. El derecho ejecutivo penal no escapa a esta función más atribuida que propia y, en este ámbito, parece seguir indisoluble el conflicto entre la prevención general y prevención especial⁹²

Los centros penitenciarios de México tienen marcadas carencias organizacionales y serias deficiencias funcionales.

“En general puede concluirse que la expedición de esta ley (ley de ejecución de sentencias para el distrito federal), no significa un avance sustancial en materia de legalidad ejecutiva, como era deseable y aun más necesario urgente. Representa más bien un intento por satisfacer formalmente el vacío legal en el que aparentemente se encontraba la materia ejecutiva en el distrito federal después del despido a la ley de normas mínimas⁹³

La contaminación social a la que se exponen los presos depende de muchos factores, por un lado la corrupción y el tráfico de drogas, armas e influencias que se vive en la cotidiana batalla por sobrevivir en la cárcel y la lucha de poder parecerían suficientes detonantes.

Por otra parte la única forma de adaptarse a convivir con personas agresivas o violentas es comportarse del mismo modo y si sumamos a esto factores familiares, externos, escasos recursos económicos, etc. sabremos el por qué de que la readaptación sea una utopía.

⁹² García Ramírez, Sergio, *Op. Cit.*, nota 73, p. 97

⁹³ *Ibidem*, p. 100

Este problema no es nuevo y en muchos centros penitenciarios se cuenta con el doble de población para la que fueron construidos. Si bien es cierto se cuenta con actividades productivas en la agenda cotidiana y se les enseñan oficios, es de vital prioridad separar a los delincuentes por grado delictivo y destinar espacios para una verdadera rehabilitación.

“Ante el fracaso de la prevención especial positiva de la reeducación del delincuente para que no cometa más delitos, se recurre a la prevención especial negativa: la segregación y neutralización del delincuente para, de este modo, evitar su retorno a la conducta delictiva”⁹⁴

Por si fuera poco, al salir de prisión se les excluye, ya que en la mayor parte de los trabajos no se contratan a personas con antecedentes penales aumentando el ciclo vicioso de aislamiento y alejando cada vez la más mínima posibilidad de readaptación.

“En la consecución de sus fines, debe buscarse que el derecho penal resulte eficaz, pues de otra manera no cumplirá con su función, y por ello no se justificara. Dentro de nuestra realidad y bajo las condiciones actuales no puede plantearse que la legislación penal sustantiva se justifique por ser un instrumento eficaz de lucha contra la delincuencia. Hasta ahora el efecto preventivo general del derecho penal no ha alcanzado proporciones Considerables. Corresponde a otras instancias del sistema penal lograr un mayor efecto preventivo. Pero antes que las instancias penales, corresponde a otras áreas del quehacer estatal esa función primordial, pues debe prevalecer la idea de que el derecho penal, como los otros sectores del sistema penal, sólo debe ser utilizado como último recurso”⁹⁵

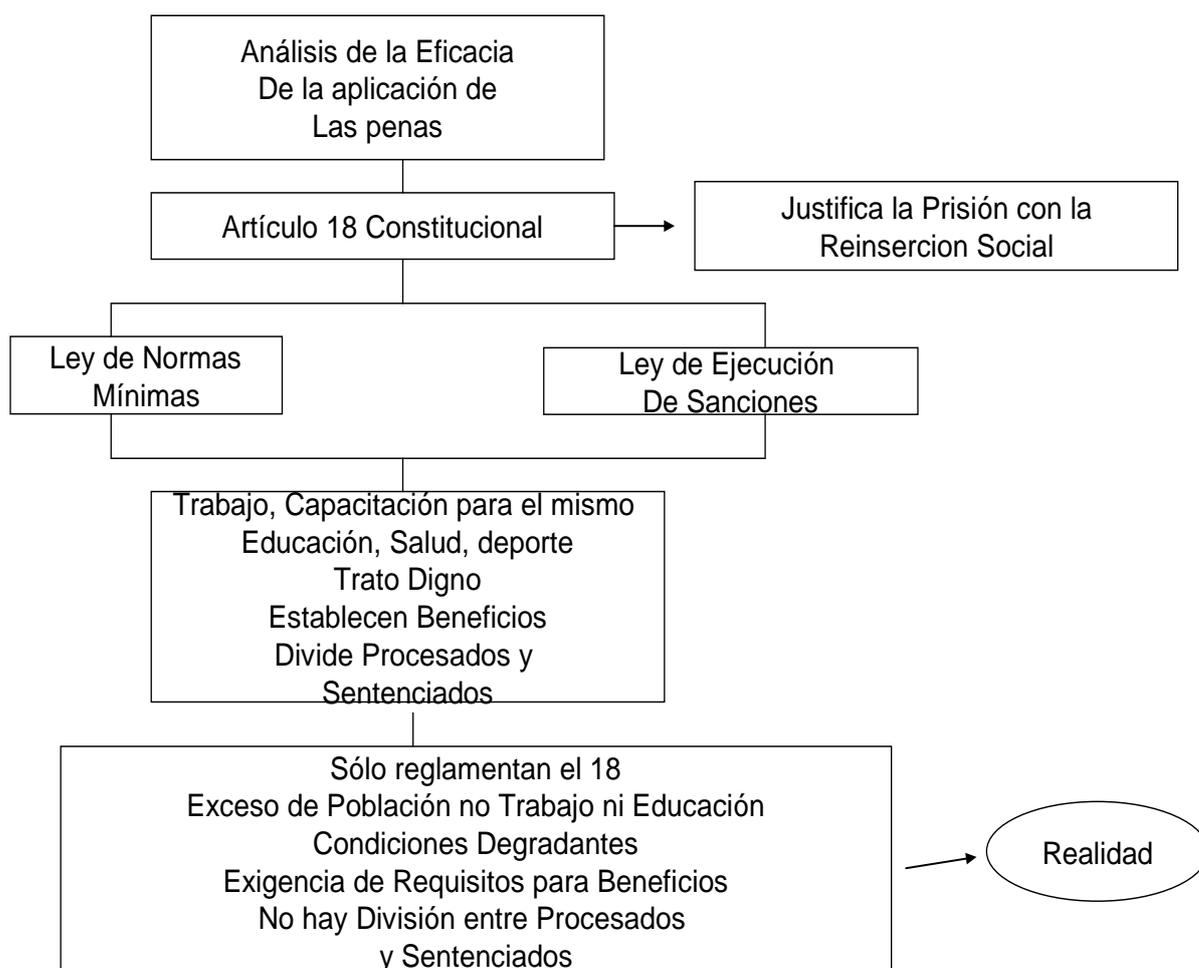
⁹⁴ García García, Guadalupe Leticia, *Op. Cit.*, p. 62

⁹⁵ Fernández Muñoz, Dolores Eugenia, *Op. Cit.*, p. 58

FINES DECLARADOS Y REALIDAD DEL ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL
Y SUS LEYES REGLAMENTARIAS

LEGISLACIÓN	ASPECTOS PRINCIPALES	REALIDAD
ART. 18 CONSTITUCIONAL	Fundamenta la pena de prisión bajo el fin de reinserción social	La reinserción social a pesar de no existir, se ha convertido en la justificación de la aplicación de la pena de prisión
LEY DE NORMAS MÍNIMAS y LEY DE EJECUCION DE SANCIONES DEL DF	<ul style="list-style-type: none"> - Trabajo educación, salud y deporte para lograr la readaptación - Establecen un trato digno a los internos - Establecen beneficios para que un interno no cumpla toda la pena dentro de la prisión Divide la internación de los procesados de los que están cumpliendo sentencia 	<p>Estas legislaciones sólo cubrieron la reglamentación del artículo 18</p> <p>Debido al exceso de población no hay trabajo y educación para todos y el trato que se les da a los internos es por decir lo menos degradante.</p> <p>Si bien hay beneficios preliberacionales no son otorgados a una gran parte de los internos debido a la exigencia de requisitos.</p> <p>Todos los internos tanto de proceso como sentenciados se encuentran en los mismos centros penitenciarios sin radicar diferencia alguna entre ellos dentro de dicha institución</p> <p style="text-align: right;">Cuadro 7, elaborado por RRL</p>

APLICACIÓN DE PENAS EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO

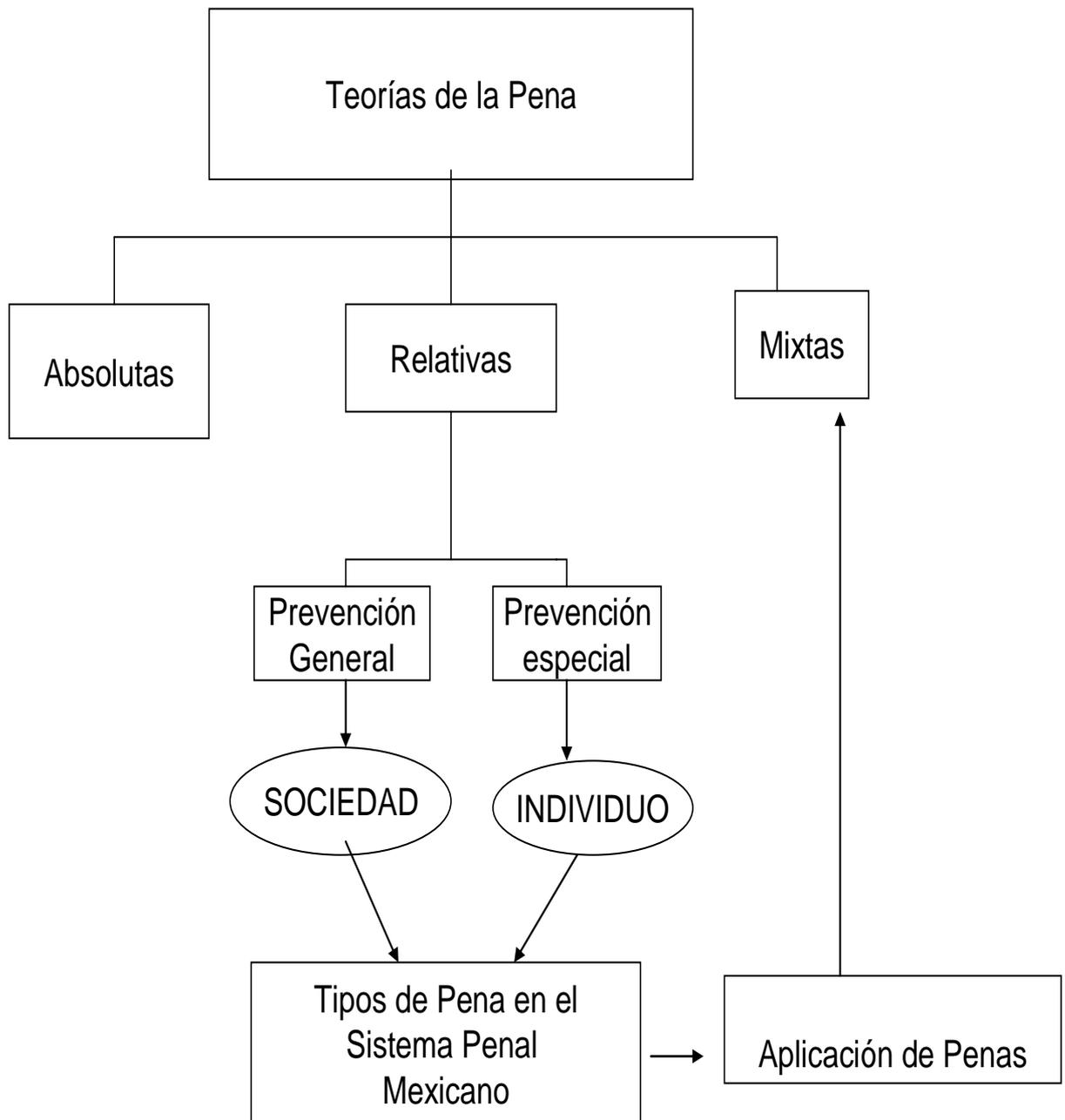


Cuadro 8, elaborado por RRL

Así pues teniendo en cuenta lo mencionado en este capítulo tenemos que han existido diversas teorías respecto de la finalidad de las penas en las que se encuentran las absolutas, las relativas y las mixtas de donde podemos desprender que a la luz del derecho penal mexicano así como de su derecho penitenciario, el mismo justifica o intenta justificar el fin de la pena basado en las teorías relativas ya que buscan la prevención general y especial, sin embargo, la realidad que vivimos dentro de nuestro sistema penal mexicano nos lleva a vislumbrar que la pena de prisión que impera en nuestro sistema, al aplicarse y contemplarse en su legislación con todas las deficiencias de la organización del Estado, la impunidad entre otras refleja de manera directa e inmediata que la

aplicación de las penas no lleva sólo un fin preventivo, sino que lleva también una retribución al delito encontrándonos así en un fin mixto de la pena.

LAS TEORIAS DE LA PENA Y EL SISTEMA PENAL MEXICANO



Cuadro 9, elaborado por RRL

CAPÍTULO 3 ALTERNATIVAS A LA PENA DE PRISIÓN

Nuestro Sistema Penal está sostenido en una concepción de Justicia Retributiva-preventiva, donde la justicia es vista como una responsabilidad de castigar de la autoridad y los delitos como acciones en contra del Estado. Para sostener esta concepción, es preciso un ejercicio de fuerza permanente que empuja a los ofensores, a las víctimas y hasta a la comunidad; se consolida en la construcción de cárceles más grandes, sentenciando a más delincuentes por más tiempo o haciendo mejoras dentro de un sistema que más que reparación exige transformación.

Esta transformación, requiere la redefinición de las metas y el enfoque de la justicia penal. Con este fin, un número creciente de jurisdicciones en los Estados Unidos, han comenzado a adoptar la corriente filosófica que implica una Justicia Restaurativa.

Pues bien, la demanda social de mayor protección frente a los desafueros de la delincuencia es una realidad y, por tanto, deben procurarse soluciones reales y no meramente simbólicas. Desde luego, muchos sectores de la sociedad solicitan mayor punición, pero el proyecto no puede canalizar irracionalmente esa demanda social porque, aparte de que llama la atención para que el desplazamiento al derecho penal no se convierta en un pretexto del Estado para eludir las soluciones efectivas a los problemas sociales, ya dentro de las soluciones jurídicas racionales prevé los preacuerdos de responsabilidad, negociaciones de pena y el principio de oportunidad, dentro unos márgenes de punibilidad amplios previstos en el Código Penal, con el fin de que los mismos protagonistas de la delincuencia se sientan incentivados para reconocer su responsabilidad y reintegrarse a la sociedad, pero también para ayudar a desvertebrar grupos o centros de poder delictivo u organizaciones criminales.

