

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
SUBDIRECCIÓN DE POSGRADO**



**TESIS
NUEVOS PARADIGMAS DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN
MÉXICO**

**PRESENTA:
JOSÉ MANUEL LÓPEZ VALERO**

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA N.L. JULIO 2014



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
SUBDIRECCIÓN DE POSGRADO**



TESIS

NUEVOS PARADIGMAS DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN MÉXICO

PRESENTA:

JOSÉ MANUEL LÓPEZ VALERO

PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO

DIRECTOR DE TESIS:

DR. JOSÉ ZARAGOZA HUERTA

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA N.L. JULIO 2014

ÍNDICE

Índice.....	2
Introducción.....	5

Capítulo Primero

Evolución de la Ejecución de las Penas en México.....	18
Introducción.....	19
1.1 Las penas en la Escuela Clásico.....	19
1.2 El Positivismo Penal.....	24
1.2.1 Representantes de la Escuela Clásica.....	25
1.2.2 Postulados de la Escuela Clásica.....	26
1.2.3 Diferencias entre la Escuela Clásica y la Escuela Positiva...	27
1.3 La Criminología Positivista.....	28
1.4 La Escuela Correccionalista.....	30
1.4.1 Postulados.....	32
1.4.2 La Pena.....	32
1.4.3 Fin de la Pena.....	32
1.4.4 Procedimientos para la Corrección.....	33
1.5 La Escuela Sociológica y el Control Social.....	34
1.5.1 La Escuela Sociológica.....	34
1.5.2 Representantes de la Escuela Sociológica.....	34
1.5.2.1 Pierre Auguste Comte.....	35
1.5.2.2 Émile Durkheim.....	36
1.5.2.3 Maximiliano Leopold Von Wiese.....	38
1.5.2.4 Max Scheler.....	38
1.5.2.5 Carlos Marx 1818-1883.....	39
1.5.2.6 Friedrich Engels 1820-1895.....	40
1.5.2.7 Max Weber 1864-1920.....	41
1.5.2.8 Carlos Mannheim 1893-1947.....	42
1.5.2.9 Franz Ritter Von Liszt 1851-1919.....	43

1.5.3 Origen y Evolución del Término Control Social.....	44
1.5.3.1 Concepto de Control Social.....	44
1.5.4 Representantes.....	49
1.5.4.1 Darío Melossi.....	49
1.5.4.2 Massimo Pavarini.....	50
1.5.4.3 Eugenio Raúl Zaffaroni.....	51
1.5.4.4 Michel Foucault.....	53
1.6 Teoría Sistémica.....	71
1.7 La Escuela Técnico Jurídica.....	78

Capítulo Segundo

La individualización de la Pena.....	80
Introducción.....	81
2.1 Concepto de la Individualización de la Pena.....	81
2.2 Aspectos de la Individualización de la Pena.....	89
2.3 Medios Legales adecuados para la Individualización de la Pena..	98
2.4 Individualización Penitenciaria en el Derecho Argentino...	101
2.5 Individualización de la Pena en el Derecho Mexicano.....	102
2.5. 1 Individualización Legislativa.....	105
2.5. 2 Individualización Judicial.....	108
2.5. 3 Individualización Ejecutiva.....	117
2.6 La Aplicación de la Pena y el Poder Discrecional del Juez...	123
2.7 El Arbitrio Judicial y el Poder Discrecional.....	125
2.8 Historia de las Penas.....	126

Capítulo Tercero

Los Sistemas Carcelarios.....	129
Introducción.....	130
3.1 Prisión Preventiva.....	133
3.2 La Prisión y sus Efectos en el Proceso Penal.....	136

3.3 La Pena de Prisión desde la Perspectiva Carcelaria.....	137
3.4 Clasificación de la Pena de Prisión en Orden a su Duración.....	138
3.5 Sistema Carcelario Panóptico.....	140
3.6 Críticas y Oposición a las Cárceles.....	146
3.7 Alternativas a la Prisión en el Proceso Penal.....	153
3.7. 1 La Conversión de la Pena por Multa.....	154
3.7. 2 Condena Condicional.....	162
3.7. 3 Trabajo en Beneficio de la Comunidad.....	165
3.7. 4 Arresto de Fin de Semana.....	167
3.7. 5 Suspensión de Juicio a Prueba.....	170

Capítulo Cuarto

El Juez de Ejecución de Sanciones Penales como Garante de los derechos Humanos.....	173
Introducción.....	174
4.1 El Juez de Vigilancia Penitenciaria.....	174
4.2 Función Social del Juez de Ejecución Penal.....	178
4.3 Origen del Juez de Ejecución de Sanciones Penales en México..	178
4.4 El Juez de Ejecución Penal en el Derecho Comparado...	183
4.4. 1 La Ejecución Penal en el Derecho Español.....	183
4.4. 2 La Ejecución Penal en Francia.....	185
4.4. 3 La Ejecución Penal en Italia.....	185
4.4. 4 La Ejecución Penal en Costa Rica.....	186
4.4. 5 La Ejecución Penal en Argentina.....	187
Conclusiones.....	191
Bibliografía.....	193

INTRODUCCIÓN

Hasta antes de la reforma constitucional de 2008 se sostenía, válidamente, que una vez que el juzgador dictaba su sentencia definitiva se olvidaba posteriormente de los efectos de la misma, delegando su resolución en órganos administrativos ajenos al poder judicial generalmente subordinados al poder ejecutivo, quiénes tenían a su cargo todo el procedimiento de la ejecución de la pena a partir de la sentencia ejecutoria que emitía el Poder Judicial.

Asimismo, supone un cambio significativo en la conceptualización a la figura del delincuente. El enfoque pasa de un estado psicológico, en donde lo preponderante es la readaptación a un estado social, dónde el objetivo es la reinserción¹ para encauzarlo hacia la sociedad nuevamente.

El Derecho Penal moderno considera que la pena debe adecuarse a la personalidad (características personales basadas en las motivaciones, experiencias, relaciones ínter e intra-personales, etc. O sea, en las características biopsicosociales del sujeto) del delincuente para que realmente sea justa y equitativa y, de esa manera, permita cumplir eficazmente la función reeducadora, correctiva que se le suele asignar y, como fin último,

¹ Esta nueva formulación de los fines preventivo especiales en el ámbito de la ejecución de la pena arranca de las críticas y el fracaso de las pretensiones resocializadoras más ambiciosas y que a la postre ha servido sobre todo como un poderoso instrumento legitimador de la prisión gracias al cual lejos de convertirla en una pena excepcional de última ratio, se nos aparece no solo como la pena hegemónica en relación con las demás, sino que en si misma considerada se emplea con más intensidad y frente a más infracciones que en cualquier otro momento de su historia. La reinserción social nos sitúa frente a un condenado más real, más concreto; ante un sujeto con muchas carencias, algunas de las cuales tiene su origen en su propia condición de recluso. El sistema penitenciario no puede pretender, ni es tampoco su misión hacer buenos a los hombres, pero si puede, en cambio, tratar de conocer cuáles son aquellas carencias y ofrecerle al condenado unos recursos y unos servicios de los que se pueda valer para superarlos. En cierta forma se propone que las terapias resocializadoras y la psicología sean desplazadas por la oferta de los servicios sociales y la sociología.

resocializadora para que el individuo vuelva a integrarse a la sociedad y seguir con las normas sociales que ésta dictamina.²

Para lograr esos objetivos es necesario que la pena, fijada en forma general y abstracta en el texto de la ley, se adapte en cuanto a su naturaleza, medida y forma de ejecución a cada uno de los casos particulares y concretos que se presentan en la realidad y que son los únicos en los que la amenaza de sanción contenida en la norma penal hacen posible que se ejecute efectivamente sobre las personas que han incurrido en una conducta tipificada por el legislador como delito.

Sin embargo, no debe quedar al margen la consideración de una Ley General Penitenciaria³ que contenga las reglas mínimas para el tratamiento penal de los reos condenados a pena de prisión, focalizándose entre las leyes penales y los reglamentos carcelarios como eje central del sistema.

Esa adecuación de la pena impuesta al delincuente hace alusión a la precisión y exactitud en que cada caso concreto es determinado por la cantidad y calidad de los bienes jurídicos que sean necesarios, así como la posible privación al autor de un delito para procurar su resocialización, tradicionalmente privilegiándolo de la libertad como punto de partida de la limitación de esos bienes jurídicos, aunque la tendencia actual es trasladarlo a una de la últimas medidas cautelares ante la inminente proliferación de los

² El artículo 18 de la Constitución General de la República establece en su párrafo segundo que: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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 él prevé la ley...”.

³ Así lo expresa Zaragoza Huerta, J., *Statum Rei Romanae*. México. Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá de Henares y docente e Investigador del Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León.

juicios orales o adversariales, que son una de las más valiosas conquistas del derecho penal moderno conocida con la denominación de Individualización de la Pena. Esta última es contemplada por todas las legislaciones, cuya utilidad es prácticamente reconocida de forma unánime por la doctrina actualmente. Pero existen divergencias entre los autores en cuanto a la amplitud que debe darse a los límites de dicha individualización por parte de la autoridad judicial, en cuanto a la forma y a los medios necesarios para obtener una correcta adecuación de la pena en la aplicación al delincuente, e igualmente, en las facultades que se concede a los juzgadores para su fijación.

El principio de la individualización de la pena, cuya bondad nadie discute, no siempre fue reconocida con el sentido y alcance con que se concibe actualmente.

Cierto es que la idea de adaptar la pena a la personalidad del delincuente no es nueva. Para demostrarlo, basta recordar que ya en las Partidas (Partida VII, Libro XXXI, Ley 8ª) se establecía que *"catar deben los juzgadores, quanto quieran dar juicio de escarmiento contra alguno, qué persona es aquella contra quién lo dan, si es siervo o libre, o hidalgo, u ome de villa, o de aldea, o si es mozo, o mancebo, o viejo; y de acuerdo a ello, pueden crecer, o menguar o toller la pena"*⁴.

⁴ Las **Siete Partidas** (o simplemente **Partidas**) es un cuerpo normativo redactado en Castilla durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. Su nombre original era Libro de las Leyes y hacia el siglo XIV recibió su actual denominación por las secciones en que se encuentra dividida. Esta obra se considera uno de los legados más importantes de Castilla a la historia del derecho al ser el cuerpo jurídico de más amplia y larga vigencia en Iberoamérica (hasta el siglo XIX). Incluso se le ha calificado de "enciclopedia humanista", pues trata temas filosóficos, morales y teológicos (de vertiente greco-latina), aunque el propio texto confirma el carácter legislativo de la obra al señalar en el prólogo que se dictó en vista de la confusión y abundancia normativa y solamente para que por ellas se juzgara.

Disposiciones de ese tenor eran comunes en las legislaciones de la época medieval y no un privilegio exclusivo de España, cuyas leyes podían considerarse superiores a las que regían en otros países. Inclusive en nuestro país estas normas de legislación hispana rigieron durante la época colonial en las que establecían diferencias de tratamiento según la condición del delincuente distinguiendo entre nobles, plebeyos, negros, mulatos, indios, etc.

Pero este tipo de individualización de la pena, que ya se conocía en el antiguo derecho romano, el derecho germano y el derecho canónico, no lo postula ya la ciencia penal contemporánea.

Precisamente los abusos a que dieron lugar esas distinciones que se hacían al juzgar a las personas teniendo en cuenta su linaje, sus títulos nobiliarios, su condición social y sus vinculaciones dieron lugar a una violenta reacción popular contra esos privilegios que se tradujo en el ideario de la revolución francesa de 1780 consagrando el principio de que “todos los hombres son iguales ante la ley”. Consecuencia de este principio fue el de la estricta legalidad de los delitos y de las penas que imponía al legislador la obligación de fijar estrictamente la sanción que correspondiese a cada infracción a la ley penal y a la supresión del arbitrio judicial, lo que circunscribía la tarea del juez a verificar, en los casos concretos, si se habían cumplido los presupuestos materiales previstos en la ley y a aplicar al delincuente la pena matemáticamente fijada por el legislador para la infracción que hubiere cometido el reo.

La sentencia constituía, pues, una mera operación lógica, un silogismo perfecto: La premisa mayor estaba dada por la norma legal que describe cierta conducta y la asocia, como consecuencia, con una determinada pena; la premisa menor la establecía el juez al comprobar que en el caso concreto el delincuente había incurrido en la conducta descrita en la ley; y la conclusión

consistía en la imposición de la pena fijada por el legislador al delincuente que ha incurrido en la conducta prevista como condicionante de la sanción.

Por eso Montesquieu, en su obra "El espíritu de la Ley" (*libro XI, cap. VI*), decía que los jueces de la nación no son más que la boca que pronuncia las palabras de la ley y consideraba que aquellos eran "seres inanimados" que no pueden moderar la fuerza o el rigor de la ley. También Beccaria, inspirado en esa filosofía, afirmaba que la libertad y la seguridad de los ciudadanos sólo estarán garantizadas cuando las leyes sean fijas y literales, cuando no confíen a los jueces más que el examen de las acciones de los ciudadanos para decidir si son conformes o contrarias a la ley escrita.⁵

En ese sentido podemos señalar que la individualización de la pena se encuentra contemplada en todas las legislaciones contemporáneas plenamente reconocida por la doctrina en cuanto a su conveniencia, utilidad y beneficio. Aunque existen diferentes opiniones entre los autores, ciertas discrepancias con respecto a la amplitud o a los límites que se deberían considerar u otorgar a los parámetros entre los que debe hacerse esta individualización, así como a la forma y a los medios de obtener una correcta adecuación de la pena para imponerle al delincuente este precepto.

Esto surge como consecuencia de la estricta legalidad de los delitos y de las penas que determinan al legislador la obligación de fijar estrictamente la sanción que corresponde a cada figura, dándole así al Juez la tarea de verificar, en caso determinado, si se ha cumplido con los presupuestos

⁵ Chichizola, M. (1987). La Individualización de la Pena. Buenos Aires: 1987, pp.13-14. (La versión original de la obra de Montesquieu data de 1748).

previstos fijados por la ley designando al infractor la pena o punición fijada por el legislador para la conducta que hubiera cometido el reo o procesado.

Así, pudiéramos concluir, que la Individualización de la Pena consiste en imponer y aplicarla según las características y peculiaridades del sujeto para que se ajuste al individuo y realmente sea eficaz. Se trata de adaptar la pena, prevista en la norma, a un caso concreto e individualizado a fin de que resulte realmente justa y efectiva.

Hoy en México prevalece un nuevo sistema a raíz de la reforma constitucional de 2008, concretamente lo previsto en el párrafo tercero del artículo 21 de la Constitución General de la República, cuyo texto es el siguiente: “*la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial*”. La tendencia que surgió fue la de crear un nuevo código procesal-penal modelo en el que se precise que la administración de la ejecución de la pena y todo lo relativo al cumplimiento de la condena privativa de libertad impuesta al sentenciado sea realizada por los tribunales de ejecución de las penas pertenecientes al poder judicial.⁶

Es así como surgió el nuevo Código Procesal Penal, y la denominación, a diferencia del anterior –Código de Procedimientos Penales–, obedece principalmente, entre otras, a las siguientes razones:

1. La Constitución Política en su reforma de 18 de junio de 2008 no previó las bases de creación de **procedimientos penales acusatorios**, sino de un **proceso** penal cuya única posibilidad es la de uno acusatorio.

⁶ Cabe señalar que actualmente ya se encuentra vigente un nuevo Código Procesal Penal con aplicación en todo el territorio nacional.

2. El artículo 20 Constitucional en la reforma de 18 de junio de 2008 claramente establece que: El proceso penal será acusatorio y oral.... y no se refiere a ***procedimientos penales***.⁷

Este nuevo Código⁸ constituye esencialmente uno de los resultados de la Reforma Constitucional del 19 de junio de 2008. Su contenido, en teoría, viene a revolucionar la concepción del proceso penal mexicano y genera la estructuración de un nuevo sistema de justicia penal a partir de principios rectores y postulados encaminados a superar todo resabio inquisitivo y establecer un nuevo procedimiento penal mediante la instauración de normas garantistas que fortalezcan el Estado de Derecho consecuentemente.

Para transitar del sistema de justicia tradicional al nuevo en aquella reforma, se estableció un plazo de 8 años que vence en el 2016, y pese a las bondades del nuevo sistema, su implementación gradual no ha caminado al ritmo esperado. Pero a pesar de la demora podemos mantener una actitud optimista, puesto que todo indica que la reforma es irreversible, amén de que, como ya quedó asentado anteriormente, ya se encuentra en vigor un Código Procesal Penal con aplicación en todo el territorio nacional. Este proceso o

⁷ Así se fundamenta en el proyecto de Iniciativa con Proyecto de Decreto para la creación del Código Procesal Penal para la República Mexicana, suscrito por los senadores de la República, Arely Gómez González, Roberto Gil Zuarth, Manuel Camacho Solís, Pablo Escudero Morales, Angélica de la Peña Gómez y Omar Fayad Meneses en fecha 30 abril de 2013 que sirviera de origen al nuevo Código Procesal Penal Nacional.

⁸ La reforma constitucional en materia penal publicada el 18 de junio de 2008 nos suministra la base para realizar una profunda transformación del sistema penal mexicano. Sus disposiciones tocan varios de los ámbitos sustantivos de dicho sistema, dado que abarcan temas como la seguridad pública (cuerpos policiacos y prevención del delito), la procuración de justicia (el trabajo del Ministerio Público, el monopolio de la acción penal que desaparece al menos en parte), la administración de justicia (a través de la incorporación de elementos del debido proceso legal y de los llamados juicios orales) y la ejecución de las penas privativas de la libertad. Se trata de una de las reformas más importantes en los últimos años. Léase en Carbonell, M. (2010). Reforma constitucional en materia penal: luces y sombras. Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.

reforma constitucional, anteriormente referida, tiene que estar totalmente instaurada antes del 2016 que es el año límite estipulado, independientemente de algunas de las entidades federativas estén en posibilidades de aplicarlo antes que otras.