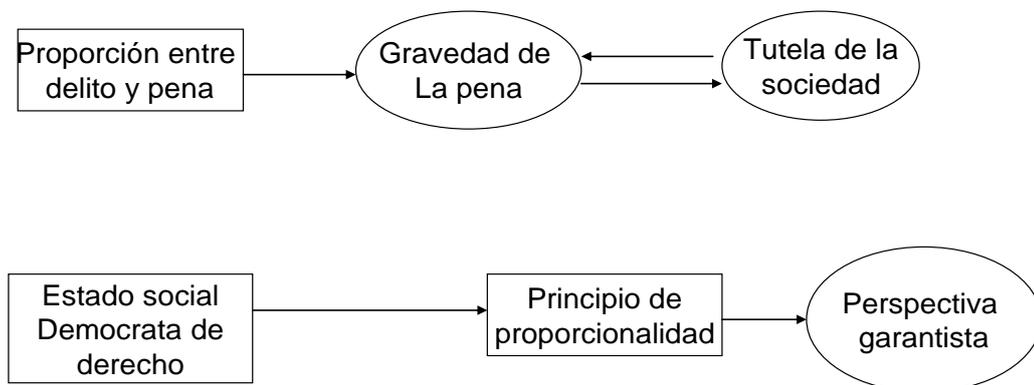
El modelo de proporcionalizar las penas se caracteriza por focalizar las bases de la alternatividad en la búsqueda de una adecuación, tanto en la cantidad como de la calidad de las sanciones penales. La gravedad de la pena proporcionada no

debe configurarse sobre el grado de necesidad preventiva, sino a partir de la importancia de que el concreto bien jurídico disfruta en ese momento.

“Queda claro pues que el principio de proporcionalidad no sólo debe atender a la gravedad del delito sino también a las circunstancias personales del menor. Un sector de la doctrina afirma que en esta frase quedan comprendidos los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima y su buena disposición para realizar una vida sana y útil ambos fines básicos de la justicia restaurativa.”⁹⁶

La gravedad de la pena debe estar vinculada únicamente a su necesidad para la tutela de la sociedad y no a la idea de retribución. Es la ofensa del delito la que debe corresponder al daño de la pena

- Punto de partida de las alternativas a la prisión

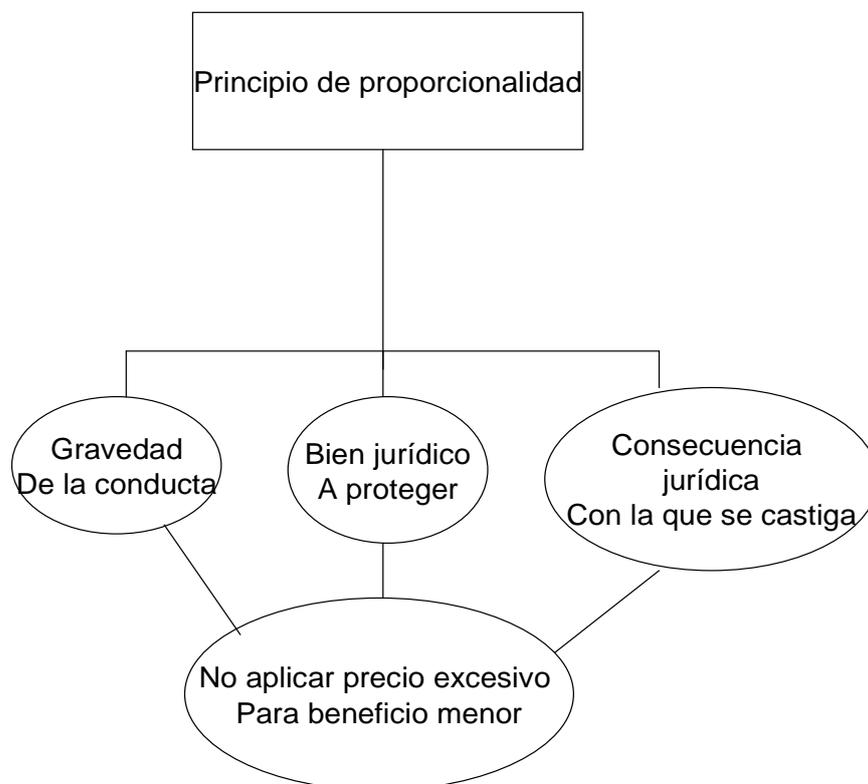


Cuadro 10, elaborado por RLR

⁹⁶ Kemelmajer, Aída, En Búsqueda De La Tercera Vía, La Llamada Justicia “Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa” O “Restitutiva”, p. 291, [En línea] México UNAM, (citado 10/dic/2009) Formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>

Y es que en un modelo de Estado social y democrático de Derecho como del que aquí se parte, el principio de proporcionalidad, en su perspectiva más garantista está obligado a ponderar 3 entidades la gravedad de la conducta, de bien jurídico a proteger y la consecuencia jurídica con la que se va a castigar. Se trata de no aplicar un precio excesivo para un beneficio inferior. Así pues la prisión resulta totalmente desproporcionada para la mayor parte de los delitos cometidos y se debe reservar para la punición de conductas de máxima gravedad. Así pues los sustitutivos a la prisión aparecen como fórmula dirigida a minimizar progresivamente el uso de la prisión.

Buscar alternativas a la prisión no es otra cosa por el momento que tratar de llenar el vacío que produzca la supresión de las penas cortas privativas de libertad. Alternativas por tanto como conjunto de mecanismos variados que en modo alguno operan de la misma manera, ni con carácter general ni respecto de la propia pena privativa de libertad que tratan de sustituir o evitar.



Cuadro 11, elaborado por RLR

El camino hacia la reducción del uso de la prisión empieza por emprender todas aquellas vías encaminadas a atenuar la pena de prisión, comenzando por los tratamientos en libertad suspensión condicional, etc. Y cuando la prisión sea absolutamente necesaria, adoptando todas aquellas modalidades de prisión más favorables en aras del tratamiento, arresto fines de semana, prisión discontinua etc. Sin embargo los verdaderos sustitutivos a la pena privativa de libertad no son éstos, sino aquellos que de entrada, prevén otro tipo de mal distinto al de la privación de la libertad porque una vez desmitificada la correlación entre cárcel e igualdad, y corroborado todo lo contrario en la carrera hacia la alternatividad se debe evitar caer en el mismo error que la prisión.

Se debe partir del hecho de que en la actualidad existe una serie de bienes jurídicos de que también puede ser privado el individuo, aparte del de la libertad y respecto de los cuales este es concede una estimación al menos igual que la que concede a la libertad pues son estos los que le dan el sentido y valor practico a la misma. Es hacia estos bienes hacia donde debe dirigirse la acción represiva del Estado

“La libertad como la vida es un derecho personalísimo inalienable e indisponible”
97

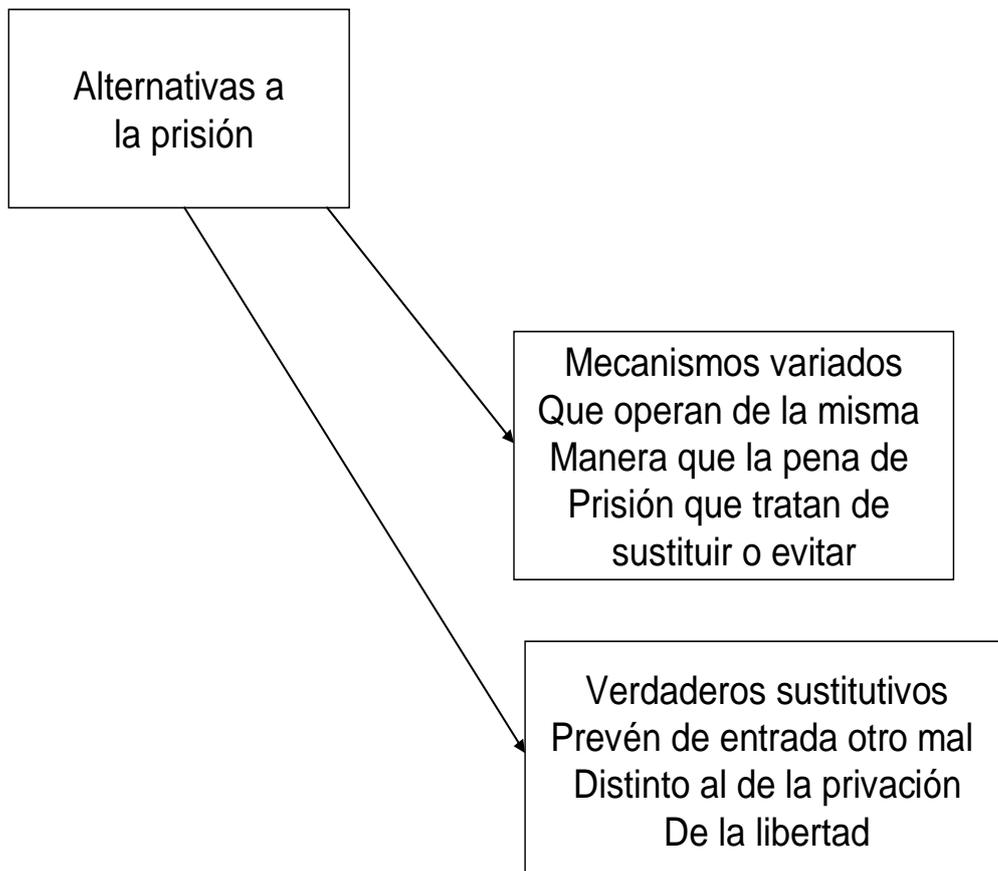
“La privación de la libertad no es la pena por antonomasia sino tan solo una forma de pena que, inadecuada siempre, si bien resulta inevitable en un cierto número de delincuentes no lo es para un gran número de ellos.”⁹⁸

En la actualidad la expresión de sustitutivos penales se hace desde dentro del sistema, es decir proponiendo determinadas y concretas opciones en lugar de la ejecución de la pena privativa de libertad y por lo general para determinados supuestos específicos. Opciones que por su parte disfrutan de una concreta nivelación y que va desde la renuncia a la imposición de toda pena hasta su

⁹⁷ Ferrajolli, Luigi, Derecho y razón: Teoría del Garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid España 2009 p.420

⁹⁸ Bergamini Miotto, Aida, “penas cumplidas en prisión y en la comunidad”, Goias, Brazil, p. 103 [citado 10/oct/2009] <http://www.ilanud.or.cr/A032.pdf>

sustitución por otra pasando por la vía intermedia de la suspensión condicionada de la ejecución de la pena.



Cuadro 12, elaborado por RLR

En este orden existen diferentes propuestas que desde la teoría y la praxis se han manejado hasta el momento:

La no intervención o sustitución se trata de todas aquellas vías utilizadas en aras de no intervenir penalmente ante la comisión de un hecho delictivo; a renunciar a toda imposición de una pena por estimarse que ésta no es necesaria ni a efectos de prevención general ni a efectos de prevención especial:

PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD: Se trata de la renuncia de toda intervención penal en caso de delitos de escasa o media gravedad, sustituyéndola por posibilidades de restitución como la logoterapia, terapia de grupo, indemnización, una de deshabitación, búsqueda de vivienda y trabajo etc. Especie de anticipación procesal de los sustitutivos penales. Muy usada frente a la delincuencia de poca importancia y especialmente en caso de delincuencia primaria.

“Pero una aplicación efectiva de la misma siempre implica de un lado, una cuasi perfección en conocimiento criminológico y del otro exige una administración de justicia especialmente sensible y habituada a un ejercicio responsable de la discrecionalidad, sin embargo es una medida escasamente efectiva por preverse para delitos de poca severidad.”⁹⁹

Suspensión condicional: su objetivo principal es el de evitar los efectos resocializadores que supone indudablemente su ingreso a prisión. Preliberaciones, libertad anticipada, remisión parcial de la pena implican siempre un periodo inicial de detención no son sanciones alternativas de la prisión, sino solamente modalidades de ejecución de manera parcial de la propia pena de libertad (descuento de la pena a cumplir).

⁹⁹ Sanz Mulas, Nieves alternativas a la pena de prisión, MEXICO, INACIPE, 2004, P 412.

SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN

	Sustitución	Suspensión Condicional
Características	Respuesta Sancionadora La Pequeña Criminalidad Plano Objetivo (Gravedad Del Delito) Incide Sobre La Misma Existencia De La Sanción Subroga Verdadera Y Propia Alternativa Judicial Fija	Fundada sobre la valoración de la personalidad del culpable Plano subjetivo (culpable) Incide sobre la aplicabilidad de la sanción Paraliza Alternativa a la ejecución de la pena de prisión No es fija

Cuadro 13, elaborado por RRL

Existe una diferencia entre las penas sustitutivas y las penas alternativas. Mientras las últimas son penas originarias y se imponen desde el primer momento y en forma directa; las penas sustitutivas como su nombre lo indican solo sustitución a la privativa de libertad es decir; la prisión como pena originaria impuesta y sólo en un segundo momento podrá adoptar o no la decisión de aplicar la pena sustitutiva; en este ángulo tenemos las siguientes penas o sanciones:

Arresto de fin de semana

Arresto domiciliario

Multa

Trabajo en beneficio de la comunidad

Penas privativas de derechos:

Inhabilitación

Interdicción

Confinamiento

Tratamiento en libertad

Caución de no ofender

Amonestación represión y apercibimiento

Reparación del daño (tercera vía)

Cualquier código penal que tomemos como referencia, en muy pocas ocasiones prescinde de la pena de prisión a favor, ya sea de la pena de multa, ya sea de la de arresto de fin de semana, arresto domiciliario etc. Se han dejado a un lado propuestas novedosas como la reparación de la víctima y penas privativas de derechos.

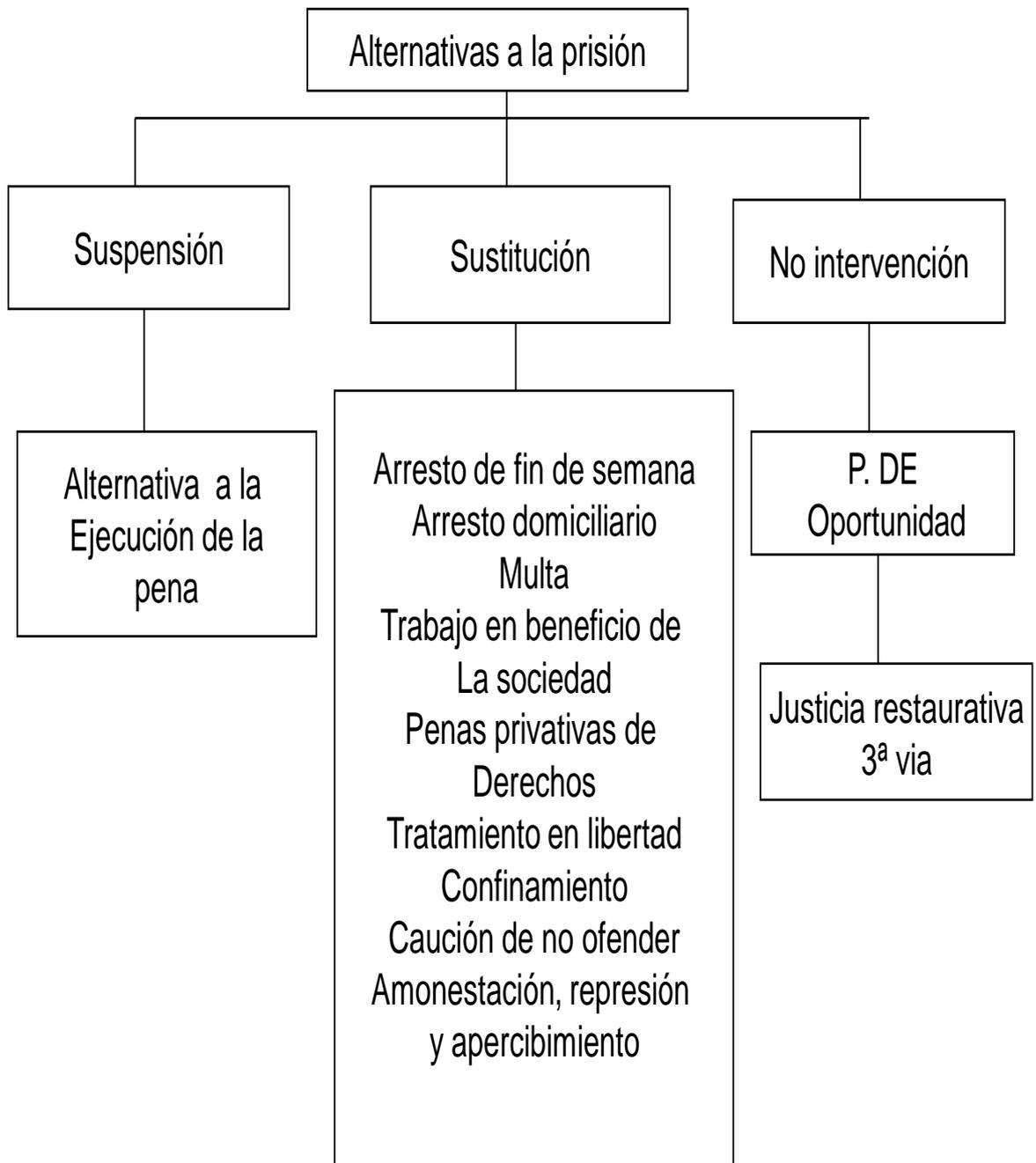
Del mismo modo y como probable herencia de la perspectiva rehabilitadora, el legislador ha posibilitado la alternatividad únicamente respecto de las penas cortas privativas de libertad, manteniéndose ajeno a la dimensión actual de la discusión en tal sentido. Esto es, al hecho de que hoy el centro de la crítica no sólo lo conforman dichas penas sino las de larga duración.

“El desarrollo de las medidas alternativas y de las sanciones sustitutivas como novedades más representativas de este siglo en materia de penas es, sin duda, un síntoma claro de la crisis de la pena privativa de libertad, pero también y al mismo tiempo un signo cierto de la enorme resistencia supuesta por el paradigma carcelario. El problema actual del paradigma de la cárcel se centra principalmente en el hecho cierto de que no han llegado a sustituirla como penas o sanciones autónomas sino que se han limitado a sumarse a ella como su eventual correctivo, terminando así por dar lugar a espacios incontrolables de discrecionalidad judicial o ejecutiva.”¹⁰⁰

Sin embargo hoy en día existe un modelo alternativo de la pena de prisión que ha sido llamado justicia restaurativa o la tercera vía del derecho penal, el cual si bien está basado en la restitución y restauración a la víctima no puede ser considerado como simple reparación del daño.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 607

MECANISMOS Y SUSTITUVIOS DE LA PENA DE PRISIÓN



Cuadro 14, elaborado por RRL

3.1 LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Las innovaciones de la Justicia Restaurativa en los sistemas penitenciarios y de justicia penal ofrecen actitudes y métodos que se centran en la prevención, la reparación del daño causado, y la participación colaboradora de la comunidad. Las víctimas tienen papeles más amplios, las variadas formas de participación comunitaria, las interacciones interpersonales facilitadas y de grupo, proporcionan nuevas formas capaces de reducir los tradicionales métodos adversariales.

Las comunidades pueden diseñar iniciativas de justicia restaurativa en una variedad de programas y técnicas, de participación gubernamental y pública, nueva legislación; acción policial comunitaria, apoyo al sistema judicial; como partes de una visión más amplia de la realidad que exige educación, capacitación y operatividad.

La clave de estos programas estaría dada en la modificación de las relaciones con los otros en el sentido de un “proceso” en el que las actitudes, aptitudes, destrezas y técnicas de la mediación y la facilitación de grupos serían herramientas de gran valor.

El enfoque colaborador como antípoda del adversarial, sería clave para el cambio.

“Hablar de víctimas o agresores no es hablar de roles estáticos, por una u otra razón en distintos momentos de la vida, cualquier persona puede convertirse o bien en una víctima o bien en un agresor. Por ello cuando pensamos en víctimas no podemos continuar guardando la imagen de un ser desprotegido y desvalido que necesita nuestra lástima, y mucho menos seguir pensando en el agresor como aquel tirano malvado, que sólo sabe hacer el mal. El mundo no puede seguir dividido en buenos y malos, en los que padecen y en los que hacen padecer, y los conflictos no pueden seguir resolviéndose en ausencia de todos y cada uno de los actores del mismo.”¹⁰¹

¹⁰¹ Gutierrez de Piñeres, Carolina, No Es Posible La Justicia En Ausencia De Los Actores de Un Conflicto: Una Reflexión Desde La Justicia Restaurativa [citado 15/ oct/2009] <http://Psicologiajuridica.Org/Psj206.Html>

Si el uso excesivo de las cárceles se debe en parte al uso excesivo de los profesionales de la justicia penal, la respuesta es incluir más a la comunidad en la resolución de sus propios problemas.

Por ejemplo, los acuerdos mediados de restitución, donde la víctima y el ofensor se sientan cara a cara, son cumplidos más frecuentemente que las soluciones adjudicadas; la posesión y apoyo que vienen de las sentencias impuestas por la comunidad o grupo familiar producen una tasa alta de éxito para los ofensores, disminuyendo la reincidencia.

La Justicia Restaurativa es un modelo que apunta hacia el futuro enfatizando la resolución de problemas, en lugar del “castigo retributivo”.

“El resentimiento es lo que deja el encarcelamiento como respuesta al delito, y resentimiento es lo que se produce en una comunidad a la que no se ha preparado para recibir de nuevo a aquellos que han violado una ley o cobijar a aquellos que han resultado directamente vulnerados. Si lo anterior ocurre, es por una razón, pues la respuesta al dolor no es causar más dolor, dejando de lado aquellos que han resultado mayormente afectados, no se puede pensar la justicia en ausencia de las víctimas, cualquiera que sea su condición, ningún forma de justicia que deje de lado al principal afectado podría llamarse realmente Justo. No obstante, tampoco sería justo pensar en un sistema donde el único protagonista fuera la víctima, ningún conflicto se resuelve sin la presencia de todos los actores involucrados, incluyendo víctimas, agresores, comunidad y administradores de justicia, desconociendo su existencia lo único que puede quedar al final es una amarga sensación de abandono, que conduce inevitablemente al resentimiento.”¹⁰²

Los operadores del sistema de justicia penal (jueces, abogados, fiscales, supervisores de libertad condicional, funcionarios carcelarios) manifiestan un sentimiento de frustración ante el sistema imperante y en la búsqueda de una respuesta adecuada, surge en los inicios de la década de los 70 la justicia restaurativa, como una forma de tratar los delitos considerados de menor gravedad ofreciéndose como una alternativa opcional dentro del sistema existente o como complemento de éste. Sólo en Nueva Zelanda desde el año 1989 la

¹⁰² *Idem*

justicia restaurativa es el eje central de todo su sistema nacional de justicia juvenil.

“Lograr un sistema incluyente, que prevenga el resentimiento, que rompa la noción de castigo vinculada a la idea de hacer justicia, que respete la dignidad humana, que repare lo que ha sido roto y que genere una ganancia para cada uno de sus protagonistas es el fin de la Justicia Restaurativa.”¹⁰³

Hoy en día algunas comunidades cuentan con alternativas restauradoras para delitos de mayor gravedad, incluso asaltos, violaciones, homicidios, A partir de la experiencia de la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica se han desarrollado iniciativas para aplicar un modelo de justicia restaurativa a situaciones de violencia masiva.

“La justicia restaurativa no niega que el delito ni daña a la sociedad, pero afirma que esta dimensión pública no debe ser el único punto de partida para resolver que debe hacerse. El delito, más que una violación a una regla legal, es una violación o ataque de una persona a otra. No interesa el derecho estrictamente violado sino el hecho concreto de que una persona fue lesionada por las acciones ilícitas de otra y es ese daño el que debe ser reparado.”¹⁰⁴

3.1.1 ANTECEDENTES Y CONCEPTO

La justicia restaurativa ha sido aplicada en diversos lugares del mundo sin embargo en cada uno de ellos su implementación se dio bajo diferentes circunstancias y adaptando programas de acuerdo a su realidad social.

“Hace 25 años la primera Corte que ordenó una sentencia de justicia restaurativa fue realizada en Kitchener, Ontario. Dos jóvenes capturados tras una parranda vandálica que dejó 22 diferentes propiedades dañadas, fueron enviados a encontrarse con las víctimas y negociar con ellos el pago de lo dañado. Los jóvenes lo hicieron y gradualmente pudieron restituir el daño que habían causado. El éxito de este caso permite el establecimiento del primer programa de justicia restaurativa en Kitchener, conocido como Programa de Reconciliación

¹⁰³ *Idem*

¹⁰⁴ Kemelmajer, Aída, *Op.Cit.*, p. 275

entre Víctimas y Ofensores (Howard Zehr. Interviniendo en el Conflicto víctima / ofensor. Comité Central Menonita). En Elkhart, Indiana, el programa fue iniciado en pequeña escala en 1977-78 por agentes de libertad condicional (probatoria) que habían aprendido del modelo de Ontario. Para 1979 este programa se había convertido en la base de una organización no lucrativa llamada “El Centro para Justicia Comunitaria”. Programas similares están funcionando en Inglaterra, Alemania y otros lugares de Europa, por supuesto tienen variedad de formas para hacerlo. La Asociación de Mediación Víctima/ofensor de los Estados Unidos se formó hace varios años para unir tales programas en los Estados Unidos. En Canadá, la cadena: Interacción para la Resolución de conflictos trabaja de forma similar que FIRM (Foro para Iniciativas en Reparación y Mediación, en el Reino Unido). En Nueva Zelanda se originó en 1989 lo que se conoce como Conferencia de Grupos Familiares, en la comunidad indígena Maorí. Nueva Zelanda introdujo este modelo en su sistema de justicia juvenil para servir de alternativa en los juzgados juveniles.”¹⁰⁵

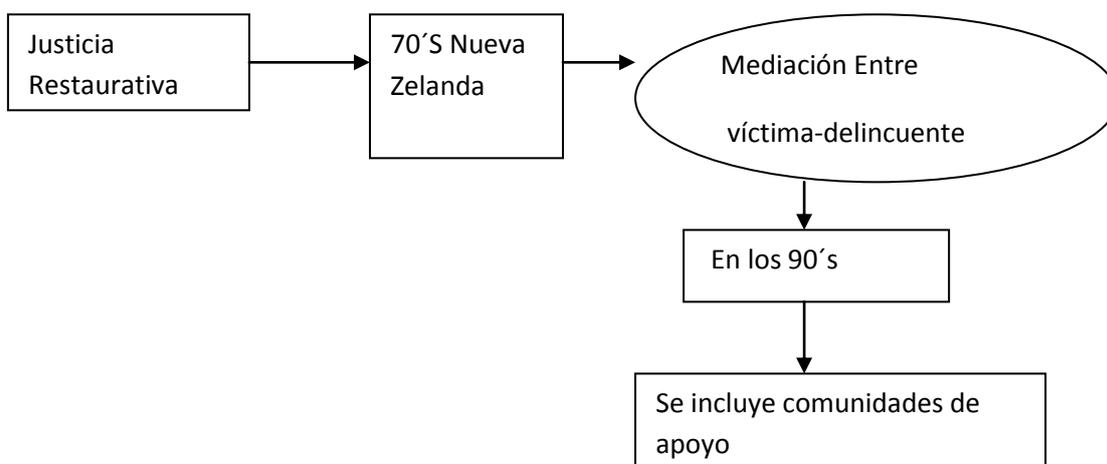
La justicia restaurativa surgió en la década de los años 70 como una forma de mediación entre víctimas y delincuentes y en la década de los años 90 amplió su alcance para incluir también a las comunidades de apoyo, con la participación de familiares y amigos de las víctimas y los delincuentes en procedimientos de colaboración denominados “reuniones de restauración” y “círculos.” Este nuevo enfoque en el proceso de subsanación para las personas afectadas por un delito y la obtención de control personal asociado parece tener un gran potencial para optimizar la cohesión social en nuestras sociedades cada vez más indiferentes. La justicia restaurativa y sus prácticas emergentes constituyen una nueva y promisoría área de estudio para las ciencias sociales.

“La idea tradicional de justicia “Dar a cada uno lo suyo”, se relaciona en forma directa con el concepto de Justicia Restaurativa que.