Esa apatía de que hablamos se ha visto principalmente en el sistema de Justicia Penal Federal, aunque también se nota en algunas entidades Federativas. Pese a existir en la comunidad jurídica mexicana un consenso general respecto a los principios generales relacionados con el proceso penal, como se ve reflejado en las entidades dónde ya se han implementado nuevos códigos procesales en la materia penal, aún se observa importantes diferencias en la instrumentación que van, desde la estructura misma de los códigos, hasta la forma de concebir ciertas instituciones y figuras jurídicas previstas en la Constitución.

Estas distinciones surgidas en los criterios legislativos de los Congresos de los distintos estados abarcan todo un amplio espectro de aspectos esenciales del proceso penal como sus etapas, el reconocimiento y respeto de los derechos y obligaciones de los implicados en dicho proceso penal, la acción penal privada, los medios de impugnación, acuerdos reparatorios, los criterios de oportunidad, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, etc.

La ausencia de un prototipo procesal superior a nivel nacional ha propiciado que la interpretación e implementación del modelo acusatorio en general quede a discreción de las autoridades locales. De ahí, las diversas interpretaciones que desde cada legislatura local se observan entre las

entidades federativas que, ineludiblemente, impactan en la calidad de la justicia que se brinda al gobernado.

En búsqueda de la necesaria unificación de interpretación normativa, se facultó al Congreso de la Unión para emitir un ***código de Procedimientos Penales Único*** de aplicación en todo el territorio nacional en materia de procesos penales, actualmente ya promulgado dicho código.⁹ Éste es considerado garantista y respetuoso de los derechos humanos, privilegia la reparación del daño y la protección al inocente, en términos sencillos, que minimiza al máximo las complicaciones procedimentales y busca convertirse en una herramienta que permita aplicar un sistema acusatorio que oferte un catálogo de soluciones no jurisdiccionales, también conocidas como mecanismos alternativos de resolución de controversias, cuyo propósito es hacer del juicio penal un último recurso.

⁹ El “Código Nacional de Procedimientos Penales” fue publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 3 de marzo del 2014, sin embargo su iniciación de vigencia se circunscribe a la Declaratoria que al efecto emita el Congreso de la Unión previa solicitud conjunta del Poder Judicial de la Federación, la Secretaría de Gobernación y de la Procuraduría General de la República sin que pueda exceder del 18 de junio de 2016, es decir, se traslada a la citada fecha como el extremo mayor en tiempo, atendiendo al artículo Segundo Transitorio de la propia legislación, pero además a fin de cumplir con la reforma constitucional del 2008. Artículo 1°. Ámbito de aplicación: Las disposiciones de este Código son de orden público y de observancia general en toda la República Mexicana por los delitos que sean competencia de los órganos jurisdiccionales federales y locales en el marco de los principios y derechos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Artículo 2°. Objeto del Código. Este Código tiene por objeto establecer las normas que han de observarse en la investigación, el procesamiento y la sanción de los delitos, para esclarecer los hechos, proteger al inocente, procurar que el culpable no quede impune y que se repare el daño, y así contribuir a asegurar el acceso a la justicia en la aplicación del derecho y resolver el conflicto que surja con motivo de la comisión del delito, en un marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Tal catálogo de soluciones no jurisdiccionales fue concebido para consolidarse como uno de los principales factores de descongestión de los sistemas de administración de justicia penal que supone reducir los tiempos en la administración de justicia, contar con mayores recursos para un menor número de casos, la posibilidad de mejorar la calidad de las investigaciones y, sobre todo, aumentar la calidad de sentencias y la credibilidad en los sistemas de Justicia. El éxito del nuevo sistema deberá medirse por el número de casos que llegan a juicio, y esto significaría que, a menor número de juicios, mayor es la eficacia alcanzada.

Los mecanismos no jurisdiccionales representan herramientas de igual relevancia que aquellas que sí lo son. De ahí la necesidad de contar con una legislación homogénea en la materia que garantice que la efectividad y la calidad de la procuración y administración de justicia sean la misma, independientemente del lugar, competencia o jurisdicción donde ésta se provea.

Para la elaboración del proyecto de código nacional procedimental penal se realizó, por primera vez en la historia legislativa de nuestro país y según se asentó en la Exposición de motivos, un simulador de procedimientos penales para conocer “en forma directa o en vivo” los temas que más preocupaban, así como su aplicación. Por medio de este procedimiento se recabó la información necesaria sobre los problemas que más afectaban a los operadores del sistema en las entidades en las que ya rige el nuevo sistema como en Nuevo León y en Chihuahua, entre otros, para así acabar con las supuestas demoras, excusas y pretextos. Y como premisa principal, se atenderá buscar la excelencia de los operarios del nuevo sistema de justicia penal para abatir el flagelo de la injusticia y de la falta de integridad que prevalece en nuestra nación hoy en día. Esta circunstancia menoscaba la unión de la sociedad y que, como justificación o pretexto a esta falencia, han llegado al extremo de

crear organizaciones llamadas “Auto Defensas” entre sus núcleos de población como un intento de auto-protección.

En pocas palabras, no existirá pretexto para que los Órganos Jurisdiccionales cumplan cabalmente en el proceso integrado por las distintas etapas que lo conforman.¹⁰ Uno de los principales principios que se introducen en este Código de manera expresa es el de *contradicción*, que juega un papel importantísimo en la oralidad como característica a destacar en el nuevo sistema.

Ahora bien con respecto a la ejecución penal, podemos afirmar que los nuevos sistema judiciales procuran garantizar, la defensa y el respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana; por ello muchos Estados han determinado que el fin supremo de un Estado y de la sociedad es la dignidad de toda persona; a decir de SESSAREGO¹¹ “La defensa de la persona humana y el respeto por su dignidad constituyen la razón de ser del derecho. Con más precisión, cabe expresar que la persona humana, considerada en sí misma, es el fin supremo de la sociedad y del Estado, de donde se deriva la obligación de la sociedad y del Estado de defenderla y respetarla” En consecuencia, la dignidad de la persona es la base de todo ordenamiento jurídico.

Por ello, cuando nos referimos al proceso penal, ya sea en la etapa de investigación preparatoria, intermedia, o de juzgamiento, existen garantías

¹⁰ Refiérase a Montero Aroca, J. (2000). El Derecho Procesal del Siglo XX. Tirant lo Blanch: Valencia, España, p. 40. Montero afirma que ante la evidente razón de que, para que los órganos jurisdiccionales puedan cumplir con la función que tienen constitucionalmente encomendada, necesitan de la realización de una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a dichos actos en sus conjunto se le llama proceso; entonces, el proceso –y no procedimientos– es la vía jurídica o el instrumento jurídico del que se valen los órganos jurisdiccionales para cumplir con la función jurisdiccional que constitucionalmente tiene asignada.

¹¹ Cfr. Fernández Sessarego.: Derechos Fundamentales de la Persona, Edit. Gaceta jurídica, Lima 2006. p 7

jurídicas que protegen los derechos fundamentales de todo procesado; las cuales están prescriptas en el Nuevo Código Procesal Penal vigente; de modo que, la tutela de los derechos fundamentales en el desarrollo del proceso traen consigo el respeto por la dignidad humana.

No obstante, en la etapa de ejecución de sentencias, la cual consideramos una de las más importantes en el campo de la justicia penal¹², podemos observar que después de la reforma constitucional del 2008, contamos con mecanismos adecuados para tutelar los derechos fundamentales de quienes vienen cumpliendo una pena privativa de libertad.

Antes de la reforma mencionada, se lograba, encasillar a los reclusos que cumplen condena en una suerte de mundo ajeno al derecho, en una categoría o grupo de individuos que por su condición de penados se diferencian notoriamente, en cuanto a titulares de derechos fundamentales, del resto de los miembros de la sociedad.

La presencia del juez de ejecución penal, trae consigo que se garantice la protección de los derechos fundamentales de las personas que vienen purgando una pena privativa de libertad; además, que controle el tratamiento penitenciario, el cual debe llevarse en concordancia con la Constitución

¹² Siguiendo a, Künsemüller, podemos sostener que la mayor parte de la doctrina le otorga al derecho de ejecución penal el carácter de una tercera área del Derecho Penal, junto al Derecho Penal Material y al Derecho Penal Formal. Conforme a esta visión la ciencia del Derecho Penal debe preocuparse de no estudiar exclusivamente el hecho punible como fenómeno jurídico, descuidando el estudio de sus consecuencias para el sujeto condenado y la comunidad; las tendencias de la moderna dogmática penal tienden precisamente a valorizar al Derecho Penal por las consecuencias que provoca en la vida social la ejecución de las decisiones jurisdiccionales adoptadas en su aplicación. La “otra cara” del Derecho Penal debe ser abordada y estudiada, con el mismo énfasis que se ha hecho tradicionalmente con la teoría del delito y la teoría de la participación criminal. Vid. KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, C.: “La juridización de ejecución de Sentencias en el sistema penal mexicano” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, 2005, p. 114-115.

Política de nuestro país y como consecuencia de ello el respeto irrestricto de la dignidad de la persona humana.

CAPÍTULO PRIMERO

EVOLUCIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS EN MÉXICO

A MODO DE INTRODUCCIÓN

Es necesario iniciar con el estudio de la evolución de la ejecución de las penas en México, para llegar a la actualidad; por ello podemos afirmar que, por ejemplo, en la antigüedad la privación de la libertad, como sanción penal, fue ignorada y pertenece a un momento histórico muy avanzado. De antaño fue desconocida completamente y, si bien se presentan indiscutibles vestigios de medidas de reclusión en la antigüedad, no tenía carácter de pena carcelaria, sino de guarda, es decir, procesal.

1.1. LAS PENAS EN LA ESCUELA CLÁSICA

La filosofía del iluminismo imperante del siglo XVIII y el ideario liberal e individualista de la revolución francesa tuvieron amplia repercusión en las ideas penales de los pensadores de esa época y del siglo siguiente, y en consecuencia, formaron la llamada "**escuela clásica**" del derecho penal.

Esa denominación de "*escuela clásica*" fue ideada por los positivistas para agrupar a todos aquellos autores contra quienes dirigían sus embates. Lo cierto es que para los más ilustres representantes de la escuela clásica, *la pena es un mal inflingido al delincuente como retribución impuesta por el Estado como consecuencia al delito cometido*. Es decir, al mal causado que es ocasionado por el delito a la sociedad debía de seguir el mal impuesto por el Estado al delincuente como resultado. Por eso, el más caracterizado representante de esta tendencia, Francisco Carrara, expresa que la pena es un mal que, de conformidad con la ley del Estado, los jueces y magistrados, infligen a aquellos que son reconocidos como culpables de un delito.¹³

¹³ Carrara, F. (1984). Programa del curso de derecho criminal. Florencia, 1984, prefacio y pp. 615-619.

Carrara procura establecer una proporción matemática entre el delito y la pena en su teoría de la calidad, cantidad y grado de las penas. *La pena es la moneda con que se paga el delito*, es un cambio de valores, con un criterio de proporción matemática. Para él *el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad*. El delito ha ofendido materialmente a un individuo, o a una familia, o a un número considerable de personas y este mal no se repara con la pena. Pero el delito ha ofendido también a la sociedad, quebrantando la paz y la armonía de la misma, violando sus leyes, sus derechos gubernamentales y constitucionales con todos los ciudadanos y esto hace mella en la opinión y en la apreciación en cuanto a la efectividad y credibilidad, instaurando el peligro con el mal ejemplo. Este daño, enteramente moral, que ofende a todos en cuanto perturbe su tranquilidad, es el que la pena debe reparar con el restablecimiento del orden conmovido por el desorden del delito.

Como consecuencia del carácter eminentemente retributivo que Carrara le asigna a la pena, postula que ésta no debe ser excesiva, es decir, que no debe exceder la proporción en relación con el mal causado con el delito: todo sufrimiento que irroque al culpable más allá de la necesidad de la defensa es un abuso de fuerza, es una crueldad ilegítima. Tampoco la pena debe ser desigual y, por tanto, para nada debe mirar a la diversa posición personal de los delincuentes cuando ésta no influye en el delito.

La desigualdad en las penas es para los clásicos un vicio intolerable que puede establecerse legislativa o pragmáticamente:

- *Legislativamente*, cuando la misma ley establece una distinción de la penalidad;

- *Prácticamente o pragmáticamente*, cuando, ante el silencio de la ley, el juez procede a distribuir las penas sobre la base de las condiciones personales del culpable.

La desigualdad natural que, en concretas aplicaciones de la penalidad surge de la variedad de las condiciones en las cuales se encuentra el individuo culpable, hace surgir una duda respecto a cómo debe realizarse el principio de igualdad impuesto por la ciencia y no que recaiga, en lo absoluto, en la distribución de las penas. Carrara lo resuelve de manera muy simple: afirmando que el legislador debe contentarse con obedecer el principio de igualdad y que solamente el juez podrá tener en cuenta la fuerza objetiva de la pena en los casos concretos.

Para fijarse la pena no debe tomarse en consideración la personalidad del reo, si no en cuanto ésta obre por sí misma como configurativa inherente al delito. La pena debía ser siempre proporcional al delito. Conforme a la calidad y cantidad del delito con el cual debía guardar una proporción matemática. Y proporcional también al grado del delito, atribuyendo la adecuación de aquella a las condiciones individuales que modifican la imputación, hasta poder llegar al punto de afectación al bien jurídico dañado.

Ya para 1782 un ilustre jurista Mexicano –Don Manuel Lardizabal y Uribe– en su obra *Discurso sobre las penas* expresa: “*Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ella depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado, pero ¿acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal?*”.¹⁴

¹⁴ Lardizabal y Uribe, M. *Discurso sobre las Penas* (Ed. de Andrés Moreno Mengíbar). España: publicaciones Universidad de Cádiz, p. III del Prólogo.

Los principios sustentados por los penalistas de la llamada *escuela clásica* que implican una vigorosa *reacción contra los abusos del absolutismo* y un firme *baluarte en defensa de los derechos individuales*, condujeron a la más estricta legalidad e igualdad de las penas, *reduciendo la discrecionalidad técnica de los órganos jurisdiccionales, a límites tan estrechos que prácticamente la anulaban por completo* para dar lugar a la determinación legal de la pena, esforzándose los legisladores para prever en la forma más casuística posible los hechos que se consideraban delictuosos, fijando estrictamente la pena aplicable a cada caso. Con esto se refiere a que la pena se hallaba perfectamente tasada y medida en un hecho delictuoso.

En mi opinión, el principio de la igualdad proclamado por la revolución francesa trasladado al plano del derecho penal en la forma más absoluta condujo a su antítesis, la desigualdad. No siempre es justo y equitativo castigar con la misma pena a dos autores de un hecho objetivamente idéntico. Para realizar la verdadera igualdad es menester tener en cuenta también las diferencias individuales, ya que la verdadera igualdad consiste en tratar en la misma forma a los que se hallan en idénticas condiciones, y es indudable que no todos los delincuentes se encuentran en idénticas condiciones personales. Influyen sus características personales, sus vivencias, la forma de interpretación de las mismas, sus experiencias... todos los rasgos que configuran la personalidad de un ser humano. Como decía el filósofo español Ortega y Gasset: "Yo y mi circunstancia" (dos personas ante el mismo hecho tienen una concepción de la realidad distinta).

No puede castigarse en la misma forma al delincuente primario que al reincidente; al que ha delinquido motivado por necesidades que al que lo ha hecho por móviles viles; al que ha procedido en un estado de perturbación de ánimo, por un episodio de delirio o bajo el consumo de algún estupefaciente o alguna otra droga ilícita que haga mermar la conducta guiándola a transgredir la norma bajo los efectos de la misma, que al que ha desarrollado la acción criminosa de forma calculada y con frialdad sin tener un mínimo remordimiento o empatía.

Esta equiparación de todos los delincuentes a los efectos de la penalidad nos llevaría a la injusticia.

Como ya se citó a priori, uno de los máximos representantes de esta escuela es, sin lugar a dudas, Francisco Carrara, a quién se le otorga ese privilegio en razón de su obra *Programa del Curso de Derecho Criminal* publicada en 1859, en la que se resume el pensamiento de la escuela clásica. Para Carrara el delito es un ente jurídico porque el delito es una violación del derecho que se debe punir.

Celestino Porte Petit Candaudap, en el análisis que realiza a los principios rectores de la escuela clásica señala que: *“El considerar al delito, no como un simple hecho si no como un ente jurídico, es afirmar que para su existencia se necesita que la conducta o hecho del agente activo viole una norma, ya sea prohibitiva o preceptiva, es decir, que prohíba, o bien, mande hacer. Por ello, decía Carrara, que definido el delito como un ente jurídico quedaba establecido, de una vez para siempre, el límite perpetuo de lo prohibido, no pudiendo verse un delito si no en aquellas acciones que ofenden o amenazan los derechos de los coasociados”*.¹⁵

¹⁵ Porte Petit, C. (1993). Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal (15°ed.). México: Porrúa, p. 35.

Según el autor Jiménez de Asúa: El individuo es responsable por su libre albedrío.¹⁶ “El delito consiste siempre en un hecho que toca determinadas condiciones de vida y de existencia, de ahí, pues, que sea preliminar la necesidad de establecer cuáles son las condiciones de existencia lesionadas por un tal hecho para determinar la importancia relativa de las condiciones mismas y, por ende, la índole social del hecho”¹⁷.

Otros representativos de esta escuela fueron: Juan Domingo Romagnosi, Jeremy Bentham, Giovanni Carmignani, Enrique Pessina y Pellegrino Rossi.¹⁸

1. 2. EL POSITIVISMO PENAL

El error capital en que incurrió la llamada escuela clásica al considerar al delincuente como una mera abstracción, es decir, como un hombre totalmente libre dotado de una inteligencia y una voluntad que le permitía determinarse libremente, la indujo a despreocuparse del estudio de la personalidad del hombre de carne y hueso que delinque en casos concretos, al cual es menester aplicar la pena exhortada por la ley, individualizándola de acuerdo a las características del hecho cometido y de la personalidad del condenado.