¹⁰⁵ *Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala y la oficina CLAI Guatemala e Instituto de Estudios Políticos y Sociales/IPES, Resolución de Conflictos, Mediación y Justicia Restaurativa: Una Propuesta de Paz para la Democracia y la Justicia* [Alder, C & Wundersitz, J. Family Conferencing and Juvenile The Way Forward” or Misplaced Optimism Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.]. Citado (15/10/2009), en línea http://www.colegiomediacion.com/justicia_restaurativa.htm

Concepto que está basado en las tradiciones indígenas de Norte América y Nueva Zelanda y que consiste en una solución a la reparación del daño y la sanación de las heridas, a través de la discusión y la interacción entre el victimario, la víctima y la comunidad. Al ofrecer un espacio de comunicación a todos los actores relacionados con el hecho, para que tomen parte como sujetos actores en la solución del conflicto mediante un proceso de diálogo, se está dando a cada cual lo suyo, y es en esos términos cuando se habla de justicia. Dicho proceso involucra tanto, la subjetividad y el dolor de la víctima, el alcance de la ofensa y su daño, como las consecuencias de tal daño en la sociedad y la responsabilidad del victimario sin descuidar el análisis de las circunstancias que originaron el hecho. También versa sobre la toma de decisiones de restauración, que mediada por un acuerdo (entre las partes) satisfactorio y sanador de las heridas de la víctima y edificante para la sociedad, dé pie al perdón y no descuide la sanación de la memoria colectiva, la restauración del tejido social y la rehabilitación del infractor, la que deberá estar antecedida del reato de culpa y la promesa de no recaer en hechos que causen ofensas y ofendidos y rompan la armonía de la vida en sociedad.¹⁰⁶

ANTECEDENTES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA



Cuadro 15, elaborado por RRL

Pero podemos hablar de Justicia Restaurativa como un modelo de justicia que acompaña y mejora al sistema retributivo. Muchos autores llegan a concluir que

¹⁰⁶ Bach, Katherina, Revista Historia, Un Acercamiento al Origen De La Justicia Restaurativa [citado 16/oct/09], en línea http://www.justiciarestaurativa.com/Revista_Historia.htm

la Justicia Restaurativa no puede competir con el retributivo, pero si que ambos pueden, en determinados casos, convertirse sistemas complementarios.

“En suma el delito no debe ser considerado sólo un ilícito cometido contra la sociedad, un comportamiento que viola el orden constituido, y que por lo tanto reclama una pena a cumplir es también una conducta intrínsecamente dañosa y ofensiva que provoca a la víctima privación, sufrimiento, dolor y hasta la muerte por lo que ella tiene derecho a peticionar alguna forma de reparación del daño provocado. Desde esta perspectiva, el sistema vigente no sirve porque no satisface a nadie, la pena estatal no soluciona ningún conflicto, ni el de la víctima ni el de la comunidad”¹⁰⁷

La Justicia Restaurativa pretende evitar que el dolor que han causado tantas personas sea atacado con más dolor, ya que esto sólo los encaja en el círculo vicioso de la venganza. La cárcel no ayuda a comprender el dolor del otro, no hace a casi nadie consciente de la pena por la que pasa la víctima, las penas privativas de la libertad no permiten dimensionar las razones de la víctima ni del victimario, y no abren paso a la reconciliación ni en muchos casos a la verdad.

“Es posible definir a la Justicia Restaurativa como una respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas, delincuentes y comunidades.”¹⁰⁸

La justicia restaurativa toma diferentes formas, existiendo una variedad de programas y prácticas, pero todos estos sistemas y prácticas comparten principios comunes. Según este enfoque, las víctimas de un crimen deben tener la oportunidad de expresar libremente, y en un ambiente seguro y de respeto, el impacto que el delito ha tenido en sus vidas, recibir respuestas a las preguntas fundamentales que surgen de la experiencia de victimización, y participar en la decisión acerca de cómo el ofensor deberá reparar el mal causado

¹⁰⁷ Kemelmajer, Aída, *Op.Cit.*, p. 276

¹⁰⁸ Justicia Restaurativa en línea (citado 04/Oct/2009) en línea <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/inclusión>

Aquellas prácticas y programas que reflejan propósitos restauradores:

1. Identificarán y darán pasos a fin de reparar el daño causado.
2. Involucrarán a todas las partes interesadas
3. Transformarán la relación tradicional entre las comunidades y sus gobiernos.

“La justicia restaurativa presenta un marco que contrasta con el actual sistema occidental de tipo retributivo. Las modernas leyes occidentales de hoy día operan bajo el supuesto que el crimen es una ofensa en contra del Estado. En sistemas legales anteriores al sistema actual, el crimen era visto principalmente como una ofensa en contra de la víctima y la familia de la víctima. La justicia restaurativa recupera este foco y se interesa primordial y esencialmente por los daños causados por los actos criminales. La teoría de la justicia restaurativa sostiene que el proceso de justicia pertenece a la comunidad. Las víctimas necesitan recuperar el sentido del orden, la seguridad y recibir una restitución. Los ofensores deben ser encontrados responsables por los daños ocasionados por sus acciones. La comunidad debe estar involucrada en el proceso de prevención, confrontación, procesos de monitoreo y moverse hacia delante para la sanación. El gobierno y sus cuerpos de seguridad pública juegan un rol positivo cuando preservan el orden de tal forma que enfatizan la dimensión comunitaria. En un marco de justicia restaurativa, las comunidades y sus miembros asumen responsabilidades de dirigir el fundamento social, económico y los factores morales que contribuyen al conflicto y la violencia.”¹⁰⁹

La Justicia Restaurativa es un movimiento nuevo en las áreas de la victimología y criminología. Al reconocer que el crimen causa heridas tanto en la gente como en las comunidades, este tipo de justicia insiste en la reparación de dicho daños, a la vez que permite que las partes involucradas participen en el proceso. Por lo tanto, los programas de Justicia restaurativa permiten que los tres actores principales: la víctima, el ofensor y los miembros afectados de la comunidad se involucren de manera directa en la solución que se le dará al crimen cometido. Éstos se vuelven actores centrales en el proceso de la justicia criminal, mientras que el Estado y los

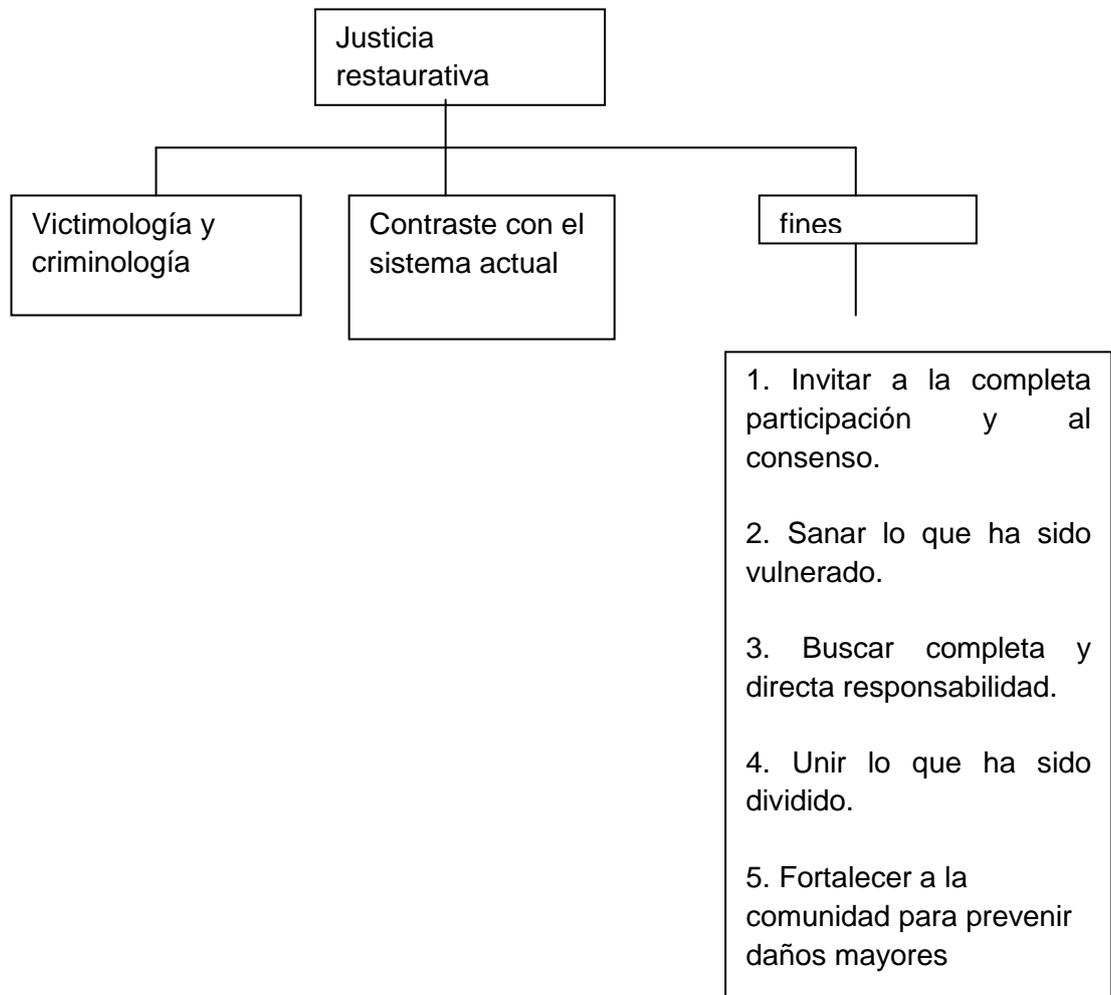
¹⁰⁹ Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala y la oficina CLAI Guatemala e Instituto de Estudios Políticos y Sociales/IPES, Resolución de Conflictos, Mediación y Justicia Restaurativa: Una Propuesta de Paz para la Democracia y la Justicia. [Amstutz, L. & Zehr, H. Víctimas / Ofensores, Sistema de Justicia Juvenil Conferencia en Pensilvania. Universidad Menonita] Citado (15/10/2009), en línea http://www.colegiomediacion.com/justicia_restaurativa.htm

legisladores se convierten en los facilitadores de un sistema enfocado hacia la rendición de cuentas del ofensor, la reparación que éste hace a la víctima y la participación plena de los tres actores mencionados anteriormente. En el proceso restaurativo el involucramiento de todas las partes es fundamental para alcanzar como resultado final la reparación y la paz.

El termino justicia restaurativa ha desbordado su filosofía de proporcionar un esquema de pensamiento alternativo para abordar el delito, para abarcar una serie de prácticas y programas restauradores. Requiere, como mínimo, que atendamos los daños y necesidades de las víctimas, que instemos a los ofensores a cumplir con su obligación de reparar esos daños, e incluyamos a víctimas, ofensores y comunidades en este proceso

La justicia restaurativa es una nueva manera de considerar a la justicia penal la cual se concentra en reparar el daño causado a las personas y a las relaciones más que en castigar a los delincuentes. Es un proceso de colaboración que involucra a las “partes interesadas primarias,” es decir, a las personas afectadas de forma más directa por un delito, en la determinación de la mejor manera de reparar el daño causado por el delito.

Es un proceso mediante el cual las partes que se han visto involucradas y/o que poseen un interés en un delito en particular, resuelven en forma colectiva la manera de lidiar con las consecuencias inmediatas de éste y sus repercusiones para el futuro.



Cuadro 16, elaborado por RRL

3.1.2 PRINCIPIOS Y MECANISMOS

Los programas restaurativos se caracterizan por cuatro valores clave:

- Encuentro: “La justicia restaurativa otorga gran importancia a los encuentros entre víctima y ofensor. Este encuentro puede hacerse directamente en una reunión entre ambos (tal vez, también con otras personas) con la asistencia de un facilitador. Puede hacerse indirectamente mediante el intercambio de cartas, videos y mensajes entregados por un

tercero”¹¹⁰. consiste en el encuentro personal y directo entre la víctima, el autor u ofensor y/u otras personas que puedan servir de apoyo a las partes y que constituyen sus comunidades de cuidado o afecto.

- Reparación: “La justicia restaurativa intenta reparar el daño causado por el delito. De ser posible, esta reparación debe ser realizada por quien causó el daño. Es por eso que la justicia restaurativa valora los esfuerzos de los delincuentes por compensar lo que hicieron.” ¹¹¹ Es la respuesta que la justicia restaurativa da al delito. Puede consistir en restitución o devolución de la cosa, pago monetario, o trabajo en beneficio de la víctima o de la comunidad. La reparación debe ir primero en beneficio de la víctima concreta y real, y luego, dependiendo de las circunstancias, puede beneficiar a víctimas secundarias y a la comunidad.
- Reintegración: “El delito causa perjuicios. También puede traer aparejado que tanto víctima como delincuente sean estigmatizados. Por lo tanto, la justicia restaurativa da gran valor a la reintegración de víctima y delincuente. La meta es que se conviertan en individuos completos que contribuyen a su comunidad”¹¹² Se refiere a la reintegración tanto de la víctima como del ofensor en la comunidad. Significa no sólo tolerar la presencia de la persona en el seno de la comunidad sino que, más aún, contribuir a su reingreso como una persona integral, cooperadora y productiva.
- Inclusión: “La inclusión apunta a la participación total de todas las partes, y se logra: (1) invitando a todas las partes interesadas a participar, (2) anticipando que cada una de las partes intentará satisfacer sus propios intereses, y (3) siendo lo suficientemente flexible como para aceptar nuevos abordajes apropiados para las distintas situaciones que se puedan

¹¹⁰ Van Ness, Daniel y Karen Heetderks Strong, Restoring Justice. (2da Edición, Cincinnati: Anderson Publishing) (citado 04/Oct/2009) en línea <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/encounter>

¹¹¹ *Idem*

¹¹² *Idem*

presentar.”¹¹³ Consiste en brindar a las partes (víctimas, ofensores y eventualmente, la comunidad), la oportunidad para involucrarse de manera directa y completa en todas las etapas de encuentro, reparación y reintegración. Requiere de procesos que transformen la inclusión de las partes en algo relevante y valioso, y que aumenten las posibilidades de que dicha participación sea voluntaria.

En diferentes países se adaptan las mejores formas de la aplicación de la justicia restaurativa según sus propias características. Es así, que existen diversas formas de llevar a cabo este proceso, los más utilizados son:

“Mediación de víctima e infractor. Este proceso permite a la víctima interesada, reunirse con el infractor en un escenario seguro y mediante la asistencia de un mediador entrenado. Los objetivos de la mediación incluyen: Permitir a la víctima reunirse con el infractor sobre la base de su propia voluntad, animando al infractor a comprender el impacto producido por el crimen y contemplar la responsabilidad del daño ocasionado. De igual manera, proporcionar a la víctima y al infractor la oportunidad de desarrollar un plan para restaurar el daño. Posibilita la comprensión en la que los participantes sienten que ellos están participando del acto de hacer justicia, desde ellos, y no desde lo formal abstracto de la justicia retributiva”¹¹⁴.