¹⁶ Jiménez de Asúa, L. (1958). Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito (3ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-perrot Sudamericana, pp. 45-46.

¹⁷ Jiménez de Asúa (1950). Tratado de Derecho Penal (197, tomo II y III). Buenos Aires: Losada.

¹⁸ Quisbert, H. (2008). Historia del derecho Penal a través de sus escuelas penales y sus representantes. Centro de Estudios de Derecho. Bolivia, p. 52-55.

Contra este error de la llamada escuela clásica se dirigieron los ataques más enérgicos del positivismo penal, que a fines del siglo antepasado y comienzos del pasado hace su aparición en “*El estudio integral de su personalidad*” y que *sirve de base para la individualización de la pena*, adquiriendo especial relevancia a partir de entonces.

Para los seguidores de esta escuela el delito es considerado como un fenómeno natural y social, de factores antropológicos, sociales y físicos, así lo manifiesta el más connotado positivista Enrique Ferri. En esta corriente positivista el delincuente debe ser sujeto a medidas de seguridad, no a penas, ya que se considera que el Derecho Penal debe tener una finalidad primordialmente de prevención, de defensa social.¹⁹

1.2.1 REPRESENTANTES DE LA ESCUELA CLASICA

Su creador y principal expositor es *Ezequiel Cesare Lombroso* (Positivismo Criminológico). Otros representantes de esta escuela son Rafael Garófalo (Jurista) Hans Kelsen (Jurista), Enrico Ferri (Sociólogo), Lombroso.

El objeto de estudio de la Escuela Positiva lo constituye *el delincuente, el delito y su sanción*. Primero, en su génesis natural, y después, en sus efectos jurídicos para adaptar judicialmente las causas que lo producen a las sanciones, para que éstas sean eficaces. Así, Lombroso insiste en la necesidad del estudio individual y de un tratamiento personalizado dependiendo de la clasificación del delito, y por ende, se requerirán sanciones específicas para cada caso. Garófalo, sin embargo, tipifica la peligrosidad del

¹⁹ Orellana Wiarco, A. O. (1999). Curso de Derecho Penal. México: Porrúa, p. 64.

delincuente según su tipología. Y Ferri, no sólo se basa en los antecedentes o en las observaciones psicológicas y físicas, sino que también asume las sociológicas en base a una responsabilidad social. Se trata al criminal como a un enfermo social.

Para los positivistas no basta el estudio antropológico del criminal, pues pugnan por una renovación completa, un cambio radical de método científico en el estudio de la patología social criminal.

1.2.2 POSTULADOS DE LA ESCUELA CLASICA

- *Ius puniendi*. El derecho a imponer sanciones pertenece al Estado a título de defensa social.
- *Método*. El método es *inductivo* – experimental. La escuela Positiva se caracteriza por su método científico.
- *Delito*. El delito es un hecho de la naturaleza y debe estudiarse como un ente real, actual y existente.
- *Delincuente*. *El delincuente es aquella persona que comete delitos por influencias del medio en que vive*. Busca la readaptación del delincuente estableciendo los *Sustitutivos Penales*.
- *Determinismo*. La voluntad del hombre no juega ningún papel en sus actos. El hombre no tiene *libre albedrío*. El ser humano está determinado a cometer delitos.
- *La responsabilidad penal*. Suple la responsabilidad moral por la responsabilidad social, puesto que el hombre vive en sociedad y será responsablemente social mientras viva en sociedad.

- *La Pena.* Dicho concepto se sustituye por el de *sanción*. Que va de acuerdo a la peligrosidad del criminal y debe durar mientras persista la peligrosidad del delincuente, por eso, son o deben ser de duración indeterminada.
- *Proporcionalidad de la pena.* No se debe castigar conforme a lo que señalan los Códigos, si no que tiene que haber Sustitutivos Penales. Antes debe estudiar sus antecedentes, las causas por las que cometió tal acto, las atenuantes, etc. Hay que buscar su readaptación como fin ulterior.
- *Substitutivos penales.* Más importante que las penas o las sanciones son los substitutivos penales.
- *Legislación penal.* Debe estar basada en los estudios antropológicos y sociológicos. La ley penal no restablece el orden jurídico, si no que tiene por misión la de combatir la criminalidad considerada como fenómeno social.

1.2.3 DIFERENCIAS ENTRE LA ESCUELA CLASICA Y LA ESCUELA POSITIVA

Para la escuela positiva la *pena o sanción debe de ser útil*, y por medio del tratamiento proteger el orden social. La escuela clásica no ve la utilidad de la sanción: pena retributiva y determinada para restablecer el orden jurídico, responsabilidad moral.

La escuela positiva *busca la readaptación* del criminal. La escuela clásica sólo *ve el delito* y lo sanciona, *no ve al delincuente*.

La escuela positiva busca e investiga las *causas del delito*. La escuela clásica no busca las causas del delito, ya que el delincuente actúa en base a su libre albedrío.

En la escuela positiva el estado defiende socialmente y hay sustitutos penales y preventivos. En la clásica, el estado custodia jurídicamente.

En la escuela positiva, algunas veces *no sanciona al delincuente*, sólo le aplica *medidas de seguridad* y la sanción es directamente proporcional a su peligrosidad. La escuela clásica siempre condena al delincuente, ya que no ve las causas que lo llevaron a cometer actos delictivos, o sea, la pena es igual a delito y daño, el principio de legalidad por antonomasia.

1.3 LA CRIMINOLOGÍA POSITIVISTA

La determinación biológica de la conducta criminal se constituye en la esencia explicativa de la Criminología Positivista o Criminología etiológica. Los estudios criminológicos positivistas, como ya se apuntó anteriormente, dirigieron su atención al criminal, no al crimen y mucho menos a la posible configuración de la clasificación del delito a partir de la conducta activa u omisiva. Esta óptica explicativa se mueve en el campo del determinismo (biológico) y la peligrosidad social del individuo, localizando las "causas" del fenómeno en el sujeto activo del delito. Dicho enfoque asume que las razones causales son preexistentes a la reacción social represiva que se desata o nace con la consumación delictiva.

A este respecto, ANTONIO GARCÍA-PABLOS DE MOLINA afirma que “el modelo etiológico en Criminología dedicó su atención únicamente al delincuente, obviando las cuestiones referidas al Control Social. Esto se explica por la función de legitimación que asume esta corriente criminológica, pues su teoría de la criminalidad se configura desde una explicación tendenciosa observante de una pequeña parcela de la realidad delictiva (el sujeto comisor) con la exclusión valorativa del significativo sector restante de los fenómenos sociales concernientes al suceso criminal o factores exógenos a él”. En esta etapa se llegó al extremo de considerar destacadamente los rasgos distintivos físicos (frente huidiza, mirada fija y penetrante, orejas en forma de alas, desarrollo de los pómulos, nariz aguileña, etc.) como en lo social (crueldad, tenencia a la venganza, obscenidad, tatuajes, etc.), concatenando ambos rubros, lo que posteriormente fue descartado.

El rol de legitimación desempeñado por la Criminología Positivista tradicional no contempló los análisis evaluativos de los mecanismos sociales controladores, y aún menos, la valoración crítica del Sistema Penal, pues su misión histórico-científica consistió en justificar y racionalizar el sistema social que le dio vida. La esencia del modelo etiológico o positivista clásico de explicación del delito convirtió a la Criminología en una ciencia auxiliar del Sistema Penal y de la Política Criminal oficial.

Una de las modalidades del Positivismo lo constituye el Positivismo Formalista, su máximo exponente es Franz Von Liszt, éste responde más bien al esquema de Positivismo Jurídico partiendo del Derecho Vigente y procediendo al análisis y sistematización de las diferentes proposiciones y de los conceptos que las integran, por eso comprende delito y pena como generalización conceptual técnico jurídico, desarrollando con un sistema cerrado los preceptos concretos de la ley. Estaba sustancialmente influido por

el naturalismo propio de la historia del pensamiento de comienzos del siglo XIX.

1.4 LA ESCUELA CORRECCIONALISTA

Varios años antes de que las ideas positivistas estuvieran en boga, la escuela correccionalista, a mediados del siglo XIX, había puesto de manifiesto su preocupación por el hombre que delinque.

Ya en esa época se advirtió la necesidad de que el Estado tratase de lograr la enmienda del delincuente mediante la acción correctiva de la pena. Por eso, afirma Jiménez de Asúa, que es entonces cuando el derecho penal comienza a mirar al hombre y no exclusivamente al acto delictuoso.²⁰ La pena asume, para los partidarios de esta tendencia, el carácter de un tratamiento correctivo orientado a lograr la enmienda del delincuente. Ese “tratamiento correctivo” no puede realizarse contemplando a un delincuente en abstracto, si no únicamente sobre la base de un individuo concreto y real, a cuya personalidad debe adaptarse la penalidad para obtener los fines que a ésta se le asignan. Ahora estudiaremos tres postulados de suma importancia.

- **CONCEPTO:** Es un conjunto de conocimientos relativos a la defensa del interno a través de su corrección, tutela y protección para que no vuelva a cometer delitos: Corrección de su voluntad pervertida; cuidado o tutela (como si fuera un niño) para que cambie y protección una vez que ha cambiado para que no vuelva a cometer otros delitos posteriormente.

²⁰ Jiménez de Asúa, L. (1992). Tratado de Derecho Penal (tomo II, 5ª. Ed.) Buenos Aires: Losada, pp. 56, 1992.

La escuela correccionalista se desarrolla desde el *correccionalismo* de Carlos David Augusto Roeder, pasa a la *tutela jurídica* de Giner de los Ríos, para acabar en el *Derecho protector* de Pedro Dorado Montero.²¹

- **UBICACIÓN:** Se aparta de la Escuela clásica porque ya estudia al hombre como tal, no sólo como sujeto del delito, aunque está lejos de la Escuela positiva porque “aún no se había introducido el método experimental en las ciencias penales.

Por eso corresponde catalogarlo aparte, entre la Escuela clásica y la Escuela positiva²².

- **ANTECEDENTES:** Esta teoría se edifica en Alemania a mitad del siglo XIX. Stelzer formula su *tesis de corrección jurídica* que procura mejorar al delincuente de modo que éste, por su propio sentimiento, no sea dañino para la seguridad general.

En 1827 Charles Lucas asevera que la pena se justifica en cuanto se dirige a la enmienda del reo.²³

En 1829 Hans Gross habla de la *corrección intelectual* desde un punto de partida médico—legista.

En 1839 Carlos David Augusto Roeder habla de *la corrección moral*, es decir, de la corrección de la voluntad pervertida del delincuente.

²¹ Quisbert, H., op.cit., p. 58.

²² Jiménez de Asúa, L., op. Cit., p. 56.

²³ Jiménez de Asúa, L., op. Cit., p. 58.

1.4.1 POSTULADOS

- **MÉTODO:** Utiliza el lógico abstracto, pero ya considera la necesidad de estudiar al hombre "vivo y efectivo" (es la avanzada del Positivismo).
- **DELITO Y DELINCUENTE:** El delito se comete porque el hombre y su mente se contradicen y por la personalidad psíquica del delincuente.

El autor es incapaz de una vida jurídica libre. La causa es un defecto de su voluntad, anomalía que se muestra al exterior por la realización del delito.

La sociedad que reprime debe proveer al autor aquellos elementos psíquicos de que carecía al momento del delito. Lo hace de dos formas: de *modo negativo*, disminuye su libertad exterior, y de *modo positivo*, protege su desarrollo en libertad mediante corrección de voluntad viciada. Vista de estas dos formas, la pena es más bien un derecho, no un deber, que se configura tras la incapacidad del sujeto para controlarse a sí mismo en ciertas conductas que son nocivas para la sociedad. Así, el Estado ya no tiene su base en el poder, si no en la necesidad de auxilio a los incapaces de una vida jurídica libre.

1.4.2 LA PENA

La pena es un medio de corrección de la voluntad pervertida del delincuente.

1.4.3 FIN DE LA PENA

El fin de la pena es **corregir**, por lo tanto, debe ser *indeterminado* y

variable. Indeterminado porque debe estar recluido hasta que se resocialice. Y *variable* porque se debe aplicar según la personalidad del autor.

La pena idónea es el *sistema celular absoluto* (reclusión individual y con prohibición de hablar con los otros internos).

El tratamiento debe ser individual en base a la personalidad del autor del delito que lo llevará, en lo posible, a la *libertad condicional*.

Se debe liberar al interno sólo cuando ya tiene una nueva personalidad y se está seguro de que ya no cometerá más delitos.

1.4.4 PROCEDIMIENTOS PARA LA CORRECCIÓN

Los procedimientos que pueden emplearse para la corrección del culpable por su importancia son:

- 1.- La educación hasta que se haya formado la nueva naturaleza.
- 2.- El alejamiento de todo aquello que desde el exterior ayuda al mal y evite el bien.
- 3.- Por último, la formación de las convicciones del individuo para que desista de su inclinación injusta confiando en los esfuerzos de él mismo.

Una de las críticas a este sistema es si el fin de la pena es corregir. Entonces ¿qué pasaría con los incorregibles?

1. 5 LA ESCUELA SOCIOLOGICA Y EL CONTROL SOCIAL

1.5.1 LA ESCUELA SOCIOLOGICA

La sociología surge como producto de la crisis que atravesaba el Continente Europeo en el siglo XIX. La burguesía se enfrenta con dos principales problemas:

- 1). Oponerse a los cambios sociales; y
- 2). Aceptar la transformación indefinida dentro la dinámica de una revolución permanente.

La sociología aparece como la ciencia del cambio social controlado y dirigido. Un cambio social que se vuelve una concesión, limitado y bajo la supervisión e idiosincrasia de la burguesía.

1.5.2 REPRESENTANTES DE LA ESCUELA SOCIOLOGICA

Entre los principales representantes de la Sociología se encuentran: Pierre Auguste Comte, Emilio Durkheim, Maximiliano Leopoldo Von Wiesse, Max Scheler, Carlos Marx, Federico Engels, Max Weber, Carlos Mannheim y Franz von Liszt.

1.5.2.1 PIERRE AUGUSTE COMTE

Su nombre completo es Isidore Marie Auguste François Xavier Comte nacido en Montpellier, Francia, el 19 de enero de 1798 en el seno de una familia católica y monárquica. Muere en París el 5 de septiembre de 1857. Se le considera creador del Positivismo y de la disciplina de la Sociología, aunque algunos sociólogos sólo le atribuyen haberle puesto el nombre Pierre Auguste Comte. La filosofía de Comte reduce la posibilidad del conocimiento al campo de lo positivo, es decir, de lo dado en la experiencia.

La primera definición de sociología fue propuesta por el filósofo francés Auguste Comte, quién en 1838 acuñó el término "sociología" para describir su concepto de una nueva ciencia que descubriría unas leyes para la sociedad del mismo modo en que se habían descubierto tantas otras para la naturaleza, aplicando los mismos métodos de investigación que las ciencias físicas. El filósofo británico Herbert Spencer adoptó el término y continuó así el trabajo de Comte.

Comte concibe a la ciencia como el estudio de las relaciones constantes que guardan entre sí los fenómenos de la experiencia. La mente parte del estudio de lo más simple y general y avanza progresivamente hacia la investigación de lo más complejo y particular.

Nos dice que la evolución de la humanidad se caracteriza por tres estados sucesivos de pensamiento:

- Teológico
- Metafísico
- Positivo

Este último significa que el hombre se da por vencido en la búsqueda del origen primario de las cosas, por lo tanto se dedica a estudiar solamente sus leyes efectivas. Divide, además, a la sociología en estática y dinámica. La primera estudiará al orden y la segunda al progreso, dos aspectos fundamentales de la sociedad.

Pero ya en la segunda mitad del siglo XX había decaído el interés por las teorías evolutivas de Comte y Spencer, a partir de entonces, la sociología comenzó a estudiar determinados fenómenos sociales como el delito, las desavenencias matrimoniales y la aculturación de los inmigrantes.

1.5.2.2 ÉMILE DURKHEIM

Fue un sociólogo francés nacido en Épinal, Francia, el 15 de abril 1858 y murió en París el 15 de noviembre de 1917. Estableció formalmente dicha disciplina académica –Sociología– y, junto con Karl Marx y Max Weber entre otros, es considerado uno de los padres fundadores de dicha ciencia o disciplina.

Según Durkheim, para el conocimiento de la sociedad se exige datos exteriores de la mente procedentes de observaciones y experimentos, por lo que para trabajar bajo esta premisa crea reglas para la investigación social que incluyen eliminar radicalmente los prejuicios, comprender un grupo de fenómenos definidos de antemano y considerar los hechos sociales como independientes de sus manifestaciones individuales.

El objeto de estudio de la sociología entonces será el de los hechos sociales colectivos y obligatorios para el individuo.

Según su visión, las ciencias sociales debían ser puramente holísticas, esto es, la sociología debía estudiar los fenómenos atribuidos a la sociedad en su totalidad en lugar de centrarse en las acciones específicas de los individuos.

Los sociólogos anteriores veían a la sociología no como un ámbito autónomo de investigación, si no a través de acercamientos psicológicos u orgánicos. Por el contrario, Durkheim concibió la existencia de fenómenos específicamente sociales que constituyen unidades de estudio que no pueden ser abordadas con técnicas que no sean las específicamente sociales. Asimismo, redefinió la sociología como la ciencia que tiene como objeto el estudio de estos hechos sociales.

Durkheim definió los hechos sociales en Las reglas del método sociológico como: “modos de actuar, pensar y sentir externos al individuo y que poseen un poder de coerción en virtud del cual se imponen a él”.