Después de remitido el caso se trabaja individualmente con cada una de las partes, luego de obtenido su consentimiento, se reúnen en una conferencia. Un facilitador capacitado organiza y dirige la reunión y guía el proceso de manera equitativa. También es posible que participen familiares, pero se considera que su rol es secundario, simplemente de apoyo. Los representantes de la comunidad no participan, por excepción pueden actuar como facilitadores y/o supervisores del programa acordado.

¹¹³ *Idem*

¹¹⁴ Díaz Colorado Fernando y Carolina Gutiérrez De Piñeres B, Aproximaciones A La Justicia Restaurativa, Concepto, origen y principios [citado 08/oct/2009] ,en línea <http://psicologiajuridica.org/psj167.html>

“Conferencia de Familia o Grupo en unidad. Este proceso reúne a la víctima, al infractor, a la familia, y a los amigos y partidarios importantes de ambas partes, para decidir de qué manera se van a reparar las consecuencias del delito. Los objetivos de la conferencia pretenden: Permitir a la víctima una oportunidad de estar directamente involucrada en la discusión sobre la respuesta al delito, intentando crear conciencia en el infractor sobre el impacto de la conducta y proporcionándole la oportunidad de tomar responsabilidad por ello, comprometiendo el sistema de apoyo del infractor para hacer enmiendas y cambiar su comportamiento futuro. También pretende, permitir al infractor y a la víctima, reunirse con el apoyo clave de la comunidad. Permite crear conciencia y compromiso social sobre la dimensión comunitaria, no sólo de la realización del delito sino de su reparación.”¹¹⁵

Las conferencias familiares amplían el círculo de participantes, incluyendo a familiares y otras personas que sean importantes para las partes directamente involucradas. Se ha tendido a usar este modelo para ayudar a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones y a cambiar su comportamiento, sus familiares son particularmente importantes, al igual que otros miembros relevantes de la comunidad. La familia de la víctima también es invitada a participar.

“Tratado de paz o círculo de sentencia. Es un procedimiento diseñado para desarrollar consenso en los miembros de la comunidad, víctimas, defensores de víctimas, infractores, jueces, fiscales, consejo de defensa, policía y trabajadores de la corte, sobre un plan de sentencia apropiada que resuelva adecuadamente las inquietudes de todas las partes interesadas. Los objetivos de los círculos de sentencia son: Promover la sanación de todas las partes afectadas, dando oportunidad al infractor para rectificar. Así mismo, brindando a las víctimas, infractores, miembros de las familias y comunidades, una voz y una responsabilidad compartida para hallar soluciones creativas y constructivas, co-construyendo un sentido de comunidad alrededor de los valores culturales de ésta. Conferencia Carcelaria Internacional”¹¹⁶

Los participantes se ubican en un círculo y uno o dos guardianes del círculo ofician como facilitadores del proceso. Todas las personas hablan siguiendo el orden del círculo, es necesario tener en cuenta que no todas las formas de justicia restaurativa implican un encuentro directo entre las partes y que no todas las

¹¹⁵ *Idem*

¹¹⁶ *Idem*

necesidades de las respectivas partes pueden satisfacerse por medio de un encuentro. Si bien es cierto que muchas necesidades de la víctima tienen que ver con el ofensor, hay otras que no lo involucran. Hay algunas necesidades y obligaciones del ofensor que no tienen nada que ver con la víctima, como el servicio a la comunidad.

Cada uno de los anteriores procesos pretenden lograr un acuerdo, sobre la manera como el infractor reparará el daño causado por el delito. Las sanciones más comunes como respuesta restauradora del delito son: restitución (pago de una suma de dinero) y servicio a la comunidad (trabajo realizado por el infractor para beneficio de la comunidad).

Directrices de la justicia restaurativa

1. Centrarse en los daños ocasionados por el delito, más que en las reglas violadas.
2. Demostrar el mismo interés y compromiso hacia víctimas y ofensores, involucrando a ambas partes en el proceso de justicia
3. Trabajar por la restauración de las víctimas, ayudándoles a recuperar su sentido de control atendiendo las necesidades que ellas mismas vayan percibiendo

Apoyar a los ofensores, junto con motivarles para que entiendan , acepten y cumplan con sus Obligaciones.

5 Reconocer que, aún cuando las obligaciones de los ofensores puedan ser difíciles de cumplir éstas no deben ser concebidas como castigo y deben ser realizables.

6 Generar oportunidades para el diálogo directo o indirecto entre víctimas y ofensores cuando sea apropiado.

7 Encontrar medios efectivos para comprometer a la comunidad y abordar las condiciones que dan origen al crimen dentro de la comunidad.

8 Estimular la colaboración y la reintegración, tanto de víctimas como de ofensores, en lugar de la coerción y el aislamiento.

- 9 Prestar atención a las consecuencias imprevistas de nuestras acciones y programas.
- 10 Demostrar respeto hacia todas las partes: víctimas, ofensores, colegas del sistema de justicia.

“Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres R, responsibility, restoration and reintegration (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente, restauración de la víctima, que debe ser reparada y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha deñado con el ilícito”¹¹⁷

El enfoque restaurativo, confronta y desapruueba los delitos al tiempo que ratifica el valor intrínseco de los delincuentes. La esencia de la justicia restaurativa es la resolución de problemas de manera colaboradora. Las prácticas restaurativas brindan una oportunidad para que aquellas personas que se hayan visto más afectadas por un incidente se reúnan para compartir sus sentimientos, describir cómo se han visto afectadas y desarrollar un plan para reparar el daño causado o evitar que ocurra nuevamente. El enfoque restaurativo es reintegrativo y permite que el delincuente se rectifique y se quite la etiqueta de delincuente. Las partes interesadas primarias son, principalmente, las víctimas y los delincuentes puesto que son las partes más afectadas directamente. Pero aquellos que tienen una conexión afectiva importante con la víctima o el delincuente, como por ejemplo, padres, cónyuges, hermanos, amigos, maestros o compañeros de trabajo, también se ven directamente afectados. Ellos constituyen las comunidades de apoyo de las víctimas y los delincuentes. El daño ocasionado, las necesidades creadas y las respuestas restaurativas de las partes interesadas primarias son específicas del delito en particular y exigen una participación activa para lograr el mayor nivel de subsanación.

¹¹⁷ Kemelmajer, Aída, *Op. Cit.*, p. 273

CARACTERÍSTICAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Principios	Programas	Mecanismos
<p>Trabajar a fin de que se ayude a volver a su estado original a los perjudicados.</p> <p>Participación voluntaria de los directamente involucrados para la respuesta.</p> <p>Gobierno preservar el justo orden público; comunidad construir y mantener una justa paz..</p>	<p>Encuentro</p> <p>Reparación</p> <p>Integración</p> <p>Inclusión</p>	<p>Mediación víctima-ofensor</p> <p>Conferencia familiar</p> <p>Círculos</p>

Cuadro 17, elaborado por RRL

“Los Círculos de Sentencia, transforman las perspectivas que se generan entre la comunidad y sus infractores. Mayor dependencia respecto de la comunidad implica menor dependencia respecto del sistema penal y penitenciario. Los porcentajes de reincidencia han bajado en Nueva Zelanda y en Canadá hasta en una tercera parte según datos reportados por el juez Stuart en su informe “Círculos de Sentencia...Haciendo Diferencias Reales”.¹¹⁸

El uso de procesos alternativos que empleen el consenso; la pacificación; la mediación o la facilitación del grupo tienen un papel crítico, que inclina cada vez a más Estados a adoptar esta forma de Justicia. Opciones como la mediación, el Círculo de Sentencia, el Grupo de Familias y otros, ofrecen la oportunidad para que las comunidades se involucren directamente en los procesos de justicia. La comunidad comparte como un socio el trabajo de asistir a las víctimas y hacer a los ofensores responsables. El tejido de la comunidad tiene la oportunidad de ser reparado.

“En la teoría de la justicia restaurativa reparar no significa, como en la teoría general del derecho de daños, compensar económicamente el daño causado la reparación tiene un valor mucho más profundo, sobre todo tiene un espesor ético que la hace más compleja que el mero resarcimiento, por eso sobrepasa la idea de reparación material entre

¹¹⁸ Ragueiro, Beatriz Nora, Apuntes Respecto De La Justicia Restaurativa [en línea], Formato PDF, citado 12/oct/09, disponible en internet <http://www.kennedy.edu.ar/mediacion/justiciarestau.pdf>

dañador y dañado; idealmente comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y la comunidad y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador la víctima es el punto de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego.”¹¹⁹

A continuación se presenta un cuadro comparativo entre la justicia retributiva y la justicia restaurativa

COMPARATIVO DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y RETRIBUTIVA

Justicia Retributiva	Justicia Restaurativa
1.El crimen es concebido como una violación de normas	1. El crimen es concebido como un daño a personas y a relaciones interpersonales
2. El Estado representa a la víctima	2. Las personas concretas y sus relaciones son las víctimas
3. El Estado y el imputado o autor son considerados las partes principales	3. La víctima y el autor del delito son considerados las partes principales
4. Los derechos y necesidades de las víctimas son ignorados	4. Los derechos y necesidades de las víctimas son centrales
5. Las heridas y necesidades del autor del delito son marginales	5. Las heridas y necesidades del autor del delito son relevantes
6. El delito se define en términos técnicos y legales	6. El delito se define en un contexto global: considera el ámbito moral, social, económico y político
7. La comisión de un delito da lugar a establecer la culpabilidad del autor	7. La comisión de un delito da lugar a establecer las responsabilidades y obligaciones del autor

¹¹⁹ Kemelmajer, Aída, *Op.Cit.*, p. 303

8. El autor contrae una deuda con la sociedad en abstracto	8. El autor contrae una deuda con la víctima en concreto
9. La deuda se paga a través del castigo o retribución	9. La deuda se paga a través de reparar el mal causado
10. Se presupone que el hombre tiene libertad de elección	10. Se reconoce el rol que juega el contexto social en la libertad del individuo, sin negar la responsabilidad personal del mismo
11. La justicia se centra en establecer la culpabilidad y en reprochar al autor su actuar delictivo	11. La justicia se centra en resolver el conflicto
12. La justicia se enfoca en el pasado	12. La justicia se enfoca en el futuro
13. Las necesidades de las partes son secundarias	13. Las necesidades de las partes son prioritarias
14. Es un modelo de justicia adversarial, de lucha	14. Es un modelo de justicia basado en el diálogo
15. Es obligatoria la imposición de dolor	15. Se enfatiza la reparación y la restauración
16. La restitución es ocasional	16. La restitución es lo normal
17. El Estado tiene el monopolio de la respuesta frente al delito	17. Se otorgan roles a la víctima, el autor y la comunidad
18. Los vínculos del autor con la comunidad son debilitados	18. Se incentiva la reinserción del autor en la comunidad
19. La justicia se mide por la correcta aplicación de normas	19. La justicia se mide por la restauración de las relaciones personales.

Cuadro 18, elaborado por RRL

Así pues tenemos que la justicia restaurativa es una vía que pareciera contraponerse al sistema retributivo de aplicación de Penas y el cual cuenta con diversos mecanismos y funcionamiento; todos ellos encaminados al mismo fin de restauración y de reintegración, sin embargo es importante señalar que su aplicación y funcionamiento será constreñido por el país que incorpore dicho mecanismo tomando en cuenta su forma de gobierno, política y sociedad entre otras cosas.

CAPÍTULO 4 ANÁLISIS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL SISTEMA PENAL MEXICANO.

En el sistema penal institucionalizado en nuestro país se detectan vacíos legales, prácticas arbitrarias, desconocimiento y falta de sensibilidad de los operadores jurídicos para atender la delincuencia, tal y como se ha tratado en el capítulo dos de este trabajo. La Práctica deficiente ha terminado por acabar la confianza de la ciudadanía en su gobierno y en sus instituciones como las Procuradurías Generales de Justicia en las Entidades Federativas y a nivel federal.

“Ha quedado manifiesto que una de las más evidentes inquietudes de la sociedad mexicana hoy día se refiere a la ineficacia del sistema de justicia penal en el país. Esto es, que la procreación e impartición de justicia lejos de satisfacer las necesidades de los sujetos que intervienen en su sustanciación, se han visto rebasadas por prácticas de corrupción e inequidad provocando que víctimas y acusados padezcan, indistintamente, la incertidumbre jurídica e impunidad que caracteriza al sistema.”¹²⁰

“La ley criminal no se hizo para proteger a la gente, por lo que no encuentra en ello su razón de ser, sino en el hecho de que el Estado monopolice el poder de castigar y reaccionar en contra de un evento delictivo, porque va en contra de los propios principios del Estado o en contra de los valores medios de la sociedad. La víctima en este sistema queda relegada, ya que el aspecto primario lo constituye el castigo y posteriormente, la reparación del daño. Si fuese ello posible.”¹²¹

El sistema penal identifica el delito con un daño al Estado, al orden público y la justicia funciona de manera que el responsable del delito y la víctima nunca se comunican, ocultando el conflicto que nace en el incidente. Puede ser que el caso nunca se resuelva por la falta de evidencia para llegar al responsable, o la falta de cooperación de éste. El hecho nunca es admitido y no hay resultados para la víctima. En el mejor de los casos, el responsable es enjuiciado y declarado

¹²⁰ Casanueva Reguart, Sergio E., Juicio Oral Teoría Y Práctica, México, Porrúa 2007, p 377

¹²¹ Ibidem, p 487

culpable. Aun así, no hay nada en ello para la víctima porque el daño personal o patrimonial persiste la mayoría de las veces.

“La importancia de la “victimología”¹²² ha motivado que los programas de asistencia a las víctimas crezcan alrededor del mundo. Precisamente porque el sistema tradicional las tiene marginadas, e inconscientemente las hace víctimas del sistema criminal”¹²³

Derivado de las aportaciones teóricas de ciencias como la Criminología y la Victimología, se empieza a cuestionar el sistema penal y se replantea la necesidad de volver a considerar a los protagonistas del conflicto, especialmente a la víctima. Nace la inquietud de volver a un sistema en el que se restauren los nexos entre la víctima, el ofensor, la sociedad y los encargados de administrar justicia.

La justicia nacional se ha visto rebasada por las necesidades de un cambio que permita que los procedimientos se sujeten a los principios jurídicos de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción, economía y concentración, con pleno respeto a los derechos humanos y garantías constitucionales.