Dichos hechos existen con anterioridad al nacimiento de un individuo en determinada sociedad, por ende, son exteriores a él. Son colectivos porque son parte de la cultura de la sociedad. Y son coercitivos porque los individuos se educan conforme a las normas y reglas de la sociedad sólo por el hecho de nacer en ella. Durkheim afirmó: “si existían antes es que existen fuera de nosotros”, y menciona como ejemplos la lengua natal, la escritura y el sistema monetario.

Durkheim también ratificó que la sociedad era algo que está fuera y dentro del individuo al mismo tiempo gracias a que adopta e interioriza sus valores y su moral. El hecho social tiene una fuerte capacidad de coerción y de sujeción respecto del individuo. Por consiguiente, el hecho social no puede reducirse a simples datos psicológicos y la conciencia colectiva tiene supremacía siempre sobre el pensamiento individual, siendo entonces la sociedad, y no el individuo, la unidad de análisis primordial de la sociología.

Él determina que hay una relación bilateral entre la delincuencia y la sociedad, y que ésta última es la creadora de la criminalidad. Parte de la base de que cada sociedad o entorno social produce los delincuentes que se merece.

1.5.2.3 MAXIMILIANO LEOPOLD VON WIESE

De origen alemán (diciembre 1876 / enero 1969). A partir del formalismo sociológico desarrolla su “Teoría de los Procesos Sociales”. Sostiene que la descripción científica de la sociedad tiene que limitarse a la descripción y caracterización de los procesos que la constituyen, y aunque éstos son infinitos y cambiantes, muestran determinadas formas de repetición y continuidad.

Los procesos sociales pueden catalogarse además como:

1. De unión
2. De separación
3. De unión y separación simultáneos.

1.5.2.4 MAX SCHELER.

Nacido el 22 de agosto de 1874 en Munich y murió el 19 de mayo de 1928 en Frankfurt. Fue un filósofo alemán de gran importancia en el desarrollo de la fenomenología, la ética y la antropología filosófica, aparte de ser un clásico dentro de la filosofía de la religión.

Fue uno de los primeros en señalar el peligro que implicaba para Alemania el advenimiento del nazismo. Hijo de padre luterano y de madre judía se convirtió inicialmente al catolicismo, del que más adelante se distanció.

Basándose en una analogía superficial a la teoría de la relatividad, pretende fundar un perspectivismo histórico.

La sociología del saber de Scheler sostiene, como punto de partida, que los modos de pensar y conocer dependen, de alguna manera, de la realidad social en la que se fundamentan.

Uno de los propósitos esenciales es la investigación de las leyes que rigen la producción, tanto por los factores ideales como por los materiales. Niega la dependencia del factor material respecto del espiritual.

1.5.2.5 CARLOS MARX 1818 – 1883

Fue un filósofo, intelectual, pensador y militante socialista alemán de origen judío.

Pretendía un socialismo científico bajo la estrecha colaboración con Engels, basado en la crítica sistémica del orden establecido y el descubrimiento de las leyes objetivas que conducirían a su superación, determinando, así, la fuerza de la revolución como punto de partida para acabar con la hegemonía burguesa y la opresión de la clase obrera, plasmando a lo que ellos llamaron el “*Manifiesto comunista*” para tal fin. Creía que, desapareciendo las contradicciones de las clases sociales, ya no sería necesario el poder coercitivo del Estado. Con esto establece la primacía en el liderazgo socialista.

Algunos puntos destacables de su sociología son:

- 1). Todos los procesos de la vida social cambian, aunque se encuentren conectados entre sí y se influyan unos a otros.
- 2). El hombre interviene en el desarrollo de los fenómenos sociales y naturales aprovechando sus conocimientos científicos.
- 3). El hombre se ha desarrollado gracias al trabajo.
- 4). Los hombres de la sociedad ocupan un lugar determinado.
- 5). La lucha de clases es el motor de la historia.
- 6). A cada quién según su trabajo.

1.5.2.6 FRIEDRICH ENGELS 1820 – 1895

Destaca por afirmar que el problema de vivienda se deriva no sólo del aumento de la población inmigrante rural-urbano, sino también de la especulación urbana de terrenos y casas que empujan al obrero a las viviendas periféricas siempre en condiciones deplorables, con el libro *la situación de la clase obrera en Inglaterra (1845)*. Y además analiza la religión como el producto del desarrollo histórico de la sociedad, adhiriéndose fuertemente a la ideología socialista-marxista, con quien mantuvo una estrecha amistad.

Asegura que el trabajo no sólo es la fuente de toda riqueza, si no que es la condición básica y fundamental de toda la vida humana.

1.5.2.7 MAX WEBER 1864 - 1920

En 1909 fundó la Asociación Sociológica Alemana. Nos dice que la sociología es la ciencia que intenta la comprensión interpretativa de la acción social para llegar por ese medio a una explicación causal, atendiendo a su sentido o intención subjetiva. Además, asegura que la conducta humana tiene una cierta intención que puede tener sentido y se reflejará con una acción comprensible a diferencia de un modo de conducta simplemente reactivo. Nos habla de varios tipos de conducta, entre ellos:

- 1) Racional
- 2) Racional con arreglo a valores
- 3) Afectiva
- 4) Tradicional

En Alemania, la sociología fue reconocida formalmente como disciplina académica en la primera década del siglo XX, en gran parte gracias a los esfuerzos del economista e historiador alemán Max Weber, frente a los intentos por parte de Francia y de los países de habla inglesa de modelar la disciplina según las ciencias físicas. La sociología alemana se basó en una amplia erudición histórica modulada por la influencia del marxismo, muy presente en el trabajo de Weber. Los esfuerzos del filósofo alemán Georg Simmel por definir la sociología como una disciplina independiente subrayaron el enfoque humano del idealismo filosófico alemán.

1.5.2.8 CARLOS MANNHEIM 1893-1947

Sociólogo alemán. Enseñó en la Universidad de Frankfurt hasta 1933, año en que se exilió ante la instauración del nazismo. De este período data su obra principal, *Ideología y utopía* (1929), en la que abogó por las creencias subjetivas o conocimiento subjetivo, a lo que dio preferencia sobre los hechos comprobables.

Posteriormente enseñó en la Escuela de Economía (1933-45) y en el Instituto de Educación (1945-47) de la Universidad de Londres. En su otra gran obra, *Libertad, poder y planeación democrática*, publicada póstumamente en 1950, opuso la doctrina de la auto-restricción universal y el consenso a la planificación totalitaria. Este consenso debe basarse en los ideales morales y religiosos del individuo.

Para él, la sociología es una ciencia que busca la coordinación de los estudios que realizan las diferentes ciencias sociales. Debe incluir también el estudio de los significados que unen o dividen a los hombres en relación con las estructuras sociales.

Crea los conceptos de Ideología y Utopía: el primero se refiere al conjunto de ideas de las clases dominantes, el segundo se refiere a las ideas que reinan entre los dominados. Divide además a la Sociología del Conocimiento en tres partes:

1. Análisis concreto de la forma como la realidad social se vincula o da origen al pensamiento político, social, moral, etc.
2. Elaboración de los criterios para juzgar el papel social que el conocimiento representa independientemente que sea falso o verdadero.
3. Planteamiento de una teoría nueva del conocimiento.

1.5.2.9 FRANZ RITTER VON LISZT 1851 - 1919

Jurista y político alemán de origen austríaco conocido por sus aportes en el campo del Derecho Penal y del Derecho Internacional Público.

Von Liszt integra la corriente "causalista naturalista" en la teoría del delito a la que también pertenece Ernst von Beling. Según los causalistas naturalistas, la acción es una causación o no evitación de una modificación (de un resultado) del mundo exterior mediante una conducta voluntaria.

- El delito en la Escuela sociológica alemana.

Franz Von Liszt establece una orientación positiva biosociológica. El delito tiene base predeterminada, se adhiere a los principios de la Escuela de Marburgo. Von Liszt enuncia los postulados de esta nueva corriente ideológica en una conferencia en 1881 en la universidad de Marburgo. Posteriormente desarrolla su pensamiento en varios trabajos y muy particularmente en su Tratado de Derecho Penal. Liszt sostuvo que el delito es el resultado de causas de diversa índole, unas de carácter individual, otras de carácter externo, físicas y sociales, primordialmente económicas.

La pena se justifica porque mantiene el orden jurídico, y como consecuencia de ello, la seguridad social. La pena es de carácter preventivo y no sólo retributivo. La característica esencial de esta doctrina está por el rechazo de la concepción antropológica y unilateral del delito, a la par que se realiza la importancia de lo social de donde deriva su designación.

Franz Von Liszt, inspirado en los principios de la Escuela de Marburgo funda en 1888 La *Unión Internacional De Derecho Penal* junto a Adolfo Merkel y Ricardo Hamel. Se encauza así en la línea de escuelas intermedias.

1.5. 3 ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL TÉRMINO CONTROL SOCIAL.

1.5.3.1 CONCEPTO DE CONTROL SOCIAL

El Control Social suele definirse como el conjunto de prácticas, actitudes y valores destinados a mantener el orden establecido en las sociedades. Aunque a veces el control social se realiza por medios coactivos o violentos, también incluye formas no específicamente coercitivas como los prejuicios, los valores y las creencias.

En este sentido se puede afirmar que el control social es un conjunto de procedimientos, recursos o dispositivos por medio de los cuales la sociedad u otros grupos dentro de ella consiguen que la conducta de sus componentes (individuos o grupos) se conforme a lo que de los mismos se espera, esto último suele confundirse –afortunadamente no con mucha frecuencia– con la libertad de hacerse justicia de propia mano arguyendo la falta de acción de las autoridades legalmente constituidas. Podemos enumerar algunos ejemplos en distintas comunidades de nuestra República Mexicana.

El origen del término “Control Social” se remonta a la segunda mitad del Siglo XIX en los EE. UU., mismo que se encuentra asociado a la necesidad de integrar en un mismo marco social a las grandes masas de inmigrantes, que como fuerza de trabajo, acudieron a la convocatoria migratoria generada por el proceso de industrialización de la potencia norteamericana.

La necesidad de organización de esta creciente migración, caracterizada por su variada cosmovisión cultural, religiosa, etc., demandó la necesidad de localizar vías sociológicas de integración que superaran esas diferencias culturales y que, a partir del desarrollo de normas de comportamiento, garantizaran una convivencia social organizada.

A raíz de esto aparece el fenómeno del Control Social. La paternidad científica de la expresión "Control Social" se atribuye al sociólogo norteamericano EDWARD ROSS, quién la utilizó por primera vez como categoría enfocada a los problemas del orden y la organización social en la búsqueda de una estabilidad social integrativa resultante de la aceptación de valores únicos y uniformadores de un conglomerado humano diverso en sus raíces étnicas y culturales.

La pretendida coincidencia axiológica propugnada por ROSS alrededor del concepto de Control Social, motivó que su posición científica fuese catalogada críticamente dentro del "monismo social" .

El sentido otorgado por ROSS a este nuevo concepto excluía, de cierto modo, los controles estatales tanto legales como políticos, los que en la práctica demostraron su inoperancia para construir la necesaria armonía social. Desde esta perspectiva, la esencia controladora sería asumida por la sociedad a través de la interacción social persuasiva de la que se derivaba el modelamiento de la conciencia individual a las necesidades de su entorno, produciéndose entonces, un proceso de asimilación e internalización individual de las normas culturales. Precisamente el enfoque monista de este autor radicó en una identificación única de las "necesidades culturales".

La ulterior evolución de la categoría Control Social se asocia al desarrollo

de la sociología académica norteamericana, y más concretamente, a la influencia de la conocida "Escuela de Chicago" que se hace referencia a los procesos de interacción como base de la comunicación social otorgándole, a esta última, capacidad cohesionadora y estructuradora del consenso en las grandes urbes estadounidenses. "Esta perspectiva se apoya en el pragmatismo de la psicología social de George H. Mead y la filosofía política de John Dewey que les permitió distanciar el concepto de control social de lo que el último llamaba control público, o sea, de las estrategias de disciplina social que pudieran surgir desde el estado alejadas de las formas organizativas que el derecho estatal pueda imponer".

La posición anterior de la exclusión estatal del Control Social resultó superada por los condicionamientos objetivos impuestos, y según la ocasión, de la imperiosa necesidad surgida de las consecuencias de la Gran Depresión Económica de EE. UU. (1929-1930), motivo por el cual, el Estado Norteamericano comienza a asumir el papel de centralizador estratégico del control de la sociedad principalmente a través del Derecho como instrumento regulador por excelencia. Se produce así, una ruptura entre la teoría sociológica y la praxis del Control Social en la sociedad estadounidense. Dicha reorientación práctica asigna al Estado la capacidad organizativa del conglomerado social, criterio que se explica y consolida mediante la corriente estructural-funcionalista.

Los representantes de la corriente estructural-funcionalista que mayor trascendencia tuvieron en el tema que nos ocupa, fueron: DURKHEIM, PARSONS y MERTON. Todos ellos, de una u otra forma, coinciden en reconocerle a la organización estatal una alta cuota de representatividad en el Control Social de la conducta desviada.

El sociólogo francés ÉMILE DURKHEIM se destaca en el ámbito del

estudio delictivo por su tesis sobre la normalidad de la criminalidad y el importante rol que juega esta última en el mantenimiento de la cohesión y la solidaridad social, llegando a afirmar que el delito representa un "factor de salud pública" por cuanto garantiza la movilidad y alternancia de la generalidad de las normas sociales, incluidas las que promulga el Estado a través del Derecho. Uno de los principales méritos científicos de este autor radica en la aportación del concepto de "anomia", entendido como la ausencia o carencia de efectividad de las normas sociales de todo tipo, aspecto que a su modo de ver, genera una especial desorganización colectiva por la pérdida de la capacidad reguladora del control social normativo. La anomia, en sí, expresa crisis, perturbaciones de orden colectivo y desmoronamiento de las normas y valores vigentes en una sociedad (el orden social), como consecuencia de una transformación o cambio social producido súbitamente. DURKHEIM sostiene que si la sociedad cumple adecuadamente, tanto la colectividad como cada uno de sus miembros, lograrán un orden estable que les permitirá desarrollarse plenamente. Cuando esto no ocurre, y la sociedad cae en una situación de anomia, pierde su fuerza para regular e integrar a los individuos ocasionándoles consecuencias tan devastadoras y adversas como el suicidio. TALCOTT PARSONS, siguiendo la línea de DURKHEIM reconoce, en este último, la profundidad del tratamiento respecto a la naturaleza del Control Social y a la significación de la conformidad moral. PARSONS enfoca el concepto desde la óptica psico-sociológica, estableciendo una relación congruente entre la desviación y la carencia de control. Su principal trascendencia científica estriba en el profundo reconocimiento del Derecho como manifestación del Control Social destinado, como toda variante controladora, a garantizar el orden social. Aunque mantiene una cierta discrepancia con la pretendida dicotomía o alejamiento entre la función de control y la gestión estatal sostenida originariamente por los miembros de la Escuela de Chicago. A esta última se la relaciona también con las teorías ecológicas que vinculan al fenómeno criminal con la estructura social en la que

se desenvuelve en función del ambiente que la rodea (desorganización social).

Las principales ideas teóricas de MERTON, discípulo de PARSONS y continuador del concepto de anomia aportado por DURKHEIM, se derivan del estudio de la sociedad norteamericana a la que califica como una sociedad anómica (que no actúa conforme a las normas establecidas). El objetivo central de su obra se asienta en demostrar que algunas estructuras sociales son claramente criminógenas al propiciar que las personas se decidan por el comportamiento desviado, o sea, cómo algunas estructuras sociales ejercen una presión definida sobre ciertas personas de la sociedad para que sigan una conducta inconformista y no una conducta conformista. Este autor "supo elaborar un concepto sofisticado de control social que combinase su manifestación interna o individual con la institucional o social". BERGALLI, reconocido estudioso de la evolución histórica en el uso del término Control Social, otorga relevancia a los aportes realizados por MERTON como representante de la corriente estructural-funcionalista.

Antes de surgir el Control Social como teoría, debe destacarse la Teoría del Aprendizaje Social. Ésta sostiene que la comisión de los delitos es una conducta aprendida a partir de la interacción social en el contexto de ciertos grupos. De este modo, surge de un proceso socializador en el que se transmiten los elementos culturales propios de los sectores criminales, el aprendizaje que incluye tanto las técnicas del crimen como la consideración de motivos, impulsos, actitudes y aparentes justificaciones. Es decir, consisten en una interacción recíproca y continua entre los determinantes cognoscitivos, los comportamentales y los ambientales²⁴. No obstante, detractores como Sykes y Matza con la teoría de las técnicas de neutralización, critican esta postura argumentándose en que es una posición demasiado simple, así como

²⁴ Bandura, A. (1987). Teoría del aprendizaje social (trad. Ángel Rivière y 3ª ed). Espasa-Calpe: Madrid. Pág. 10.

determinista, ya que presentan, por ejemplo, a los adolescentes como delincuentes o no delincuentes cuando la realidad señala que los delincuentes juveniles no son diferentes del todo de los otros jóvenes²⁵.

1.5.4 REPRESENTATES

1.5.4.1 DARÍO MELOSSI

Profesor de Criminología en la Facultad de derecho de la Universidad de Bolonia donde obtuvo la Licenciatura. Realizó, además, un doctorado en Sociología por la Universidad de California en Santa Bárbara.

Sus publicaciones más conocidas son: *la cárcel y la fábrica* (en coautoría con Massimo Pavarini), *el estado del Control Social: un sociológico estudio de conceptos de estado y Control Social*.

Durante los años ha elaborado estudios sobre un interés en el campo de la sociología de castigo.

Más recientemente, después de su regreso a Europa a mediados de la década de 1990, ha estado investigando la cuestión de la criminalización de los migrantes en el contexto de la construcción de una Unión Europea.

²⁵ En contra de las teorías subculturales del aprendizaje, los valores sociales convencionales y los valores de la subcultura delincuente están interrelacionados. Las formas de delincuencia son una parte subterránea de la cultura convencional. Lanier, M. y Stuart, H. (2004), *Essential Criminology*. Malden, MA: Westview Press Inc. Págs. 136, 146 y ss. En López Rey, M. (1976). *Criminología*. Madrid: Tecnos. Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid. Pág. 157. Muncie, J. (1999). *Youth and Crime* (1° ed.). London: Sage Publications. Págs. 117 y 118.