De aquí que con la reforma constitucional que hubo respecto de la implementación del nuevo “sistema acusatorio”¹²⁴ en México; han sido diversas Entidades Federativas quienes han realizado ya reformas penales sustanciales que han abrogado y emitido un nuevo código penal que contiene los principios citados en el párrafo anterior y que aparejado a dicho sistema se encuentran los medios alternos de solución de conflictos en donde se ubica a la justicia restaurativa

¹²² ciencia multidisciplinar que se ocupa del conocimiento de los procesos de victimación y desvictimación, ..., de las diversas dimensiones de la victimación y de las estrategias de prevención y reducción de la misma, así como del conjunto de respuestas sociales, jurídicas y asistenciales tendientes a la reparación y reintegración social de la víctima.

¹²³ Idem

¹²⁴ A partir de la reforma constitucional de 2008 en el artículo 20 constitucional se estableció que el proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación, se amplían los derechos tanto del inculpado como de la víctima. Gobierno Federal, LX legislatura, Reforma constitucional de seguridad y justicia.

“Estimamos incuestionable la necesidad de adoptar mecanismos alternos en la administración de justicia, para que la sociedad pueda resolver u controversias no únicamente a través de procedimiento litigiosos, rompiendo los esquemas tradicionales y la utilización de nuevas alternativas de justicia, las cuales son ya inaplazables para el distrito federal, en el que predomina la violencia y la criminalidad y la tutela de la integridad física de la ciudadanía, de sus bienes y derechos, así como la preservación del orden y la paz pública se han visto disminuidos ¹²⁵

Para el responsable, un enfoque de justicia restaurativa ofrece una verdadera oportunidad de asumir el hecho y reparar su relación con la comunidad. Aunque todos los responsables de un delito pueden tener una o mil excusas para su comportamiento, el responsable puede crecer emocionalmente por este proceso al conocer el contexto personal de la víctima. Admite desde el primer momento que el daño se ha cometido contra una persona, un miembro de la comunidad. Va a las razones y causas del incidente. Abre la oportunidad de sanar y recuperar el dialogo. Sin duda, el ser víctima de un delito es infamante para la víctima, pero en la justicia restaurativa se empodera y gana una oportunidad de negociar en sus términos con el responsable; aunque, comúnmente, la víctima acepta menos de lo que el responsable está dispuesto a ofrecer. Simplemente, tiene la franca oportunidad de recibir una disculpa. Representa un conjunto distinto de oportunidades, con muchas más opciones para enfrentar cada situación. Más claramente, la función de un facilitador en un esquema de justicia restaurativa es mostrar los instrumentos y ponerlos a disposición de los implicados para que ellos se curen a sí mismos.

“En la medida de lo posible, la reparación debe beneficiar a la víctima. Desde el punto de vista teórico, esta solución se presenta como la más adecuada pero las cosas no siempre son sencillas y la respuesta depende de varios factores, tales como el interés de la víctima, la naturaleza de la infracción (robo, violencia, etc.), la disponibilidad de la víctima a la reparación, el riesgo de comportamiento excesivo de parte de la víctima o de sus representantes, etc.”¹²⁶

¹²⁵ Casanueva Reguart, Sergio E., Op. Cit., nota 119, p. 359

¹²⁶ Kemelmajer, Aída, Op. Cit., nota 95, p 307,

“Desde otra perspectiva se afirma que la reparación también opera a favor del trasgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de reinserción social, disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede incluso llegarse a ganar el respeto, en suma reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.”¹²⁷

La alternativa es un enfoque donde el responsable admite el hecho frente a la víctima y tiene la oportunidad de hacer algo para reparar el daño causado tanto a la víctima como a la comunidad. Para que la víctima pueda cerrar la herida del incidente, es necesario que haga saber al responsable el daño que ha causado en su vida.

La justicia penal restaurativa en el ámbito del derecho penal adjetivo dispone de una gama de procedimientos que correctamente conducidos atienden a las necesidades de respuestas, de reconocimiento, de seguridad y de reparación de las víctimas y los ofendidos del delito. Aun cuando prioriza a las víctimas o los ofendidos del delito y del daño, proporciona un espacio al delincuente, cuya finalidad es atender sus necesidades y lograr su reinserción social, permite que integrantes de la comunidad participen en procesos en los que, además de aportar elementos para recuperar a la víctima y al delincuente, resulte factible comprender las causas del fenómeno criminal y superar la sensación de victimización social, propone una nueva visión ciudadana sobre la seguridad pública y contribuye a la visión de alcanzar el orden y la paz públicos.

Los mecanismos alternativos de solución de conflictos en las entidades federativas de México entre los que destacan Chihuahua, Oaxaca, Zacatecas, Morelos, estado de México, y otros, no son tratados como falta de justicia sino de diversos mecanismos para conseguirla; consisten en diversos procedimientos mediante los cuales las personas puedan resolver las controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional, siempre que así lo contemple la legislación

¹²⁷ Idem

Las entidades federativas que se han mencionado y que ya cuentan con el sistema penal acusatorio e implementación de juicios orales se encuentran trabajando ya con la figura de la justicia restaurativa/alternativa por lo que es necesario realizar un cuadro comparativo de estos, a nivel legislación para desmembrar su funcionamiento y aplicación

El orden en que se presentan las entidades federativas que han implementado la justicia restaurativa y que aquí analizaremos, es cronológico con la finalidad de observar cómo se fueron incorporando en base a las experiencias de los Estados anteriores. Por esta razón a cada uno de los ellas se agregan algunos comentarios en cada una de las columnas donde se enuncian las semejanzas y las diferencias como a continuación se ve:

JUSTICIA RESTAURATIVA EN CHIHUAHUA			
SUSTENTO TEÓRICO	SUSTENTRO LEGISLATIVO	FUNCIONAMIENTO	ESTRUCTURA
Surge dentro del sistema acusatorio penal. Encaminado al ofendido y al imputado o condenado para participar conjuntamente de forma activa en la resolución de cuestiones derivadas del delito en busca de un resultado restaurativo. encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y de quien cometió el delito en la comunidad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.	<ul style="list-style-type: none"> ➤ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO EN SU TÍTULO SÉPTIMO. ➤ LA LEY DE JUSTICIA PENAL ALTERNATIVA DEL ESTADO DE CHIHUAHUA 	<p>UNIDAD DE ATENCION TEMPRANA:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. se les explica a los usuarios si el asunto puede ser atendido por medios alternos 2. Canaliza las denuncias o querellas y las remite al Centro de Justicia Alternativa <p>A.- Cuando se trata de delitos prudenciales en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido</p> <p>B.- Delitos de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas</p> <p>C.- Delitos que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional</p> <p>D.- Delitos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social.</p> <ol style="list-style-type: none"> 3. Los interesados promueven la aplicación de los medios alternos por escrito, ante la Unidad de Atención Temprana. 4. Se remite la solicitud al Centro, el personal especializado examinará el caso y determinará el medio alternativo aplicable al caso. 5. Comparecencia inicial <ol style="list-style-type: none"> a) Se le asigna un facilitador quien elaborara la invitación o citación a la persona contra quien se presenta la denuncia o querella a participar en el procedimiento correspondiente b) La primera sesión se programará dentro de un plazo que no excederá de tres días hábiles. c) Si este manifiesta su negativa para participar en el medio alternativo, se canalizará de inmediato el caso a la unidad de investigación criminal que corresponda. Después de cerrado el caso por la causa señalada en el párrafo anterior, si persiste el interés de ambas partes, se reabrirá y se señalará día y hora de la sesión la cual solo se llevará a cabo por única vez. 	<p>PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA</p> <ul style="list-style-type: none"> • CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DIVIDIDO EN • ZONAS, INTEGRADAS POR: • SECCIONES (DE ACUERDO A LAS técnicas de resolución de conflictos y de la clasificación especializada que se requiera • PERSONAL ESPECIALIZADO: Los facilitadores con habilidades y destrezas en técnicas de mediación, negociación, conciliación, entre otros, que lleven a cabo los medios alternos. <p>AUXILIARES</p>

Cuadro 19, elaborado por RRL

JUSTICIA RESTAURATIVA EN OAXACA			
SUSTENTO TEÓRICO	SUSTENTO LEGISLATIVO	FUNCIONAMIENTO	ESTRUCTURA
TIENE EL MISMO SUSTENTO TEÓRICO QUE EN CHIHUAHUA	<ul style="list-style-type: none"> ➤ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE OAXACA. ➤ LEY ORGANICA DEL MINISTERIO PUBLICO DEL ESTADO DE OAXACA CAPITULO VI <p>A diferencia del Estado de Chihuahua, Oaxaca aun no cuenta con una legislación especializada o específica para la aplicación de la justicia restaurativa</p>	No existe dentro de la legislación el procedimiento a seguir para el conocimiento de los asuntos en la aplicación de la justicia restaurativa	<ul style="list-style-type: none"> ▪ PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO. ▪ Subprocuraduría de Atención a Víctimas, Justicia Restaurativa y Servicios a la Comunidad ▪ Centro de Justicia Restaurativa, integrada por: <ul style="list-style-type: none"> • INTEGRADA CON LAS DIRECCIONES NECESARIAS PARA SU ADECUADO FUNCIONAMIENTO <p>Su estructura a diferencia de la estructura en el estado de Chihuahua, es más general</p>

Cuadro 20, Elaborado por RLR

JUSTICIA RESTAURATIVA EN ZACATECAS			
SUSTENTO TEORICO	SUSTENTRO LEGISLATIVO	FUNCIONAMIENTO	ESTRUCTURA
EL SUSTENTO TEORICO ES LO MISMO QUE EN CHIHUAHUA Y OAXACA	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE ZACATECAS Y LA LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE ZACATECAS Al igual que chihuahua y a diferencia de Oaxaca el Estado de Zacatecas cuenta con su propia ley de justicia alternativa	<p>FUERA O DENTRO DEL CONFLICTO. respecto de:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) hechos típicos culposos; aquéllos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; b) los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; c) en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional, d) en aquéllos cuya pena media aritmética no exceda de cinco años de prisión y carezcan de trascendencia social. <ul style="list-style-type: none"> • Deberán practicarse reuniones previas y por separado con la víctima y con el ofensor a fin de que el especialista o facilitador les informe, la importancia y ventajas de este sistema y para valorar las posibilidades y condiciones de llevar a cabo la reunión conjunta. • Estando de acuerdo las partes el especialista los convocará a una primer reunión restaurativa en donde: <ul style="list-style-type: none"> ○ Se explicara a las partes lo concerniente a este proceso ○ facilitará la comunicación entre las partes con el fin de que lleguen a un acuerdo para la reparación del daño. ○ Serán tantas reuniones como resulten necesarias. <p>Dentro del proceso.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Las partes pueden solicitar la remisión del asunto a un proceso restaurativo. • Recibido el asunto para ser sometido a un proceso restaurativo, el especialista o facilitador realizará una invitación al ofensor y a la víctima para que asistan al Centro de Justicia Alternativa y reciban información amplia acerca de este proceso alternativo de justicia. <p>Este Estado no obstante y a diferencia de Oaxaca tiene un funcionamiento determinado en su ordenamiento comparado con el de chihuahua no cuenta con una unidad de atención temprana que canalice los asuntos hacia la justicia restaurativa o bien hacia la Agencia Investigadora directamente; sin embargo contempla reuniones previas y separadas de la víctima y ofensor con el especialista y reuniones conjuntas con la finalidad de llegar a un acuerdo restaurativo</p>	<p>El Centro Estatal DE JUSTICIA ALTERNATIVA (ÓRGANO CON AUTONOMÍA) integrado por:</p> <ul style="list-style-type: none"> -Un Director General; -Un Subdirector; -Los especialistas que se requieran y que permita el presupuesto de egresos del Poder Judicial, y -El personal administrativo que sea necesario y que permita el presupuesto de egresos del Poder Judicial. -El especialista o facilitador que conduzca el proceso restaurativo -ESPECIALISTAS PÚBLICOS EN SEDE JUDICIAL -INSTITUCIONES PRIVADAS E INSTITUCIONES PÚBLICAS <p>En su estructura tiene la ausencia de algún órgano que canalice los asuntos sin embargo el órgano encargado de dicha figura es autónomo, cabe destacar que este estado contempla la figura de auxiliares de la iniciativa privada capacitados.</p>

Cuadro 21, elaborado por RLR

JUSTICIA RESTAURATIVA EN MORELOS			
SUSTENTO TEÓRICO	SUSTENTO LEGISLATIVO	FUNCIONAMIENTO	ESTRUCTURA
SE SUSTENTA EN EL MISMO MARCO TEORICO QUE EL ESTADO DE OAXACA, CHIHUAHUA Y ZACATECAZ al estar basado en el sistema acusatorio y de juicios orales	<ul style="list-style-type: none"> ➤ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MORELOS en su artículo 28. ➤ LA LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA EN MATERIA PENAL PARA EL ESTADO DE MORELOS <p>Este Estado regula la figura en su código de procedimientos penales y cuenta con su propia ley de justicia alternativa</p>	<p>Las Unidades de Orientación Ciudadana, Informan, y estudia las controversias para determinar si los canaliza al Centro,</p> <ul style="list-style-type: none"> • Los interesados podrán promover la aplicación de los medios alternos por escrito, ante la Unidad de Orientación ciudadana. • Remitida la solicitud al Centro, el personal especializado examinará el caso y determinará el medio alternativo aplicable al mismo. • El Orientador ciudadano encargado elaborará la invitación o citación a la persona contra quien se pretenda denunciar o querrelar a participar en el procedimiento • --La primera sesión se programará dentro de un plazo que no excederá de tres días hábiles. • Si se niega a participar en el medio alternativo, se canalizará el caso al Ministerio Público que corresponda. • Después de cerrado el caso por la negativa, si persiste el interés de ambas partes, se reabrirá y se señalará día y hora de la sesión. • Los medios alternos que procure el agente del Ministerio Público, a instancia de ellos y del juez de garantías en cualquier etapa del procedimiento penal, se podrán tramitar con el apoyo del personal especializado del Centro. 	<p>EL CENTRO DE JUSTICIA ALTERNATIVA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE MORELOS INTEGRADO POR:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Dirección General, y - La Subdirección de Acuerdos Reparatorios de cada Zona. <p>En cada Zona habrá las siguientes jefaturas:</p> <ol style="list-style-type: none"> I. Jefatura de Orientadores Ciudadanos; II. Jefatura de Notificadores; y III. Personal jurídico, administrativo, orientadores ciudadanos, notificadores y los especialistas, que el presupuesto permita. <p>Su estructura es muy similar a la estructura de chihuahua</p>