Desde una perspectiva sociológica más allá de Marx, Melossi re-describe las teorías clásicas sobre el Estado (Maquiavelo, Hobbes, Locke) y el eventual desarrollo contemporáneo (Kelsen en particular) de la teoría jurídica y el poder político. Su conclusión nos muestra la realidad de un Leviatán resucitado y la aparición del estado de control social en las sociedades de masas, más allá del Panóptico.

Presenta una perspectiva original y bien definida de la forma en que se ha desarrollado el control social en las sociedades modernas. La cohesión social se ha organizado históricamente debido, en parte, a los cambios que se han presenciado en el concepto de estado, así como a los que han ocurrido en cuanto al orden político y social.

1. 5.4.2 MASSIMO PAVARINI

Pavarini reacciona críticamente contra la corriente funcionalista exponiendo que, si bien los funcionalistas amónicos explican la conducta desviada desde la contradicción entre valores culturales y valores instrumentales, no clarifican cuáles son las razones esenciales que producen esta dicotomía. "En este sentido se ha hablado de la teoría de la anomia como un modelo teórico suficiente para dar fundamento sólo a algunas investigaciones empíricas limitadas y de un cierto tipo, las que contemplan la criminalidad contra la propiedad por parte de las clases subalternas en una sociedad como la estadounidense". Otras posiciones críticas fueron asumidas por los principales teóricos del control, quienes cuestionaron las posibilidades de confirmación empírica del enfoque estructural funcionalista.

Pavarini asegura que "la aportación determinante del positivismo

criminológico respecto a las instancias de control social presentes en la sociedad de la época consistió en valorar, por un lado, una concepción abstracta y a-histórica de la sociedad y, por otra parte, interpretar a ésta como realidad orgánica que se funda en el consenso alrededor de los valores y los intereses asumidos como generales, o sea, que significa proponer a la sociedad como un bien y a la desviación criminal como un mal, y por tanto, a la política criminal como legítima y necesaria reacción de la sociedad para la tutela y la afirmación de los valores sobre los que se funda el consenso de la mayoría".

1. 5.4.3 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

Eugenio Raúl Zaffaroni nace en Buenos Aires, Argentina, el 7 de enero de 1940. Abogado y escribano argentino graduado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires en 1962, doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad Nacional del Litoral (1964) y ministro de la Corte Suprema de Justicia de su país desde 2003, nombramiento otorgado con vigencia hasta el 2015.

Otros de los principales cargos de Zaffaroni relacionados con el tema de este modesto trabajo son los siguientes:

Director y coordinador entre 1983 y 1986 del Programa de Sistemas Penales y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Redactó el informe preliminar (publicado en Buenos Aires, Depalma, 1984) que se debatió en el seminario de San José, en 1983, proyectó el informe final que se revisó en un seminario cerrado en Buenos Aires en 1985 y se discutió en el seminario organizado con "la Orden dos Abogados do Brasil" en Rio de Janeiro en diciembre del mismo año, publicándose en Buenos Aires (Depalma) y en México (Revista Mexicana de Justicia) en 1986.

Director y coordinador, entre 1986 y 1990, de la segunda parte del Programa de Sistemas Penales y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos sobre "Derecho Humano a la vida y sistema penal" que realizó su primer seminario en Bogotá en 1987, el segundo en Salvador de Bahía en 1988 y el tercero, en que se discutió el borrador el informe final, en San José, en 1990. El informe final se publicó en Bogotá en 1993 ("Muertes anunciadas", Ed. Temis).

Posteriormente –1993– escribe un libro con el mismo título –“Muertes anunciadas”– Penalista argentino que nos recuerda insistentemente la importancia de prevenir el genocidio y no sólo de sancionarlo, pues el genocidio no es el delito mayor que ha conocido la historia de la humanidad, si no que, además, es el resultado de una preparación meticulosa, de cálculos operativos, de mediciones temporales, de construcción milimétrica en la generación de traumas e historias para convertir a los genocidas en intocables y seguir perpetrando sus actos criminales a través de la historia. De esta forma, la impunidad se convierte en premio al delito.

Zaffaroni sostiene que en la construcción conceptual de la estructura del delito, con independencia de las llamadas escuelas penales, clásica, positiva, ecléctica, etc., hay cierta unanimidad entre los estudios de la ciencia penal en admitir, por lo menos, seis construcciones sistemáticas que son: el “Causalismo clásico” (naturalismo), el “Causalismo Neoclásico” (neokantismo), el “Causalismo Total o Irracional” (escuela de Kiel), El “Finalismo”, el “Funcionalismo moderado” y el “Funcionalismo Radical.”²⁶

²⁶ Zaffaroni, E. R. (1988). Manual de Derecho Penal (2ª. Ed.) México: Cárdenas, p. 333.

Raúl Plascencia Villanueva refiere que: “desde el primer Código nacido en 1871 y pasando por el de 1929 y hasta llegar al de 1931, se adoptaron postulados clásicos y neoclásicos siendo ordenamientos que por el mismo momento de su origen ignoraban en toda medida las tendencias finalistas, circunstancia que reflejó en gran medida la corriente adoptada y defendida por los autores mexicanos, los cuales en su mayoría, siguen siendo fervientes defensores de la tradición clásica, neoclásica y causalista del derecho penal”.

1. 5.4.4 MICHEL FOUCAULT

Michael Foucault se preocupó en describir la forma en que la cultura moderna y occidental realiza el control social a lo ancho y a lo largo de todo su sistema social y cultural. Esto ha atraído a algunos educadores a considerar que su pensamiento debe ser examinado por el mundo educacional.

J. J. Brunner resume así el pensamiento de Foucault acerca del control social:

“...la idea foucaultina del disciplinamiento, esto es, la existencia de una tupida malla de dispositivos disciplinarios diseminados a lo ancho de la sociedad –especialmente a través de sus instituciones centrales como la familia, la escuela, la fábrica, el ejército, la policía, la cárcel, la burocracia, las ciencias y técnicas--, que bastarían para reproducir continuamente los comportamientos requeridos por el funcionamiento del orden capitalista, independiente de las motivaciones y valores de las personas”.

Para Junger Habermas:

“...El ‘sistema foucaultiano’ transforma todo saber en poder, y proyecta un mundo en que el sujeto, aprisionado en el sistema de control y

vigilancia totales, no dispone ya de posibilidad alguna de actuar autónomamente, en una palabra: la manera como ese sistema ‘des-subjetiviza’ todas las relaciones sociales”.

En *Vigilar y castigar* Michel Foucault hace un examen de los mecanismos sociales y teóricos que hay detrás de los cambios masivos que se produjeron en los sistemas penales occidentales durante la era moderna.

Esta obra –*Vigilar y castigar*– está dividida en cuatro partes:

1. Suplicio;
2. Castigo;
3. Disciplina; y
4. Prisión.

1. SUPPLICIO: Según Foucault, desde la Edad Media el suplicio era un riguroso modelo de demostración penal, cuyo objetivo era el de manifestar la verdad que se había obtenido gracias al resto del proceso penal, y que hacía del culpable el pregonero de su propia condena al llevar el castigo físicamente sobre su propio cuerpo (paseo por las calles, cartel, lectura de la sentencia en los cruces...). Además, el suplicio también consistía en un ritual político, ya que en el derecho de la edad clásica el crimen suponía, sobre todo, un ataque al soberano, que era aquel del que emanaba la ley. Por tanto, la pena no sólo debía reparar el daño que se había cometido, si no que suponía también una venganza a la afrenta que se había hecho al rey.

Sin embargo, entre los siglos XVII y XIX comienzan a desaparecer los suplicios, debido básicamente a dos procesos:

- a) *La desaparición del espectáculo punitivo.* Los días de ejecución y de suplicio eran momentos propicios para que se cometieran desórdenes entre el público. Con frecuencia el condenado llegaba a convertirse en objeto de admiración. A partir del siglo XIX, el castigo pasa a ser la parte más oculta del proceso penal.

- b) *El relajamiento de la acción sobre el cuerpo del delincuente.* Aunque las nuevas penas (trabajos forzados, prisión, etc.) también son “físicas”, el cuerpo se toma en ellas como un medio para privar al delincuente de la libertad. El objeto de la operación punitiva deja de ser fundamentalmente el cuerpo y pasa a ser el alma. Deja de juzgarse simplemente un hecho delictivo para pasar a juzgarse toda una serie de pasiones, instintos, anomalías, inadaptaciones, etc. con las que se califica a los individuos, los “delincuentes”, --no ya sobre lo que han hecho, si no sobre lo que son, serán y pueden ser--. Esto, a su vez, supondrá la aparición de toda una serie de expertos (psiquiatras, educadores, funcionarios carcelarios, etc.) alrededor del castigo.

2. CASTIGO: A partir de la segunda mitad del siglo XVIII aparecen numerosas protestas en contra de los suplicios que se consideran tanto vergonzosos como peligrosos. Estas críticas se basan sobre todo en el concepto de “humanidad” como algo que se debe respetar incluso en el peor de los asesinos. Sin embargo, según Foucault, estas detracciones esconden algo más profundo: la búsqueda de una nueva “economía del castigo”.

Los cambios sociales del siglo XVIII, y fundamentalmente el aumento de la riqueza, suponen una disminución de los crímenes de sangre y un aumento

de los delitos contra la propiedad. En este contexto, la burguesía emergente siente la necesidad de un ejercicio más escrupuloso de la justicia, que castigue toda una pequeña delincuencia que antes dejaba escapar y para la que el suplicio resulta totalmente desmedido. Por lo tanto, lo que piden los reformadores a lo largo de todo el siglo XVIII es *castigar con una severidad atenuada, quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad*.

En este contexto, se considera que el delito ataca a la sociedad entera que tiene el derecho de defenderse de él y de castigarlo. El castigo ya no puede concebirse como una venganza, sino que se justifica a partir de la defensa de la sociedad y de su utilidad para el cuerpo social (aparece, así, la importancia de la prevención del delito). Este nuevo poder de castigar se basa en seis reglas básicas:

- *Regla de la cantidad mínima*: Se comete un crimen porque se espera obtener ventajas. Del mismo modo, el castigo tiene que superar, pero sólo un poco, esas ventajas.
- *Regla de la idealidad suficiente*: La eficacia de la pena descansa en la desventaja que se espera de ella. De esta forma, el castigo tiene que basarse, sobre todo, en la representación que el posible delincuente hace de él.
- *Regla de los efectos laterales*: Los efectos más intensos no se deben producir en el culpable, si no en los que pudieran llegar a serlo.

- *Regla de la certidumbre absoluta*: Debe tenerse una seguridad de que el delito va a ser castigado y no quedar impune. Por tanto, el aparato de justicia debe ir unido a un órgano de vigilancia, la policía y la justicia deben ir juntas.
- *Regla de la verdad común*: Siguiendo las reglas del método científico, la investigación abandona el antiguo modelo inquisitorial para adoptar el de la investigación empírica.
- *Regla de la especificidad óptima*: Es necesario que todas las infracciones estén especificadas. Asimismo, debe haber una individualización de las penas para que se acomoden a las características de cada delincuente que se percibe como un individuo al que es necesario conocer. Aquí tendrán acomodo las ciencias humanas y sociales aplicables en la penalidad.

Las nuevas penas que se buscan para desarrollar esta nueva tecnología del castigo tienen que cumplir varias condiciones:

- Deben ser lo menos arbitrarias posible: el vínculo entre delito y castigo debe ser inmediato.
- Hay que basarse en los intereses del posible delincuente: si el interés es la fuerza que mueve al delito hay que utilizar esa misma fuerza para evitarlo.

- Es necesaria una modulación temporal: Una pena definitiva supondría que el trabajo que se invierte en el delincuente sería desaprovechado, pues el delincuente regenerado no volvería a la sociedad
- El castigo afecta sobre todo a los posibles delincuentes, el culpable no es más que uno de sus blancos. Además, los castigos pueden ser considerados como una retribución que el culpable da a cada uno de sus conciudadanos por el crimen que los ha perjudicado a todos.
- El castigo público debe ser como un libro de lectura en donde puedan leerse las propias leyes. Los castigos deben ser una escuela y no una fiesta.
- Hay que acabar con la gloria ambigua de los criminales.

3. DISCIPLINA: En esta tercera parte, Foucault pasa a hacer un análisis de los cambios aparecidos en instituciones como hospitales, cuarteles, escuelas, etc., con el fin de relacionar las nuevas formas de control de los individuos que aparecen en estos escenarios con el análisis de la economía del castigo.

A partir del siglo XVIII hay un descubrimiento de técnicas que permiten un control minucioso del cuerpo que se recogen en reglamentos militares, escolares y hospitalarios. Foucault denomina a estas técnicas “disciplinas”.

Las disciplinas basan su éxito en la utilización de instrumentos simples:

- *Vigilancia jerárquica:*

La vigilancia debe ser una mirada que vea sin ser vista. Por ejemplo, empezarán a construirse edificios que no estén hechos para ser vistos (palacios), ni para ver el exterior (fortalezas), si no para permitir un control interior. De esta forma se van constituyendo el hospital-edificio (como instrumento de la acción médica), la escuela-edificio (como máquina-pedagógica), etc.

- *Castigo disciplinario:*

En todos los sistemas disciplinarios funciona algún tipo de mecanismo penal: sus propias leyes, sus castigos especificados, sus normas de sanción...

- Lo que la disciplina castiga realmente son las desviaciones. Los castigos disciplinarios están para hacer respetar un orden artificial (un reglamento), pero también un orden “natural” definido por unos procesos naturales y observables como la duración de un aprendizaje o el nivel de aptitud alcanzado.

- Dado que el castigo disciplinario tiene por función reducir las desviaciones debe ser fundamentalmente correctivo.
 - Todas las conductas y las cualidades se califican a partir de los dos polos del bien y el mal, instaurando una cuantificación que permite obtener un balance. De esta forma, lo que se califica ya no son las acciones, si no a los individuos mismos.
 - Esta contabilidad de premios y sanciones permite establecer con exactitud el rango de cada uno, de modo que la disciplina es capaz de *premiar* simplemente concediendo ascensos y de *castigar* degradando.
 - Por tanto, el castigo del poder disciplinario no tiende a la expiación, si no a la normalización.
-
- *Examen:*

El examen «*es una mirada normalizadora, una vigilancia que permite calificar, clasificar y castigar*». El examen, que va a ser absolutamente esencial en la constitución de las ciencias humanas y sociales, se basa en los siguientes mecanismos:

- Tradicionalmente el poder es lo que se ve, y aquello sobre lo que se practica permanece en la sombra. Sin embargo, el poder disciplinario se realiza haciéndose invisible y ejerce sobre quiénes se ejerce una visibilidad obligatoria.

- El examen va acompañado de un sistema de registro y de acumulación documental. De esta manera, el individuo se constituye en objeto descriptible, analizable, que se estudia en sus rasgos particulares y en su evolución individual, y por otra parte, se constituye un sistema comparativo que permite el estudio de fenómenos globales y la descripción de grupos.

- El examen hace de cada individuo un “caso”. Antes, el ser descrito y seguido detalladamente era un privilegio. Con el examen, en cambio, se hace de esta descripción detallada un medio de control y dominación.

Todo esto supone una construcción distinta de la individualización. En el Antiguo Régimen, cuanto mayor poderío se tiene, más marcado se estaba como individuo (mediante rituales, representaciones, etc.). Sin embargo, en un régimen disciplinario, el poder se vuelve más anónimo y funcional y, por el contrario, se individualiza más a aquellos sobre los que el poder se ejerce con más fuerza.

Es precisamente el que se sale de la norma (el niño, el enfermo, el loco, el condenado) el que se describe y registra más rigurosamente.

4. PRISIÓN: La finalidad de las prisiones ha ido cambiando a través de la historia. Pasó de ser un simple medio de retención para el que esperaba una condena, a ser una condena en sí misma. En algunos países (principalmente los democráticos), un medio que tenía como objetivo era el proteger a la sociedad de aquello que pudieran resultar peligroso para ella a la vez que se intentaba su reinserción, pero también podía ser utilizado como un medio de presión política en momentos difíciles.

Aunque la prisión no era algo nuevo, en el paso del siglo XVIII al XIX comienza a imponerse como castigo universal debido a que presenta ciertas ventajas respecto a las anteriores formas de pena:

- En una sociedad en la que la libertad es el bien por antonomasia, su privación también aparece como un mal para todos y aparece como un castigo “igualitario”.
- La prisión permite cuantificar exactamente la pena mediante la variable dependiente tiempo.

- La prisión asume el papel de transformador de la conducta de los individuos, y para ello reproduce, en forma acentuada, todos los mecanismos disciplinarios que aparecen en la sociedad.

Los principios fundamentales sobre los que se asienta la prisión para poder ejercer una educación total sobre el individuo son los siguientes:

- *El aislamiento del condenado*: que garantiza que el poder se ejercerá sobre él con la máxima intensidad, ya que no podrá ser contrarrestado por ninguna otra influencia.
- *El trabajo*: que está definido como un agente de la transformación penitenciaria. No es la producción en sí lo que se considera intrínsecamente útil, si no los efectos que ejerce sobre el penado que se ha de transformar en un individuo que sigue las normas generales de la sociedad industrial.
- *La modulación de la pena*: que permite cuantificar exactamente las penas y graduarlas según las circunstancias. Además, la duración de la misma debe ajustarse a la transformación del recluso a lo largo de dicha pena. Ahora bien, esto implica que tiene que haber una autonomía del personal que la administra: el director de la prisión, el capellán, y más adelante, psicólogos o asistentes sociales. Es su juicio, en un sentido de diagnóstico científico, el que debe llevar a la modulación o incluso suspensión o reducción de la condena.