Cuadro 22, Elaborado por RRL

JUSTICIA RESTAURATIVA EN EL ESTADO DE MÉXICO			
SUSTENTO TEÓRICO	SUSTENTO LEGISLATIVO	FUNCIONAMIENTO	ESTRUCTURA
Igual que los Estados precedentes su marco teórico es el mismo	<p>➤ CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL ESTADO DE MÉXICO TITULO CUARTO CAPITULO</p> <p>Al igual que Oaxaca no cuenta con una Ley de Justicia Penal Alternativa como en el caso de los Estados de Chihuahua, Zacatecas y Morelos</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Para aquellos delitos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido; • los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas; • Aquellos que tengan señalada una pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión. <ul style="list-style-type: none"> ○ Los acuerdos reparatorios procederán hasta antes de decretarse el auto de apertura de juicio oral. ○ El juez de control, a petición de las partes, podrá suspender el procedimiento penal hasta por treinta días para que las partes lleguen a un acuerdo reparatorio. ○ El ministerio público o, en su caso, el juez de control, invitará a los interesados a que lleguen a acuerdos reparatorios en los casos en que proceda, y les explicará sus efectos y alcances ○ Si el imputado incumple sin justa causa las obligaciones pactadas, en el tiempo señalado el proceso continuará como sino se hubiera celebrado acuerdo alguno. ○ El cumplimiento de lo acordado extinguirá la acción penal. <p>No nos constriñe a un procedimiento determinado ante una autoridad determinada</p>	A diferencia de CHIHUAHUA, OAXACA, ZACATECAZ Y MORELOS El Estado de México no cuenta con una estructura definida y específica para el funcionamiento de dicha figura, esta únicamente encargada al ministerio Público y al Juez de control antes del auto de apertura del juicio y el acuerdo queda bajo la supervisión del juez de control

Cuadro 23, elaborado por RRL

De los cuadros anteriores tenemos que algo que presentan en común y que puede dificultar el buen funcionamiento de ella, es el hecho de ser sometido a voluntad de las partes; ya sea de la víctima o del agresor queda en todos los casos, en manos de cualquiera de las partes la decisión de que cada uno de los asuntos llegue hasta a la agencia investigadora.

Como se ve se da un cambio en la estructura y funcionamiento de la procuraduría al integrar los centros de Justicia alternativa por lo que se necesita la capacitación de expertos en justicia penal restaurativa, y que los procedimientos que comprende esta corriente del derecho penal, se apliquen a las salidas alternas a la audiencia del juicio para garantizar a los ciudadanos que las excepciones al principio de legalidad no afectan el compromiso del Estado y de la sociedad de alcanzar la reinserción social del ofensor.

Los programas de justicia restaurativa, para que cumplan con el objetivo de la aplicación de la justicia, deben incorporar elementos de inclusión, reparación y reintegración. Deben atender a criterios de integración y complementariedad tales como:

- Mediación entre víctima del delito o del daño y delinciente,
- Reuniones o conferencias de restauración.
- Círculos en sus distintas modalidades: de conciliación, de sanación, de sentencia y de apoyo.
- Programas de restitución.
- Foros asociativos.

Sin embargo cabe destacar que del análisis y comparación que se ha realizado respecto del funcionamiento de esta figura en nuestro país sólo se desprende la conciliación como reparación del daño a través de un facilitador sin tener la posibilidad de verificar que efectivamente se atiendan los criterios antes señalados

Las Procuradurías de Justicia y los Tribunales, deben comprometerse a diseñar programas de justicia restaurativa y a instrumentar su operación en las comunidades.

Los programas de asistencia a las víctimas del delito deben orientarse como se vio en capítulos anteriores a:

- 1) Aumentar su participación en el proceso
- 2) Brindarles representación legal cuando tengan necesidad de esta.
- 3) Establecer medidas cautelares de protección y seguridad
- 4) Apoyar su recuperación física y psicológica

Debe instrumentarse de acuerdo con los principios enunciados en la misma, pero sin violar las garantías que contiene nuestra Carta Magna, por lo que se propuso crear, en las leyes secundarias un sistema que responda al orden jurídico mexicano. Sin embargo la creación de las mismas no garantizan un buen funcionamiento y una respuesta favorable contra el índice de delincuencia.

Para evitar los apresuramientos y errores en la estructura del nuevo sistema de justicia, se invitó a las Entidades Federativas, el Distrito Federal y la Federación a ocuparse del financiamiento anticipado y constante del nuevo modelo en las leyes presupuestales de cada año, ya que según los transitorios de la reforma desde el año 2009 se debieron aportar recursos para crear leyes, infraestructura y capacitación, no sólo de Jueces, Ministerios Públicos, Defensores de Oficio, Peritos y Policía, sino también de los abogados a quienes corresponde cumplimentar la garantía del inculpado a recibir una defensa adecuada a fin de evitar la nulidad del procedimiento. La capacitación de los operadores del nuevo sistema, incluyendo a los abogados, es la piedra angular de la reforma, pero debe incluir no sólo la teoría sobre la estructura, dinámica y fines de juicio oral, sino su aspecto práctico, es decir, la litigación, así como el estudio de los mecanismos alternativos de solución de controversia desde el enfoque de la justicia penal restaurativa, sin embargo cabe destacar que a la fecha en el Distrito Federal en el ámbito de Justicia Penal Federal ni siquiera se vislumbra aun la creación de

nuevos códigos y menos aún la implementación del sistema acusatorio y con ello los mecanismos de justicia alternativa aquí tratada.

El papel de la defensa en las legislaciones que han incluido ya el sistema acusatorio, es restringido durante la averiguación previa, y subsiste la posibilidad de que esta fase procesal se realice en secreto, lo que disminuye la participación del acusado y la posibilidad de que se le aplique oportunamente alguna de las salidas alternas al juicio que las mismas legislaciones prevén como posibilidad de resolver un conflicto de índole penal. Siempre habrá sectores que sentirán que su participación en un sistema de justicia restaurativa es relativamente reducida, como los abogados independientes que dependen de los juicios penales. Ya que como se refleja en los cuadros la participación de ellos como facilitadores únicamente se encuentra contemplada por el Estado de Zacatecas.

Más que una herramienta del sistema de justicia penal, la justicia restaurativa debe ser un nuevo paradigma, un conjunto de herramientas alternativo. Es un proceso donde todos los involucrados en un delito se reúnen para resolver colectivamente cómo tratar las consecuencias del incidente y sus implicaciones para el futuro.

En los cuadros algo de relevancia es el aspecto respecto de qué delitos se pueden someter a la justicia restaurativa, de donde se desprende que la mayoría son los mismos delitos que en los cuales procede el perdón en el sistema penal antes de la reforma y sólo se adhieren a estos los robos sin violencia que en la mayoría de los casos son los menos ocurridos.

La transformación del sistema penal tradicional a uno oral, acusatorio y adversarial, no valdrá la pena y resultará un simple cambio de nombres, títulos y de fracasos, si no produce mayor seguridad, libertad, igualdad, justicia y paz para los ciudadanos.

De la implementación del sistema acusatorio en nuestro país se ha comenzado a trabajar con el sistema alternativo de la justicia restaurativa lo que hace preciso analizar los resultados numéricos que ha tenido la aplicación de la misma en algunas de las Entidades Federativas a las que se ha hecho referencia, misma que se ve reflejada en los siguientes cuadros tomando información proporcionada por el Instituto Federal de Acceso a La Información de cada Estado:

En Justicia Restaurativa, en el Estado de Oaxaca 2007		
Partes del proceso	Frecuencia	Porcentaje
Aperturados	61	100
Trámite	9 de 61	14.75
Resueltos por convenio	14 de 61	22.95
Concluido por otras causas	38 de 61	62.29

Cuadro 24, elaborado por RRL con base en TITULAR DE LA UNIDAD DE ENLACE DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE OAXACA 2010 OFICIO UEPJ/017/2010

Con base en los datos proporcionados por el poder Judicial de Oaxaca se aprecia que en el año 2007, se abrieron 61 casos de justicia restaurativa y de los cuales se resolvieron por convenio 14, que es la innovación de aplicar la justicia restaurativa dando un 22.95 % de los casos sometidos a esta y por otra vía que no es la propuesta de este tipo de justicia se concluyeron 38 asuntos que es el 62%, encontrándose en trámite 9=14.75%. Por lo que la aplicación de dicha figura con resultados óptimos es menor a una cuarta parte de los que se someten a ella.

En Justicia Restaurativa, en Zacatecas 05/01/2009-15/04/2010		
Partes del proceso	Frecuencia	Porcentaje
Aperturados	129	100
Resueltos por convenio	56	43.41

Cuadro 25 elaborado por RRL con base en Títular de la Subcomisión Técnica para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y Dirección de Informática. Oficio 00080610

Con los datos proporcionados por la Subcomisión Técnica para la Implementación del Nuevo Sistema de Justicia Penal y Dirección de Informática del Estado de Zacatecas, Tenemos que de los casos sometidos para ser resueltos en la vía de la justicia restaurativa son a la fecha el 43% aquellos que se han resuelto de manera satisfactoria

Justicia Restaurativa en Morelos del 30 de octubre de 2008 al 04 de Mayo de 2010		
Partes del proceso	Frecuencias	Porcentaje
Aperturados	5,512	100
Resueltos Favorablemente	1,796	32.58
En proceso de solución	1,379	25.01
No conciliados	2,337	42.39

Cuadro 26 elaborado por RRL con base en Escobar Tellechea, Raymundo, Procuraduría General de Justicia del Estado de Morelos, Oficio 00126910

Por lo que respecta al Estado de Morelos el mismo presenta un 32.58 % de casos resueltos favorablemente , siendo un 42.39% sin conciliar y un 25% en proceso

de solución, de donde se desprende que es menos de la mitad de los casos sometidos a la justicia restaurativa los que se han resuelto de manera favorable.

En Justicia Restaurativa en el Estado México		
Etapa de la aplicación de convenios en los procesos penales	Distrito del Estado de México	Frecuencias
Causas Sobreseídas en el Sistema Penal Acusatorio, Adversarial y Oral	Toluca	27
Causas Sobreseídas en el Sistema Penal Acusatorio	Tenango del Valle	12
Causas Sobreseídas en el Sistema Penal Acusatorio	Lerma	4
Causas Sobreseídas en el Sistema Penal Acusatorio	Tenancingo	6
Causas del 2009 en Suspensión Condicional del Proceso a Prueba	Toluca de Lerdo	17

Cuadro 27 Elaborado por RRL con base en Gómez Ruiz, Omar. Unidad de Información.

Procuraduría General de Justicia, 2010.

Oficio 193/MAIP/PGJ/2010 a solicitud de la autora

Por lo que respecta al Estado de México cabe destacar que es el último de los Estados de los aquí citados que comienza a aplicar dicha figura; y que la información que envió no es muy específica, toda vez que si bien nos refiere el número de causas sobreseídas en 5 Distritos por justicia restaurativa y los que se encuentran en trámite en Toluca Lerdo; no nos proporciona el número de asuntos

sometidos a ésta. Dada esta circunstancia para poder tener un dato estadístico cercano respecto del Estado de México a continuación se muestran cuadros elaborados con datos de las entidades federativas anteriores para calcular el promedio de los asuntos que pudieron someterse en los tres meses marcados por el Estado de México y cuántos fueron resueltos favorablemente, tomando el último dato de los asuntos sobreseídos en los diferentes distritos.

		FRECUENCIA	TIEMPO
ESTADO DE MÉXICO	SOBRESEÍDOS	66	3 MESES
MORELOS	RESUELTOS POR CONVENIO	1796	19 MESES
ZACATECAZ	RESUELTOS POR CONVENIO	56	15 MESES
OAXACA	RESUELTOS POR CONVENIO	14	12 MESES
		1932	/ 49 = 39.43

Así pues en base a estos datos podemos enunciar sin que esto sea limitativo, que en general la implementación de esta figura con resultados favorables respecto de los que se han sometido a ella es menor al 50% lo que nos indica que no tiene un índice de viabilidad alto respecto a que disminuya considerablemente el índice de procesos penales. Más aun tomando en consideración que algunas de las causas por las que no se da es debido a que no es localizado el indiciado o probable responsable.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Ventajas	Desventajas
Mayor rapidez para la resolución de litigios	Falta de supervisión experta
Menor costo económico para los particulares	Posible parcialidad
Menor costo emocional	Imposición del más fuerte, ya sea en lo económico, social o psicológico
Descongestionamiento de instancias gubernamentales, principales juzgados y ministerios públicos	Falta de cuadros especializados
Cumplir una función cívica, en el sentido de que enseñan a los ciudadanos a prever y resolver sus conflictos de forma privada	Alto costo económico para el país
	Falta de verdaderos mecanismos restauradores
	No incluyen delitos diferentes a aquellos en los que procede el perdón en el sistema actual.

Cuadro 28, Elaborado por RRL

Si se toman en cuenta las desventajas que se mencionan en el cuadro podemos decir que una vez más el Estado reproduce a través de esta figura las relaciones sociales que lo fundamentan, que condensa de forma material y visible una relación de fuerzas, siendo la justicia restaurativa parte de un mecanismo de

control formal a través de la ideología, que como se mencionó a lo largo de este trabajo, concierne también a una serie de prácticas materiales que se extienden a los hábitos, las costumbres, el modo de vida, y se moldea en el conjunto de las prácticas sociales, como la aplicación de sanciones a quienes atentan contra la ley, a aquellos cuya conducta no se adecua, que se encuentra arraigada en nuestra sociedad y que se fomenta en cada acto del estado a través de sus mecanismos de control formales e informales.

Por lo tanto la impartición de penas sigue siendo un mecanismo de control social que viene a constituir una de las partes más importantes de retroalimentación del sistema social para conservar su estabilidad. Los lenguajes usados para la implementación de la justicia restaurativa en nuestro sistema penal han sido usados por todos aquellos que quieren producir y transmitir un discurso, garantizando a través de la misma, el respeto a los derechos de las personas y responder a las evidentes inquietudes de la sociedad mexicana respecto de la ineficacia del sistema de justicia penal, que lejos de satisfacer las necesidades de los sujetos que intervienen en su sustanciación, buscan la aplicación de penas.