La prisión se convierte principalmente en una máquina de modificar el alma de los individuos. Lo penal y lo psiquiátrico se entremezclan. La delincuencia se va a considerar como una desviación patológica que puede analizarse como otro tipo de enfermedad. A partir de aquí puede establecerse el conocimiento “científico” de los criminales y aparece la criminología como ciencia. Así, la prisión se convierte en una especie de observatorio permanente de la conducta en un aparato de saber.

Foucault señala que la crítica a la prisión comienza ya a principios del siglo XIX, y utiliza los mismos argumentos que podemos encontrarnos hoy en día: las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad, la detención provoca la reincidencia e incluso fabrica delincuentes, los ex-presos van a tener mucha dificultad para que la sociedad los acepte, la prisión hace caer en la miseria a la familia del detenido... Ahora bien, a pesar de estas críticas, la prisión se ha seguido defendiendo como el mejor instrumento de pena siempre que se mantengan ciertos principios (que ya aparecían a mediados del siglo XVIII):

- *Principio de la corrección:* La detención penal debe tener como función esencial la transformación del comportamiento del individuo.
- *Principio de la clasificación:* Los detenidos deben estar repartidos según criterios como su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se van a utilizar con ellos y las fases de su evolución.

- *Principio de la modulación de las penas:* El desarrollo de las penas debe poder modificarse de acuerdo con la individualidad de los detenidos.
- *Principio del trabajo como obligación y como derecho:* El trabajo debe ser uno de los elementos esenciales de cambio y de la socialización progresiva del detenido.
- *Principio de la educación penitenciaria:* La educación del detenido es una precaución en interés de la sociedad a la vez que una obligación frente al detenido.
- *Principio del control técnico de la detención:* El régimen de la prisión debe ser controlado por un personal especializado que posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos.
- *Principio de las instituciones anejas:* La prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del antiguo detenido.

Según Foucault, progresivamente las técnicas de la institución penal se transportan al cuerpo social entero, lo que tiene varios efectos importantes:

- Se produce una gradación continua entre el desorden, la infracción y la desviación respecto a la regla. En realidad la desviación y la anomalía (que lleva consigo el desorden, el crimen) obsesionan a las distintas instituciones (escuela, hospital, prisión).
- Aparecen una serie de canales, que a través de los cuales, se recluta a los “delincuentes” que con frecuencia pasan a lo largo de sus vidas por las instituciones que están destinadas precisamente a prevenir y evitar el delito: reformatorios, instituciones de asistencia, cárceles, etc.
- En la gradación continua de los aparatos de disciplina, la prisión no supone más que un grado suplementario en la intensidad del mecanismo que actúa ya desde las primeras sanciones. –en su función, este poder de castigar no es esencialmente diferente del de curar o el de educar–.
- El tejido carcelario de la sociedad es, a la vez, el instrumento para la formación del saber que el poder necesita. Las ciencias humanas han sido posibles porque se acomodaban a esta forma específica de poder.

Michel Foucault, en su obra "*Surveiller et punir*" (Vigilar y castigar), señala que su utilización como pena sancionadora de la delincuencia es un fenómeno reciente que fue instituido durante el siglo XIX. Antes de ese período la cárcel sólo se utilizaba para retener a los prisioneros que estaban a la espera de ser condenados (o absueltos) de una manera efectiva (castigo, ejecución). Los

prisioneros permanecían retenidos en un mismo espacio, sin consideración a su delito y tenían que pagar su manutención.

La desorganización era de tal magnitud que los sospechosos de un mismo delito podían, con toda facilidad, cambiar la versión de los hechos antes de su proceso. La aplicación de la justicia era de dominio público.

Michel Foucault menciona los *grandes recintos* o la *nave de los locos* como ejemplos particulares de privación de libertad anteriores a la época moderna. Contrariamente a la condena que establece una pena de prisión relativa a la falta cometida, las cárceles de ese momento servían como un medio de exclusión para todo tipo de personas marginales (delincuentes, locos, enfermos, huérfanos, vagabundos, prostitutas, etc.), todos eran encarcelados, sin orden ni concierto, a fin de acallar las conciencias de las "honradas" personas sin más aspiración que la de hacerlas desaparecer.

La creación de las penitenciarías surgió ante la necesidad de mantener en secreto el tratamiento de la delincuencia. Las ejecuciones, llevadas a cabo en público, fueron cada vez más discretas hasta desaparecer por completo de la vista pública. Las torturas, consideradas como bárbaras, tenían que ser modificadas por otra cosa. Foucault señala que la elección de la prisión se debió a una elección por defecto en una época en la que la problemática era, mayoritariamente, la de castigar al delincuente. La privación de libertad se revelaba como la técnica coercitiva más adecuada y menos atroz que la tortura. Foucault afirmó que desde sus principios la eficacia de las penas fue motivo de importantes debates.

La prisión evoluciono rápidamente, se convirtió en lo que Foucault denominó como una *institución disciplinaria*. Su organización consistía en un control total del prisionero que estaba vigilado constantemente por los carceleros. En la filosofía del Panopticón, de Jeremy Bentham, se encontró la perfecta ilustración de la nueva técnica carcelaria –este sistema se abordará en el capítulo Tercero–.

Las teorías de Foucault fueron puestas parcialmente en duda, pero se vieron mejoradas con los trabajos sobre la "*Sociología de la experiencia carcelaria*" de Gille Chantraine. Según este autor, si bien el castigo corporal dejó de existir, éste fue reemplazado por otra forma de castigo menos violenta, aunque siguió siendo castigo de acuerdo con los valores de las democracias occidentales.

Los objetivos de la cárcel fueron evolucionando con el transcurso del tiempo. Poco a poco, la idea de que el prisionero tenía que reparar el daño que había causado a la sociedad, resarcir el perjuicio causado, fue tomando conciencia en ésta. El encarcelamiento tenía que ir acompañado del trabajo, el delincuente pagaba o con la prisión o con una deuda. A veces no directamente a sus víctimas, si no a la sociedad que ha deteriorado con su comportamiento inadecuado o antisocial. Tras haber cumplido su condena y pagado su deuda, el delincuente quedaba exento de toda culpa y podía reemprender una nueva vida.

El hecho de considerar la prisión como un lugar de reeducación del delincuente se contempló tiempo después. La prisión se fijó en otros objetivos: el cambiar a los delincuentes y adaptarlos para una vida normal en la sociedad. Su principal idea era la de reeducar y reformar a los delincuentes que habían tomado un camino equivocado.

Los penales actuales están conformados por los preceptos herederos de estos ideales que, realmente, no se cumplen. La cárcel se justifica más o menos de acuerdo con los lugares y con los períodos en función de estos fines con los que fueron creados.

Efectos de la prisión:

Entre los efectos más destacables de la prisión se encontrarían los siguientes:

Biológico: aumentos del instinto de ataque al no ser posible la huida, problemas para conciliar el sueño (apenas de sueños, terrores nocturnos, bruxismo), problemas de privación sexual, sensoriales (visión, audición, gusto, olfato).

Somáticas: Se producen alteraciones en la imagen corporal que conduce a una falta de cuidado personal y a un déficit de la percepción del propio cuerpo. También otro síntoma físico es la tensión muscular por escasa movilidad, por la carencia de una dieta rica y equilibrada en nutrientes, por ansiedad y estrés, etc.

Psicológico: pérdida de la autoestima, deterioro de la imagen del mundo exterior debido a la vida monótona y minuciosamente reglada, acentuación de la ansiedad, la depresión, el conformismo, la indefensión aprendida, la co-dependencia y un sinnúmero de trastornos psicológicos como pueden ser: fobias, estrés postraumático o agudo, paranoias, esquizofrenia, psicosis, trastornos de ansiedad y trastornos de personalidad.

Social: contaminación criminal, alejamiento familiar, laboral, aprendizaje de pautas de supervivencia extremas (mentir, dar pena, etc.). Un deterioro en las relaciones sociales tanto inter como intra- personales.

Bajo esta reflexión y análisis sobre las condiciones del internamiento, se puede concluir que lo que está “loco” es el ambiente de la cárcel y no la conducta que adoptan quienes se encuentran reclusos en ella. Por lo tanto, para adaptarse a la prisión practican estrategias de supervivencia, es simplemente un mecanismo de defensa para poder sobrevivir en ese medio tan hostil y salvaguardar la integridad psicológica. Para entender las consecuencias de la cárcel es preciso entender las características del contexto penitenciario.

1. 6. TEORÍA SISTÉMICA

Desde un punto de vista de la sociología sistémica 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 su voluntad. 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 –los dictadores–.

Por lo tanto, estos mecanismos vendrían a constituir una de las partes más importantes de retroalimentación del sistema social para conservar su estabilidad (el factor homeostático –*conjunto de mecanismos que un ser vivo realiza para mantener constantes las condiciones de su medio interno respecto al externo, es decir, mantener el equilibrio biológico*–). Del mismo modo, podría decirse que constituye la parte conservadora de la sociedad (en contraposición con el cambio social que constituye la parte que reclama el cambio y la reforma).

La teoría funcional sistémica procura explicar cualquier organización punitiva. No obstante, la aspiración aséptica de *GÜNTHER JAKOBS* no puede ser apreciada totalmente como tal. *JAKOBS* valora y da supremacía a la norma que implica un juicio apreciativo al afirmar que la consecuencia jurídica –la Pena– se justifica como afirmación de la voluntad general –el Derecho– quebrantada por la voluntad especial del infractor –el Delito–, de esa forma emite un juicio al sostener que: *la norma y su contenido deben ser protegidos*

*más allá del Hombre mismo por intereses contractualistas y organizacionales.*²⁷

Esta forma de interpretar el orden jurídico del Estado puede desencadenar, como en otros momentos históricos, un monstruo político: *el llamado Estado Absolutista o de Terror* o de Anti-establecimiento que usa métodos ilegítimos como amenazas, acciones violentas para causar pánico en la población y emplea castigos sistemáticos anulando la actividad judicial y gubernamental para conseguir la absoluta fidelidad al régimen.

La limitación de la norma por el valor inmanente otorga seguridad jurídica y política, pero por otro lado, puede facilitar la arbitrariedad o bien la configuración de la solidaridad orgánica.

La norma se legitima al garantizar la vigencia de intereses vitales, no para asegurar su propia permanencia (*establishment*). Al dar un poder excesivo a la norma se corre el riesgo de deshumanizar la interacción social, advertir como plausible el uso irrestricto de la *potestad punitiva* y, finalmente, volver a los antivalores pretendidamente superados del Antiguo Régimen.

Para constatar la existencia del nexo causal entre acción y resultado se ha de realizar un juicio *ex post* de carácter naturalístico. Es decir, el dogmático –juez o científico– que se encuentra con todos los acontecimientos

²⁷ Jakobs, G. (2001). La imputación objetiva en Derecho Penal (traducción por Manuel Cancio Meliá). México: Ángel Editor, pp. 271 y ss.

desarrollados en el mundo exterior los ordena (atendiendo al principio lógico de la causalidad) y constata una relación exterior y objetiva entre un comportamiento humano que actúa como causa y unas consecuencias derivadas de ella que responderán a las características del resultado típico – dentro del espectro de su protección, o lo que es lo mismo, de aquello que el legislador quiere evitar a través del Derecho Penal al tipificar una conducta como delito—. Pero aun así, el dogmático no ha efectuado ningún juicio de carácter normativo. La verificación entre tal relación de acción y resultado será el requisito previo para investigar si de tal relación de acontecimientos puede generarse una responsabilidad penal.

El siguiente paso, tal como lo ha sostenido JAKOBS, será comprobar que un comportamiento es imputable a su autor como productor de un resultado a través de pautas socio-normativas. Para ello, la doctrina sistémica ha arbitrado una serie de criterios tendentes a excluir aquellos comportamientos que, pese a ser causales, no pueden ser imputables desde un punto de vista objetivo (antes de pasar al tipo subjetivo). Estos criterios de carácter normativo y derivados del fin del Derecho Penal han sido agrupados y sistematizados por la denominada teoría de la imputación objetiva.

Es así como JAKOBS plantea que, una vez comprobada la relación causal entre desvalor de acción y resultado desde el plano intersubjetivo y, advirtiendo en la conducta la creación de un riesgo no permitido, hemos fundamentado teóricamente "*las bases del juicio de imputación*". El análisis de adscripción del resultado continúa hacia el estudio de los denominados por la literatura penal *principios filtro de imputación*. Estos principios de contención, desde la visión de JAKOBS, simplemente confirman que el Derecho Penal no pretende justificarse como mecanismo de neutralización de todo peligro

subyacente en la interacción de contactos sociales, lo cual resultaría imposible concretar.

A su vez, definen los límites del rol de cada ciudadano adherido al sistema social: *el principio de confianza, la prohibición de regreso, la competencia de la víctima*. En todo caso, ya quedan delimitados los fundamentos de la imputación del tipo objetivo.

La teoría sistémica llega a tales conclusiones a través de un estudio socio normativo del ámbito de protección de la norma Penal. La imputación objetiva del resultado es, fundamentalmente, una inferencia de adscripción de la ilegalidad del hecho juzgado a partir de la búsqueda permanente del equilibrio social por medio del respeto irrestricto al valor de la norma, entendida como objeto de protección del sistema para el sustento funcional de las expectativas macro sociales.

Analizar la atribución del injusto penal desde la teoría creada por JAKOBS, responde a criterios de valoración sociológica perceptibles con mayor claridad desde la relación dogmático-penal y político-criminal del Derecho Penal del ciudadano y del *Derecho Penal del enemigo*²⁸.

²⁸ La creación de esta expresión es atribuida a Günther Jacobs en el año 1985 en la celebración de un Congreso de Profesores de Derecho Penal celebrado en Frankfurt, fue utilizado para referirse a las normas que en el Código Penal alemán sancionaban penalmente conductas sin que se hubiere afectado ningún bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución o tentativa. Las normas del Derecho Penal del enemigo no castigan al autor por el hecho delictivo cometido sino más bien por el hecho de considerarlo peligroso. El concepto de derecho penal del enemigo se ha venido desarrollando desde entonces, bien para cuestionarlo y rechazarlo como contrario a un modelo de Estado Democrático y de Derecho, bien para justificarlo por quienes lo consideran filosóficamente bien fundamentado. Se han propuesto diversas tesis, otras denominaciones y otros marcos como "el derecho penal de autor". Raúl Zaffaroni, aborda lo que ha sido el enemigo en la Historia del Derecho Penal y llega a esta conclusión: "la admisión jurídica del concepto de enemigo en el derecho (que no sea estrictamente de guerra) siempre ha sido lógica e históricamente, el germen o primer síntoma de la destrucción autoritaria del estado de derecho".

La función de la dogmática está en la comprensión, análisis y armonización de las normas jurídicas integrantes de un ordenamiento jurídico positivo. El jurista científico, respetando los datos imperativos del ordenamiento, se esforzará en comprender su sentido sobre el que se apoyará después la labor de aplicación.

En este orden, ROXIN expone que *la dogmática jurídico penal se ocupa de la interpretación, sistematización, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y opiniones de la doctrina científica en el campo del Derecho Penal.*

Partiendo del concepto anterior, y después de la descripción teórica del funcionalismo sistémico de JAKOBS como un postulado, resulta imprescindible determinar cuáles pueden ser las verdaderas repercusiones hermenéuticas de esta teoría en el ámbito científico del Derecho Penal, como ciencia y como interacción normativa.

La obra de JAKOBS analiza los procesos funcional-estructurales de la sociedad y la necesidad de la norma como mecanismo de contención sistémica y protección de valores fundamentales. El Derecho Penal es apreciado, entonces, desde su función estabilizadora del sistema hacia la búsqueda permanente del equilibrio.

Con la base conceptual de la teoría funcional estructuralista, JAKOBS describe el sistema penal vigente. No emite juicios de valor. Debe asumirse que JAKOBS no busca en un primer momento desarrollar planteamientos de *lege ferenda* (cosas a legislar en el futuro), ni discute la validez de la orientación política del Derecho Penal vigente.

En síntesis, JAKOBS crea un método de estudio dogmático de la norma penal y de su funcionamiento estructural a partir de conceptos sociológicos.

CERNUSCO (Juan J. Cernusco Cornejo), en su publicación "*Principales Enfoques del Funcionalismo Sistémico en la Interpretación de la Norma Penal*", advierte el carácter fundamentalmente descriptivo de la obra de JAKOBS, refiere: "*JAKOBS adopta una postura técnica, él hace únicamente dogmática penal, no hace política criminal. Además él no juzga si el Derecho Penal Vigente está bien o está mal, esa no es su misión. Se limita a explicar el orden jurídico penal tal como es. JAKOBS, es un formalista*".

Para comprender cómo la teoría sistémica puede relacionarse con el *deber ser* del Derecho Penal, y por tanto, incidir en su modificación a través de los procesos de reforma legal, deben ser advertidos los vínculos epistemológicos entre ambas disciplinas: *la dogmática penal y la política criminal*.

ROXIN contrasta la dogmática penal con la política criminal y describe la diferencia terminológica entre ambas conceptualizaciones: la primera analiza la norma tal cual es, estudia *el ser* del Derecho. La segunda se encarga, en sentido contrario, de postular el *deber ser* del Derecho.

De ahí que resulta adecuado afirmar, que a través de su prolija descripción socio jurídico del Derecho Penal –en el marco de la teoría del delito–, JAKOBS provee al dogmático de un instrumento que le permite comprender la naturaleza, alcance y fines de la norma penal desde una óptica funcional.

Sin embargo, también aporta una herramienta interpretativa de análisis desde una postura de reforma. Y es así, por la misión exegética del dogmatismo, que requiere ya de una sistematización bajo aspectos teleológico político criminales. En consecuencia, se puede afirmar que el Derecho como es y cómo debe ser no son aspectos contrapuestos en la medida que lo que hay que elaborar interpretativamente como derecho vigente supone el resultado de la ulterior reflexión que hay que efectuar sobre las concepciones y finalidades del legislador, entendiendo que éstas son descubiertas gracias a la sistematización del resultado del análisis de lo que dispone la ley vigente –*lege data*–.