Sin embargo, los cuadros donde se analizan las legislaciones así como los estadísticos arrojados por el IFAI reflejan cómo el Derecho penal sirve para hacer cosas diferentes de las que él mismo dice querer hacer; por lo que no es, en sí mismo, un objeto ideal. Así pues una vez más vemos que el problema fundamental no se limita a las causas del fracaso de dicha figura sino más bien a la cuestión de saber en qué medida dicho fracaso responde a relaciones de poder dentro del cual el Derecho cumple una función determinante. De esta manera, el asunto no es que la Figura de la justicia restaurativa no sirva o choque con la realidad ya que como se analizó en el capítulo tres de este trabajo, es un nuevo paradigma que se da como respuesta a los delitos y que ha sido aplicado por otros países con resultados viables.

El problema es que la implementación de la misma pareciera ser sólo enunciativa, como si los propios organismos que intervienen en regularla y aplicarla persiguieran con ella su ineficacia, ya que el fin declarado es dar un lugar preponderante a la víctima y al ofensor con la participación de la sociedad, lo que

no se ve plasmado en las legislaciones que cada entidad Federativa ha adecuado para su implementación y mucho menos en la práctica de dicha figura, construyendo toda una ilusión, un mundo donde la realidad está desplazada y en su lugar se presenta otra imagen como real.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES TEÓRICAS

ESTADO: Régimen mixto de dominación, autoridad y dirección cuyas características principales son la concentración de poder, creación de normas jurídicas y determinación de acción mediante el depósito de la soberanía en él y cuya función es la reproducción de las relaciones sociales que lo fundamentan.

PODER: posibilidad de conseguir que una o más personas actúen conforme a su voluntad e imposición de su autoconciencia a través de diversos mecanismos.

CONTROL SOCIAL. Conjunto de mecanismos e instancias de los cuales la sociedad, de una u otra forma induce a sus miembros a comportarse acorde con las normas, valores culturales predominantes en un lugar y tiempos determinados

DERECHO PENAL: Mecanismo de control social formal que encierra un discurso, mismo que legitima las relaciones de poder existentes y sirve para su transformación y que debe ser ordenado y coherente para generar seguridad, confianza y aceptación en aquellos a quienes su mensaje va dirigido.

JUSTICIA RESTAURATIVA: respuesta sistemática frente al delito, que enfatiza la sanación de las heridas causadas o reveladas por el mismo en víctimas y comunidades cuya finalidad es terminar con la noción de castigo vinculada a la idea de hacer justicia, que se respete la dignidad humana y que genere una ganancia para cada uno de sus protagonistas

CONCLUSIONES METODOLÓGICAS

Para realizar un estudio semejante a éste es necesario tomar en cuenta: el poder del Estado reflejándose a través de su control social formal que se actualiza en el derecho penal y las penas a través de sus fines, teniendo en consideración el sistema penal actual y el nuevo sistema que se está implementando como acusatorio que es en el cual surge la figura de la justicia restaurativa, para

verificar sus antecedentes y mecanismos como uno de los medios de intervención mínima del derecho penal.

Para este trabajo fue necesario analizar diferentes legislaciones en materia penal dentro de México en específico en las entidades federativas que han abrogado la antigua ley penal y promulgaron un nuevo código penal que incluye la reforma constitucional respecto del cambio al sistema acusatorio, en este tenor se realizó una revisión de leyes específicas que algunos de estos cinco Estados implementaron bajo el rubro de justicia alternativa y/o restaurativa.

En base al párrafo anterior se realizó una comparación entre las legislaciones de los diversos Estados en relación al apartado de la justicia restaurativa y se solicitaron datos del Instituto Federal de Acceso a la Información para observar cuántos asuntos se han llevado a cabo en esta vía en cinco Estados (Chihuahua, Oaxaca, Zacatecas, Morelos y Estado de México). También se observaron los datos arrojados por el Instituto Federal de Acceso a la Información respecto de los casos sometidos a la nueva figura de la justicia restaurativa para ser resuelta y aquellos que se resolvieron favorablemente. Una vez obtenidos estos datos se analizó el porcentaje de asuntos que se resolvieron favorablemente.

CONCLUSIONES TÉCNICO INSTRUMENTALES

Dado que el método general de esta investigación fue el comparativo se realizaron diversos cuadros con la finalidad de que el análisis sea más claro.

En la pagina 89 se encuentra el cuadro 14 llamado alternativas a la prisión, este cuadro fue elaborado en base a argumentos teóricos y la función de las figuras que ahí se mencionan como alternativas a la pena de prisión. Este cuadro nos sirve para ubicar a la Justicia Restaurativa dentro de las alternativas que actualmente existen para evitar la pena de prisión así como la intervención judicial.

En el cuadro 18 que está en la página 108 a la 110, encontramos una comparación del sistema penal retributivo con la justicia restaurativa que nos ayuda a discernir que los rigen diferentes principios y fines, para darnos cuenta que la justicia restaurativa es una figura innovadora y diferente al sistema actual en México.

De la página 115 a la 118 se encuentran cuadros comparativos entre cinco Entidades federativas de México que se tomaron como modelos para analizar el sustento teórico, sustento legislativo, funcionamiento y estructura con la que cuentan para aplicar esta figura en sus entidades federativas, este cuadro nos es de utilidad a fin de analizar como se ha ido implementando esta figura en México y como se ha estructurado para su aplicación los organismos institucionales.

Por último tenemos los cuadros basados en la información que se recibió por el Instituto Federal de Acceso a la Información respecto de cuantos asuntos se sometieron a la justicia restaurativa en determinado período y cuantos se resolvieron de manera favorable en las entidades federativas tomadas como referencia, información que nos sirve para comparar y verificar que tan funcional ha sido la aplicación de esta figura en esos Estados.

CONCLUSIONES TEMÁTICAS

El modelo de Justicia Restaurativa, hace concluir, que efectivamente constituye un nuevo paradigma, una nueva forma de ver el derecho penal, desde un punto de vista del llamado Derecho penal mínimo; sin embargo, no hay que dejar pasar que la Justicia restaurativa, deriva de la corriente victimológica, que busca el rescate de los derechos de las víctimas y que viene a complementar el sistema de justicia retributiva sin pretender su eliminación y no pretende la abolición del Derecho penal.

La reforma que hasta ahora se ha llevado a cabo en diversos Estados contempla la Justicia Restaurativa y el principio de legalidad, sin que esto implique vulnerarlo, dando lugar al principio de oportunidad y alienta la justicia restaurativa,

que se basa en la armonía entre los hombres, y propone una fórmula alternativa del proceso penal y de la pena basada en el reconocimiento del protagonismo de la víctima, y de una toma de conciencia real del delito perpetrado por parte del agresor y de la real satisfacción de las necesidades e intereses de ambos, resignificando las relaciones sociales que ya existían o que pueden generarse entre las partes, la importancia o interés por el otro, y a salvaguardar los derechos fundamentales de la vida, la libertad y la dignidad humana.

Ya existen leyes específicas de justicia restaurativa dentro de las legislaciones de algunos Estados, aunque aun no en todos en los que ya se esta aplicando. Se requiere especialización en todos los grados, autoridad, órdenes y personal que intervenga en el proceso de justicia restaurativa.

REFLEXIÓN PERSONAL

En contraste con la hipótesis propuesta tenemos que la Justicia Restaurativa que se imparte en México no cumple con los fines declarados de la misma ni con la disminución de los procesos penales. Es preciso implementar de manera tangible y real los mecanismos propuestos por la justicia restaurativa bajo los principios que la rigen y no quedarnos en una simple conciliación o reparación del daño que tendría los mismos efectos y la poca trascendencia que en un otorgamiento de perdón en los delitos de querrela y en base a los cuadros que se encuentran en el capítulo cuatro tenemos que existe la necesidad de una homologación en las legislaciones de los diversos Estados respecto de la aplicación de esta figura.

Del mismo capítulo cuarto, en base a las estadísticas arrojadas por los institutos que enviaron información de la aplicación de la justicia restaurativa tenemos que en todos los Estados es menos de la mitad de los asuntos sometidos a esta figura, los Que se resuelven de manera favorable.

PROPUESTA

Es necesario realizar una homologación de las legislaciones referentes a Justicia Restaurativa a fin de que ésta se aplique de igual forma en toda la República Mexicana, ampliando el catálogo de delitos en los que proceda, siempre y cuando esta práctica reúna las características de responsabilidad, restauración y reintegración a través de mecanismos de encuentro e inclusión, capacitando a todo el personal destinado a participar en la impartición de esta figura. Se requiere cumplir el objetivo declarado por la Justicia Restaurativa. Así también, resulta necesario informar a la población respecto de la función y fin de la misma, promoviendo su aplicación, haciendo saber las ventajas que la misma conlleva para lograr la participación de la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Arilla Bas, Fernando, Derecho penal parte general, México, Porrúa, 2001,
- Arnaiz, Aurora, Ciencia política, México, Pax-México, 1976
- Bergalli Roberto, El Poder Penal Del Estado, Buenos Aires, De Palma, 1985
- Beristain Antonio y Newman Elias, Criminología Y Dignidad Humana: Diálogos, Buenos Aires, Universidad, 2004
- H. Bringas, Alejandro, Las cárceles mexicanas una revisión de la realidad penitenciaria, México ed. grijalbo 1998
- Bustos Ramírez, Juan, Introducción Al Derecho Penal, Santa Fe De Bogotá, Temmis, 1994
- Bustos Ramírez, Juan, Control Social Y Derecho Penal, Barcelona, PPU, 1989
- Correas, Oscar, Introducción a la sociología jurídica, México , Fontamara, 1999
- Del Olmo, Rosa, América Latina y su criminología, México ed. Siglo XXI 1981
- De la barrera Solórzano, Luis, Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios, México. ed. Porrúa 1985
- Fernández Muñoz, Dolores Eugenia La Pena de Prisión Propuestas para Sustituirla o abolirla, México, UNAM 1993
- Ferrajolli, Luigi, Derecho y razón: Teoría del Garantismo penal, Editorial Trotta, Madrid España 2009
- García García, Guadalupe Leticia, Derecho ejecutivo penal, México, Porrúa 2005
- García García, Guadalupe Leticia, Historia de la pena y sistema penal mexicano, México, Porrúa, 2010
- García Ramírez Sergio; Vargas Casillas, Leticia, Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000) primeras jornadas sobre justicia penal, México, UNAM 2001
- González Vidauri, Alicia y Otros, Control Social en México, D.F., México, Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Estudios Superiores Acatlán, 2004

Henrich Jescheck, Hans, Tratado de derecho penal parte general, España, Comares, 1993

Jiménez de Asua, Luis Tratado de derecho penal; tomo II, Filosofía y ley penal, Buenos Aires, editorial losada, S Jiménez Gilberto, Poder, Estado y discurso, México, UNAM, 1989,

Lamnek, Siegfried, Teorías de la criminalidad, México, editorial Siglo XXI, México 1980

Marco del Pont, Luis, Derechos Penitenciarios, México, editorial Cárdena, México 1995

Mezguer, Edmundo, Derecho penal, Tomo I editorial Valleta, México 2004.

Mendoza Bremauntz, Emma, Derecho Penitenciario, México, editorial mcgraw-hill interamericana, 2007

Ramírez, Juan Manuel. Penología México, editorial Porrúa, México 1997

Rodríguez, Luis. Penología, México, editorial Porrúa, México 1998

Rodríguez Manzanera, Luis. Derecho Penitenciario, 1ª edición, editorial Porrúa, México, 1998

Romo Medina, Miguel, Criminología y derecho, México, UNAM, 1989

Sánchez Sandoval, Augusto, Sistemas ideológicos y control social, México, UNAM, 2008

Sanz Mulas, Nieves alternativas a la pena de prisión, MEXICO, INACIPE, 2004

Serra Rojas, Andrés, Ciencia Política, México, Porrúa 1976

Von Liszt, Franz La idea de fin en el derecho penal, México UNAM, 1994,

Zaffaroni Eugenio, Raúl. En busca de las penas perdidas deslegitimación y dogmática, Buenos aires, Ediar 2003,

Zaffaroni Eugenio, Raúl. *Hacia Un Realismo Jurídico Penal Marginal*, 1ª edición, Venezuela, Monte Ávila editores Latinoamericana, 1993

Bach, Katherina, Revista Historia, Un Acercamiento al Origen De La Justicia Restaurativa [citado 16/oct/09], en línea http://www.justiciarestaurativa.com/Revista_Historia.htm

Bergamini Miotto, Aida, “penas cumplidas en prisión y en la comunidad”, Goias, Brazil, p. 103 [citado 10/oct/2009] <http://www.ilanud.or.cr/A032.pdf>

Díaz Colorado Fernando y Carolina Gutiérrez De Piñeres B, Aproximaciones A La Justicia Restaurativa, Concepto, origen y principios [citado 08/oct/2009] ,en línea <http://psicologiajuridica.org/psj167.html>

Gutierrez de Piñeres, Carolina, No Es Posible La Justicia En Ausencia De Los Actores de Un Conflicto: Una Reflexión Desde La Justicia Restaurativa [citado 15/oct/2009] <http://Psicologiajuridica.Org/Psj206.Html>

Justicia Restaurativa en línea (citado 04/0ct/2009)) en línea <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/inclusión>

Kemelmajer, Aída, En Búsqueda De La Tercera Vía, La Llamada Justicia “Restaurativa”, “Reparativa”, “Reintegrativa” O “Restitutiva”, p. 291, [En línea] México UNAM, (citado 10/dic/2009) Formato PDF, disponible en internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1723/15.pdf>

Poulantzas, Nico, Estado, poder y socialismo, México. Siglo XXI, 1979

Programa Educación para la Paz de Iglesias de Guatemala y la oficina CLAI Guatemala e Instituto de Estudios Políticos y Sociales/IPES, Resolución de Conflictos, Mediación y Justicia Restaurativa: Una Propuesta de Paz para la Democracia y la Justicia [Alder, C & Wundersitz, J. Family Conferencing and Juvenile The Way Forward” or Misplaced Optimism Canberra, Australia: Australian Institute of Criminology.]. Citado (15/10/2009), en línea http://www.colegiomediacion.com/justicia_restaurativa.htm

Ragueiro, Beatriz Nora, Apuntes Respecto De La Justicia Restaurativa [en línea], Formato PDF, citado 12/oct/09, disponible en internet <http://www.kennedy.edu.ar/mediacion/justiciarestau.pdf>

Van Ness, Daniel y Karen Heetderks Strong, Restoring Justice. (2da Edición, Cincinnati: Anderson Publishing) (citado 04/0ct/2009)) en línea <http://www.justiciarestaurativa.org/intro/xvalues/encounter>