1. 7. LA ESCUELA TÉCNICO JURÍDICA

También recibe la denominación de *Escuela Neoclásica*. Sus principales exponentes son Arturo Rocco, Carlos Bending, Vicente Manzini, Massari, Battagliani, Delitalia, Vannini, Pannain, Antolisei

Postulados:

- a) Eleva a primer grado el derecho positivo.
- b) Destaca que el ordenamiento jurídico debe prevalecer sobre otros criterios.
- c) Al derecho penal le debe interesar el conocimiento científico de los delitos y las penas y/o medidas de seguridad.
- d) La pena funciona para prevenir y readaptar.
- e) La responsabilidad penal se debe basar en la capacidad para entender y Querer.
- f) Rechaza el planteamiento de problemas filosóficos

Estos postulados fueron adoptados en respuesta a las escuelas positiva y clásica:

- Revaloriza el método lógico abstracto.
- El delito es un ente eminentemente jurídico que genera un vínculo entre los gobernados y el Estado.
- Para determinar la imputabilidad hace a un lado el libre albedrío.
- Distingue a los sujetos imputables y los inimputables o no imputables.
- Reconoce como consecuencias jurídicas del delito a las penas y las medidas de seguridad.

La escuela Técnico-Jurídica depura al derecho penal de las infiltraciones filosóficas con las que los clásicos lo desvirtuaron y de las concepciones biosociológicas de los positivistas que lo hicieron perder su autonomía. Reduce el objeto de la ciencia penal a la elaboración de la dogmática, al análisis y a la crítica del derecho positivo, a los estudios de los delitos y de las penas en el aspecto jurídico como hechos o fenómenos regulados por la ley, en otros términos, al contenido de los textos legales vigentes.

Parte de la base de que las normas jurídicas son debidas a un proceso de abstracción y de generalización que constituye el método lógico-abstracto absolutamente diverso del de las ciencias naturales y sociales, elimina el libre albedrío como fundamento de la imputabilidad que es sustituido por la normalidad psíquica. Distingue entre imputables, sometidos a las penas, e inimputables, sujetos a medidas de seguridad.

El delito es concebido como fenómeno jurídico. Corresponde a otras ciencias (Antropología y sociología criminal) estudiarlo como fenómeno individual y social. No niega las raíces antropológicas y sociológicas del hecho delictivo, pero se empeña en conservar el carácter estrictamente jurídico del derecho penal.

La pena tiene el carácter de reacción jurídica contra el delito y está reservada solo a los imputables.

CAPITULO SEGUNDO

LA INDIVIDUALIZACION DE LA

PENA

INTRODUCCIÓN

Es necesario estudiar la Individualización de la penas, dado que en el marco de las convenciones sociales y sus consecuencias, cobra especial énfasis, ya que a partir de la determinación de una sanción, el común de las personas parecen confundirla con los fines de lo justo o de lo injusto, por ello es que decimos que la labor de individualización de una pena particular y específica adecuada al índice de reprochabilidad, constituye también la redacción de un discurso que debe resultar igualmente legitimado por la sociedad, de ahí su necesidad de estudio.

2. 1. CONCEPTO DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La pena, según el Diccionario Etimológico de la Lengua Española, es aflicción, dolor dificultad, castigo impuesto por una autoridad.²⁹

"Es la tarea que realiza el juez penal al sentenciar, adecuando la norma penal que corresponda al delincuente, en el proceso que se le hubiera incoado por el caso concreto materia de la pretensión punitiva."³⁰

²⁹ Gómez Silva (1996). Diccionario Etimológico de la Lengua Española (5° reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica, p.525.

³⁰ Díaz de León, M. (1999). Diccionario de Derecho Procesal Penal (Tomo I, 3° ed.). México: Porrúa, p. 953.

Eugenio Cuello Calón señala: “La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley por los órganos jurisdiccionales competente al culpable de una infracción penal”.³¹

Franz Von Liszt en su Programa Universitario de Marburgo en 1882, reproduce una obra bajo el título “*Der Zweckgedanke im Strafrecht*” –la idea de fin en el derecho penal– en donde el ilustre maestro nos dice que la ética a su entender no justifica ni fundamenta la pena. Sólo el fin puede justificarla y la pena justa será la que mejor proteja los bienes jurídicos. Para Bon Liszt la pena justa es la pena necesaria.³²

En el derecho positivo es precisamente la pena, la coerción penal, el castigo, la sanción penal, una característica de la norma penal que constituye, a decir de Nozik: un estado de derecho estrictamente liberal la protección contra el delito.³³

Kaufman sostiene que la pena entendida como coerción penal o como reacción social jurídicamente organizada es un mal infligido a causa de un hecho culpable que ha sido precisado en la ley como consecuencia de ese hecho.³⁴

En la concepción moderna al decir de Carlos García Valdez, la pena, además de estar regida por algunos principios como los de intervención mínima, de igualdad, de humanidad, de proporcionalidad, de certeza, entre

³¹ Cuello Calón, E. (1958). La Moderna Penología. Barcelona, España: Bosch, p. 16.

³² Von Liszt, F (1994). La Idea de Fin en el Derecho Penal. México: I. D. I. J. UNA., p.42.

³³ Bustos Ramírez, J. (1986). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis, p. 70.

³⁴ Kaufmann, H. (1975). La Función del Concepto de la Pena en la Ejecución del Futuro. Buenos Aires: p. 21.

otros, tiene dos características fundamentales: “que se encuentre establecida por la ley y que tenga como presupuesto la culpabilidad del sujeto”.³⁵

La justificación de la pena con base en su necesidad importa una restricción indispensable de la reacción punitiva. La intervención del Derecho penal sólo puede tener lugar frente a infracciones jurídicas insoportables, debiendo aparecer la pena como el único medio para defender suficientemente el orden social como recurso ante una mayor necesidad de protección de la sociedad.³⁶

Caffarena afirma: “sólo en la medida en que un hecho sea subjetivamente imputable a un sujeto, habrá lugar a la imposición de una pena. Naturalmente que esta limitación o privación de derechos fundamentales que la pena comporta no puede ser nunca una aflicción gratuita y está orientada a fines”.³⁷

La teoría suele distinguir entre justificación y fin de la pena. Cuando se habla de justificación de la pena, se alude a su necesidad para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia en comunidad.³⁸

Los fines y funciones de la pena están íntimamente relacionados con la concepción natural y social de los valores, lo que ha permitido la variación en el tipo de las penas que se aplican. Este tipo está también directamente relacionado con las fases evolutivas de la sociedad que igualmente coinciden

³⁵ García Valdés, C (1987). Teoría de la Pena (3ª. Ed.). Madrid: Tecnos, p.13.

³⁶ Roxin, C. (1981). Iniciación al Derecho Penal de hoy (traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña). Sevilla, p. 32.

³⁷ Borja Mapelli, C. (1990). Las consecuencias Jurídicas del delito. España: Civitas, p. 23.

³⁸ Jeschek, H. (1993). Tratado de Derecho Penal Parte general (traducción Manzanares Samaniego) p.56.

con las señaladas en el derecho penal. George Picca comenta, refiriéndose a tiempos actuales, que la evolución social se da a una velocidad impresionante, y el derecho, que tiende por su propia naturaleza a ser estable para otorgar la necesaria seguridad jurídica, debe cambiar también para adaptarse a esta evolución social con la mayor celeridad que su naturaleza le permita so pena de quedar obsoleto e inadecuado para resolver los problemas que se le presentan.³⁹

El concepto “persona”, a diferencia del concepto “individuo”, es un concepto autorreferente, integrante y constitutivo de la sociedad (a través de la comunicación) y que se define por la función que el sujeto desempeña en la sociedad, esto es, por el rol social que le es encomendado y que asume en la vida de interrelación. Debido a esto, persona es quién, en el seno de un grupo social, debe cumplir una tarea. Expresa Jacobs: “el concepto de persona se refiere a la representación que halla el autor dentro de la comunicación. Es un igual, es decir, no es un ser natural, si no un príncipe competente de la comunicación, y no para sí, si no como portador de un rol, del rol de un ciudadano que ha de prestar fidelidad al Derecho.”⁴⁰

La pena no repara bienes, si no confirma la identidad normativa de la sociedad. Es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sólo con la estabilización de la norma lesionada.⁴¹ Por eso,

³⁹ Picca, G. (1987). *La Criminología*. México: Fondo de Cultura Económica, p. 437.

⁴⁰ Jakobs G. (1996). *Fundamentos de Derecho Penal* (traducción de Manuel Cancio Melía y Enrique Peñaranda Ramos). Argentina: Ad Hoc, prologo.

⁴¹ Jakobs G. (1997). *Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación*, (2ª. Ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid; Marcial Pons, p. 9.

siguiendo a Luhmann dice que hay que definir a la sanción positivamente. El objetivo principal de la pena es reafirmar la vigencia de la norma.⁴²

Tal condena no constituye retribución de un mal, no es disuasión, es decir, prevención negativa. Su función primaria es, en cambio, la prevención positiva. “La pena es prevención–integración en el sentido que su función primaria es ejercitar el reconocimiento de la vigencia de la norma y fidelidad frente al Derecho por parte de los miembros de la sociedad”.⁴³

La función de la pena es prevención general mediante ejercicio del reconocimiento de la norma. Lo ilícito es un mal el deber de soportar el costo de este mal. Sin embargo, no es posible definir la pena como la aplicación de un mal cometido: “sería irrazonable pretender un mal simplemente porque ya existe otro mal, esta secuencia de los males sólo considera su carácter superficial”. La pena debe ser definida positivamente, “es demostración de la validez de la norma a cargo de quién era competente para su cumplimiento. De esta manera, salta a la vista un mal, pero la pena no cumple su función a través de este efecto, si no sólo con la estabilización de la norma lesionada”.⁴⁴

Una de las concepciones más comunes sobre el tema que aquí abordamos es la siguiente: *"Es la adecuación de la pena a la personalidad del delincuente a quien se aplica"*. De este concepto podemos decir que surge la necesidad de aplicar adecuadamente la sanción a la personalidad del delincuente a quien debe aplicarse, tomando en consideración todas las

⁴² Íbidem, p.13.

⁴³ Baratta, A. (1985). Integración-prevención una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática (Traducción de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas) En Doctrina Penal. Argentina: Enero-diciembre, año 8, n°3, p.11.

⁴⁴ Bacigalupo, E. (1998). Principios de Derecho Penal Parte General (5ª. E.). España, pp. 16-18.

circunstancias que nos pueden servir de base para fijar la pena dentro del marco de nuestra Legislación Penal.

Los factores que influyen para la Individualización de la Pena son variados y muy complejos, llegándose al caso de que con un solo supuesto, ya sean los medios empleados para la comisión del delito, la conducta precedente o posterior del mismo, que se traduce en antecedentes criminales, o bien las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión, pueden ser suficientes para determinar la posibilidad de la imposición de una sanción severa, e incluso, hasta pudiera llegarse a casos en que las características propias del ofendido o de la víctima hagan arribar a esa determinación.

Por ello, el análisis de este tema se centrará precisamente a todas esas condiciones o circunstancias que sirven de base para fijar la pena adecuándola dentro de una métrica, desde la leve hasta la más severa, de acuerdo con lo previsto en la legislación Penal correspondiente.

Todo Código Penal prevé la aplicación de la *prisión* como sanción o como resultado de la ejecución de una conducta que constituye la comisión del delito o delitos cometidos.

Ya desde 1782, un ilustre mexicano radicado en España, Don Manuel de Lardizábal y Uribe, escribió en su obra *Discurso Sobre las Penas*: “Nada interesa más a una nación que el tener buenas leyes criminales, porque de ellas depende su libertad civil y en gran parte la buena constitución y seguridad del Estado, pero acaso no hay una empresa tan difícil como llevar a su entera perfección la legislación criminal.”⁴⁵

⁴⁵ Lardizábal y Uribe, M (2003). *Discurso sobre las Penas*. México: Porrúa. Biblioteca Virtual Universal, Madrid, p. III del prólogo.

“Ahora bien, generalmente la legislación punitiva faculta al titular de la función jurisdiccional para fijar dentro de los mínimos y máximos la sanción o pena, atendiendo, además, a las *circunstancias* que influyen en la comisión del delito o modificativas de la responsabilidad”.⁴⁶

Dichas circunstancias suelen ser:

1. Los aspectos objetivos y subjetivos del delito;
2. La gravedad de la infracción o la importancia del peligro corrido;
3. Las circunstancias de modo, tiempo y lugar;
4. La calidad de los medios determinantes;
5. Las condiciones y antecedentes personales del sujeto activo y de la víctima en su caso, en la medida en que haya influido en la realización del delito; y,
6. La conducta posterior del mismo.

Todas las anteriores condiciones deben ser analizadas por el Juzgador de una manera minuciosa indudablemente, pero para ello se precisa del conocimiento directo de los protagonistas de los hechos indiscutiblemente, es decir, tanto del sujeto activo o comisor del delito, como de la víctima o afectado del mismo, además de todos los aspectos que pueden inferirse como circundantes a la comisión del hecho a sancionar.

⁴⁶ Ross, F. Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, p. 61. Ross sostiene que la acción del Juez es una respuesta a un número de condiciones determinadas por las normas jurídicas.

Llama la atención de una manera importante que se considere en algunas legislaciones penales como uno de los supuestos para la aplicación de la pena la *conducta posterior al delito*, lo cual da lugar a diversas dudas o cuestionamientos, dado que al establecerlo en un precepto como condición para la graduación de la pena en la facultad que tiene el juzgador para imponer una determinada sanción dentro de los mínimos y máximos cabe preguntarnos: ¿cómo se va a poder determinar una conducta posterior si lo que se juzga es un hecho consumado en un momento anterior?. Una explicación sobre ese texto es que pudiera referirse a aquella conducta ejecutada por el delincuente después de cometer el delito, pero antes de ser puesto a disposición de la autoridad, pues después de eso, sólo la autoridad carcelaria tendría injerencia en su actuar posterior.

También pudiera ser que el propósito del legislador se dedujera de una interpretación que en todo caso debió ser apreciada como conducta posterior a un delito por el que ya hubiese sido procesado, independientemente si cumplió la pena o si se le concedió algún sustitutivo de la prisión y no atendiendo al delito por el que ahora estaría siendo juzgado. Hasta hace poco, concretamente antes de la reforma constitucional del año 2008, la competencia para vigilar el cumplimiento de las sanciones de prisión era exclusivamente de las autoridades carcelarias del lugar dónde se encontraba recluido quién fue juzgado.

A partir de la citada reforma, concretamente del artículo 21 Constitucional, tiene intervención el Poder Judicial en tal tarea, aunque aún no con la trascendencia que debiera ser.

2. 2 ASPECTOS DE LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La selección individualizadora y la precisión de la pena a imponer al autor por su concreto delito, representa el término y remate de la teoría de la pena. Es el cierre y coronación de dicha teoría, ya que comprende tanto la indagación tradicionalmente llamada *proporción* entre *delito y pena* como el método moderno de adaptación de la sanción al delincuente que ha tomado el nombre de *Individualización de la Pena*. Aun para las concepciones que rechazan en la pena todo sentido retributivo y de prevención general, este problema constituye la proyección de las normas abstractas sobre el tipo vivido, y con ello la concreción del Derecho Penal.

La adecuación o medición judicial de la pena es la actividad más importante y difícil del juez penal. Las leyes le dejan casi por completo la elección en el caso concreto dentro de un marco, o también entre varias clases de penas, la facultad de fijar la cantidad apropiada junto con las consecuencias accesorias y otras medidas aplicables al caso concreto. La adecuación debe referirse a la peculiaridad individual *del hecho y del autor* sobre la base de los principios elaborados por la ciencia y la experiencia judicial.

La medida de la individualización de la pena está representada también por la magnitud del hecho y la naturaleza de la culpabilidad, aspecto dentro del cual se incluye el de la Imputabilidad. A este respecto sostiene García Jiménez que “para efectos de la imputabilidad, el concepto de libertad es la facultad del hombre para actuar guiado por su propia voluntad misma que se convierte en la capacidad de autodeterminación, ya que sólo quienes satisfagan el principio de autodeterminación podrán mantener el sentido de

comprensión como elementos de la imputabilidad y por ende de la culpabilidad”.⁴⁷

La conveniencia de explicar el papel histórico que ha venido desempeñando la pena es con el objeto de encontrar el fundamento que tiene el Estado para punir conductas, pues según la función que se le asigne, así será el fin que se le atribuya.

En este orden de ideas, las teorías de la pena presentan siempre dos extremos: el de la teoría absoluta, también conocida como retribución, y el de las teorías relativas consistentes en: teorías de la prevención general y de la prevención especial.

La teoría de la retribución o absoluta considera que la pena tiene en sí misma su finalidad y en ella agota la función que debe de desempeñar. Al autor de un mal (delincuente) se le impone en justa retribución un mal (la pena). La pena encuentra su justificación en la realización de una idea la “justicia”.⁴⁸ Ésta teoría encuentra sus raíces en el pensamiento filosófico de Hegel y Kant. “Así para Hegel la pena es la negación del Derecho y sólo cumple un papel restaurador o retributivo en tanto sea el *quantum* o intensidad de la negociación del Derecho, así será el *quantum* o intensidad de la nueva negación que es la pena. Ningún otro factor influye sobre ella. Para Kant, la pena es retribución a la culpabilidad del sujeto, éste es su único fundamento”.⁴⁹

⁴⁷ García Jiménez, A. (2003). Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. México: Porrúa, p. 105 y 106.

⁴⁸ Roxin, C. (1992). Política Criminal y Estructura del Delito. España: P. P. U., p. 10.

⁴⁹ Citado por Zaffaroni, E. (1984). Manual de Derecho Penal Parte General. México: Cárdenas, p. 71.

José Rico M. “señala que las 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 y el concepto de retribución con el fin utilitario”.⁵⁰

Sergio Vela Treviño, afirma. “La imputabilidad es la capacidad de autodeterminación del hombre para actuar conforme con el sentido teniendo la facultad, reconocida normativamente, de comprender la antijuridicidad de su conducta”.⁵¹

Hans Heinrich Jescheck sostiene que *Culpabilidad* significa que deben valorarse negativamente los principios orientadores por los que el autor se ha dejado llevar en la formación de la voluntad y que cabe por ello reprocharle personalmente el hecho, o dicho más brevemente: “culpabilidad es reprochabilidad de la formación de voluntad”.⁵²

El concepto de culpabilidad se manifiesta según el contexto en que se utilice en el principio de la culpabilidad, “la culpabilidad en la fundamentación de la pena y la culpabilidad en la medida de la pena”.⁵³

Hans Heinrich Jescheck sostiene que el principio de la culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión del hombre, “pues sólo cuando existe básicamente la capacidad de dejarse determinar por las normas

⁵⁰ Rico, J. (1982). Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea (2ª. Ed.). México: Siglo XXI, pp. 10-11.

⁵¹ Vela Treviño, S. (1973). Culpabilidad e Inculpabilidad. México: Ed. Trillas, p. 18 y 19.

⁵² Jescheck, H. (1993). Tratado de Derecho Penal Parte General (4º ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego). Granada: Comares, p. 363.

⁵³ Íbidem, p. 364.

jurídicas puede el autor ser hecho responsable de haber llegado al hecho antijurídico en lugar de dominar los impulsos criminales”.⁵⁴

El Mismo Hans Heinrich Jescheck asevera que “La posibilidad de la determinación de la actuación descansa en la capacidad del hombre para controlar los impulsos que inciden sobre él y dirigir sus decisiones conforme a sentido, valores y normas”.⁵⁵

Por otro lado, Octavio Alberto Orellana Wiarco declara: “Se acepta generalmente que la medida de la pena es la medida de la culpabilidad, y así expresamente lo consignan algunos Códigos Penales. Para unos penalistas la culpabilidad, además de ser el fundamento de la pena, es también el límite de la propia pena y con ello una garantía a favor del individuo, pues ninguna pena podrá exceder del límite de la propia culpabilidad. Ésta aparece entonces ligada estrechamente a la teoría de la pena, y por ende, a la propia justificación de la pena”.⁵⁶

Según refiere el propio Alberto Octavio Orellana citando a Claus Roxin, atestigua que éste último niega la justificación de que la culpabilidad pueda ser expiada por el cumplimiento de la pena, o sea, que un mal (la pena), pueda solucionar otro mal (el delito).⁵⁷

Refiriéndose también a Claus Roxin, Manuel Vidaurri Aréchiga sostiene que “la teoría de Roxin pasa por desechar tajantemente la teoría de la retribución por estimarla científicamente insostenible, dado que fundamenta la

⁵⁴ *Íbidem*, p. 367.

⁵⁵ *Íbidem*, p. 369.

⁵⁶ Orellana Wiarco, A. (2003) . Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista. Porrúa, p. 111.

⁵⁷ *Íbidem*, p. 112.

pena en una noción incierta como lo es la posibilidad de actuar indistintamente. La tesis retribucionista de la pena es igualmente inaceptable en tanto que irracionalmente supone que un delito puede ser compensado y anulado por una pena en sentido retributivo. Evidentemente es incompatible con las bases teóricas de un Estado Democrático”.⁵⁸

La Culpabilidad para Claus Roxin cumple finalidades de prevención general y especial, pero no de carácter retributivo. En cuanto a la finalidad de la culpabilidad como límite de la pena, Roxin mantiene que: “El principio de culpabilidad exige que se determine claramente el ámbito de la tipicidad, que las leyes penales no tengan efectos retroactivos y que se excluya cualquier tipo de analogía en contra del reo, vinculando de este modo el poder estatal e impidiendo una administración de justicia arbitraria. El principio de culpabilidad sirve también para determinar el grado máximo admisible de la pena cuando de un modo inequívoco se lesiona una ley escrita. Si alguien conduciendo un vehículo de motor produce un accidente por un ligero descuido, quizá pueda parecer conveniente desde un punto de vista de prevención general la imposición de una pena grave, pero la vigencia del principio de culpabilidad obliga también a imponer una sanción leve en casos de imprudencia simple, impidiendo así que se sacrifique la libertad del individuo en interés de la intimidación general”.⁵⁹

Para Roxin es necesario superar la idea que Liszt concibió de una separación entre la dogmática jurídico penal como un campo separado de la política criminal, la que debía ocuparse de las consecuencias jurídicas como un espacio ajeno a la teoría del delito, inclusive afirmaba este ilustre tratadista

⁵⁸ Vidaurri Aréchiga, M. (1990). Sobre la Culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin. Revista ARS-IURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México: N° 4, p.150.

⁵⁹ Roxin, C. (1981). La Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus, p. 46.

a fines del siglo XIX “El delito penal es la barrera infranqueable de la política criminal”.⁶⁰

José Arturo González Quintanilla sostiene que “la política criminal viene a ser el contenido sistemático de principios garantizados por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena y de sus formas de ejecución”.⁶¹

En lo que respecta a la imputación⁶² como acción inicial de una posible condena Hegel señalaba que sólo puede llamarse como tal a... “aquello que en una conducta puede ser reconocida como propia, de tal forma propuso distinguir entre dos clases diversas de consecuencias que una conducta genera, pues mientras que algunas de ellas son parte de la configuración misma de la acción, y como tal le pertenece su alma y sin ella nada representa, existen otras consecuencias que no le atañen, si no a la modificación que en el mundo exterior pueden serme imputadas, mientras que las consecuencias

⁶⁰ Roxin, C. (1992). Política Criminal y Estructura del Delito. España: P. P. V., p. 27.

⁶¹ González Quintanilla, J. (1997). Derecho Penal Mexicano (4º ed.). México: Porrúa, p. 43.

⁶² Según el Código penal de nuevo león, con relación a la imputabilidad, en el artículo 5 establece que no tendrán valor de cosa juzgada, las sentencias condenatorias que se pronuncien sobre los delitos señalados en los artículos 1º y 2º., en el extranjero o en cualquier otro estado de la federación, salvo en el caso de que se trate de jurisdicción concurrente y que el juez local haya prevenido. Sin embargo, la pena o parte de ella que el reo hubiere cumplido en virtud de tales sentencias, se computará en la que se imponiere de acuerdo con la ley del estado si ambas son de similar naturaleza, y, si no lo son, se atenuará proporcionalmente la pena. Y en el artículo 22 se estipula que no será imputable quien, en el momento de la acción u omisión, por causa de psicosis o retraso mental probado o por ser sordomudo carezca de la capacidad de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, así como quien carezca de la capacidad de comprender la conducta que se le atribuye por padecer un estado de psicosis o retraso mental incurable durante el procedimiento. En caso de sordomudez, la autoridad ordenará el examen de peritos para que opinen sobre su capacidad. En los casos anteriores podrá ordenarse su internamiento, por todo el tiempo necesario para su curación, educación o instrucción, sin que exceda el término máximo de la sanción por el delito cometido.

que se derivan no de mi conducta, si no de la ya producida modificación en el mundo exterior, no me deben de ser imputadas”.⁶³

En el año 1973 Claus Roxin escribía “...en la actual ciencia del derecho penal se discute vivamente si la cuestión de la pena se puede justificar por la culpabilidad del delincuente. La tesis más radical, partidaria de suprimir por completo el concepto de pena, argumenta de un modo aparentemente concluyente: la culpabilidad supone que el delincuente hubiera podido actuar de un modo distinto a como lo ha hecho, pero una libertad de voluntad de esta clase no existe, o como todo el mundo reconoce, no se puede demostrar científicamente. Y aunque existiera en abstracto, no se podría demostrar en todo caso con seguridad si un delincuente concreto pudo actuar de un modo distinto en el momento de cometer el delito”.⁶⁴

La etapa de *la ejecución* de la pena ya se proyecta definitivamente sobre el delito y el delincuente en concreto. En la actualidad se sostiene, cuando menos legislativamente que tiende a lograr la readaptación social del condenado, así como buscar que una vez integrado a la sociedad dicho reo, ahora liberado, no tenga el propósito de volver a delinquir.⁶⁵

Respecto a esa rehabilitación del reo Platón, según refiere Agustín Basave Fernandez del Valle, fundaba la pena en el principio de la expiación en nombre e interés de la comunidad o República. La retribución era considerada una consecuencia del delito, para ello invoca la obra de Los Diálogos de Platón (ver nota de pie de página), precisamente en *El Diálogo de*

⁶³ Reyes Alvarado, Y. (1994). Imputación objetiva. Colombia: Temis, p. 4 y 5.

⁶⁴ Roxin, C. (1981). La culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus, p. 41.

⁶⁵ El artículo 18 de la Constitución General de la República establece que: “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, 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”

Gorgias: “La pena induce al delincuente a no volver a delinquir y sirve también para rehabilitar al reo, purificando su alma”.⁶⁶

Por otro lado, Aristóteles centra su atención en el fin utilitario de la pena. Los buenos cumplen los preceptos, mientras los malos, ávidos de voluptuosidad, los infringen, por eso deben ser castigados, como el asno, con el dolor, el cual debe llegar a ser contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada. La multitud obedece más bien a la necesidad, advierte el filósofo de Estagira, que a la razón antes a las penas, que a lo bello y honesto. –Ética Nicomaquea, Política–.⁶⁷

En lo que respecta a la ejemplaridad de la pena queda en segundo término la *tendencia previa*, respecto a ese carácter de “ejemplar” que tradicionalmente se le atribuía a la pena, cuyo fin último radicaba en que en la sociedad se inhiba la intencionalidad de trastocar el derecho al observar que quién comete un delito recibe el castigo que le corresponde

Carlos Fontain Balestra, en su libro de Derecho Penal (nota de pie de página), señala que “en realidad no hay o no existe propiamente *individualización legal*. La ley penal no puede prever más que especies, ya que no conoce aún a los individuos a quienes se aplicará, y por lo tanto es una fase poco propicia para la labor individualizadora”⁶⁸.

⁶⁶ Basave Fernández del Valle, A. (1998). Meditación sobre la Pena de Muerte. F: C: E:, p. 75.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 75.

⁶⁸ Fontain Balestra, C., op. cit., p. 548

La individualización judicial de la pena, es, en parte, *una medida de los injustos dentro de los límites que están ya contemplados* en las escalas penales de los tipos. La lesión de los intereses jurídicamente protegidos es graduable, como por ejemplo, según la gravedad de las lesiones, la exposición y daño ocasionados en el abandono de las personas, el peligro corrido en los delitos contra la seguridad pública, etcétera. Es así como los tipos legales se presentan como portadores de las valoraciones jurídico-penales, señalando al juez *los límites* de la medida de protección de los intereses jurídicamente protegidos.

El último aspecto de la individualización, después de la evaluación del hecho o conducta, la personalidad del delincuente y la pena a imponer, es el *aspecto penitenciario*, que en forma directa y específica se conecta con la readaptación del condenado.

Desde este punto de vista, este aspecto se vincula única y exclusivamente al llamado "dogma del autor", ya que persigue exclusivamente un fin de reeducación y resocialización del penado.

Cabe señalar que a partir de la entrada en vigor de la reforma constitucional del 2008, se precisa de la modificación de la "*ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de la libertad*", que en diversas entidades federativas suele recibir el nombre de "*Ley que regula la ejecución de las sanciones penales*", o son identificadas con denominaciones similares. En estas legislaciones dicha sanción estaba sometida al permanente control *judicial*, sin embargo su cumplimiento o ejecución era regulado por el poder *ejecutivo*.

Esa condición cambia a partir de la citada reforma, que motiva el surgimiento de la figura del “*Juez de Ejecución pena*” o “*Juez Penitenciario*”.⁶⁹ Esto es, se incrementa la intervención del Poder Judicial, cuando menos en la facultad que tradicionalmente llevaba a cabo de modificación de la duración de las penas al tener competencia para decidir cuándo se concedía alguno de los sustitutivos penales como la remisión parcial de la pena, la pre liberación, etc., pues anteriormente los únicos que eran aplicados por la autoridad judicial lo eran la “*condena condicional*” y la “*conversión de la pena por multa*”.

2. 3 MEDIOS LEGALES ADECUADOS PARA LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA

La verdadera individualización de la pena comienza con la actividad que realiza el juez en la sentencia condenatoria con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado. La individualización legal que toca al citado funcionario Jurisdiccional aplicar es aproximada, ya que la ley, por ser general y abstracta, no prevé en muchos casos un castigo exacto para todos los casos particulares y concretos. De ahí, pues, la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente en particular en los casos determinados sometidos a su conocimiento.

⁶⁹ El tercer párrafo del artículo 21 Constitucional establece que: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”.

Las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Cuando más amplio sea ese margen, mayores también serán las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena a las particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que deba juzgar.

La llamada escuela clásica del derecho penal prácticamente anuló la discrecionalidad que se le daba al Juez, quién se debía concretar a verificar que se cumplieran los extremos previstos por el legislador para la aplicación de una pena cuidadosamente determinada de antemano en base a una operación puramente lógica. Esa pena se calculaba con un criterio estrictamente matemático de acuerdo a las circunstancias atenuantes y agravantes fijadas en el texto de la ley.

En esta forma, la escuela clásica trató de colocar una valla infranqueable contra la arbitrariedad judicial imperante en el momento histórico en que surgió en cuanto a la imposición de las penas que se graduaban en forma desigual y a capricho del juzgador. Contra estos abusos, la estricta legalidad de los delitos y de las penas resultó el más firme baluarte levantado en defensa de los derechos individuales y del principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley.

Pero si bien la escuela clásica pugnaba contra los abusos a que había dado lugar la imposición de penas caprichosas que se aplicaban en la época en que nació suprimiendo la arbitrariedad legal, pero debemos reconocer en cambio que resulta utópico considerar que todos los hombres son iguales ante la ley. El más somero examen de la personalidad de un individuo nos demuestra que no existen dos personas exactamente iguales, ni dos delitos

idénticos. Tratar a todos con el mismo rigor imponiéndoles una pena igual y uniforme sin computar las diferencias que median entre las circunstancias de cada caso y las características de la personalidad de cada delincuente en particular, como así también las motivaciones que lo han llevado a delinquir implica una evidente injusticia. Es inadecuado pues, castigar en la misma forma y proporción al malvado que cediendo a los cálculos de la codicia comete un delito, que al que delinque angustiado por su precaria situación económica.

Es necesario entonces, para establecer la pena justa y equitativa, adecuarla a las particularidades del caso, y a la personalidad del sujeto a quien se le impone una tarea que le es imposible realizar al legislador que sólo prevé los delitos en abstracto sin tener el conocimiento directo de los protagonistas de los hechos que luego se juzgarán.

Sólo el juez es quién puede computar la extensa gama de factores que demuestran la mayor o menor gravedad de un delito y el grado de peligrosidad evidenciada por su autor. Es menester, por lo tanto, darle al órgano jurisdiccional cierta discrecionalidad técnica para que le sea factible realizar con acierto la delicada tarea que se le asigna al confiarle la fijación de la pena aplicable a cada caso con respecto a cada uno de los delincuentes sometidos a su juzgamiento.

Constituye un mérito indiscutible de la escuela positiva que puso de manifiesto la urgente necesidad de estudiar la personalidad del hombre que delinque y no sólo del delito cometido, el haber propiciado la amplificación de las facultades de los jueces para determinar la clase y la medida de la sanción aplicable a cada delincuente.

Actualmente, aunque prevaleciente el positivismo penal, nadie duda, que es necesario dar amplias facultades al órgano jurisdiccional encargado de la aplicación de la ley penal a los casos concretos para que pueda efectuar una adecuada individualización de la pena en los casos sometidos a su conocimiento.

2.4 INDIVIDUALIZACIÓN PENITENCIARIA EN EL DERECHO ARGENTINO

La Individualización Penitenciaria se cumple conforme a lo que dispone la ley sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad que proclama un amplio fin de educación y reinserción social del penado. Tal fin surge con absoluta claridad de la Legislación reguladora de la ejecución de sanciones penales en el citado país de Argentina al establecer que: *“La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada inserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad”*. Esto mismo es observado en legislaciones de otros países que, aunque con términos distintos, en esencia invocan los mismos conceptos como propósito o finalidad en la ejecución de la pena privativa de libertad. Nota de pie de página

- Cómputo de la Prisión Preventiva

El Código contiene, en el capítulo destinado a las penas, una disposición referida al modo de cómo debe ser computado el tiempo de prisión preventiva que el reo cumplirá durante el proceso. Con esto se establece, en definitiva, la pena que el condenado debe cumplir *a partir de que la sentencia queda*

firme. Tal cómputo es obligatorio para el juez cualquiera que sea la especie de pena que se aplique.

2. 5 INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA EN EL DERECHO MEXICANO

El sistema inquisitivo con el que tradicionalmente había operado hasta tiempos recientes se caracterizó por ser cien por ciento escrito con una ausencia total de publicidad, con una falta de transparencia y, sobre todo, con marcadas evidencias de violación de los derechos humanos, así el sistema acusatorio que Europa y después América hizo suyo divide a los órganos públicos que procuran la justicia y quiénes la imparten dándose así el origen de nuestro sistema de jurisdicción actual.⁷⁰

“Tradicionalmente se ha sostenido que la crisis en la funcionalidad y eficiencia del sistema penal y procesal penal mexicano obedece a diversas razones, algunas de origen intrínseco y otras de origen extrínseco”.⁷¹

⁷⁰ En el artículo 22 de la Constitución mexicana decreta que : quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso del enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes. Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plaguario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

⁷¹ García Ramírez, S. (1983). Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho. 11 de noviembre de 1983. Revista Mexicana de Justicia, n 4, vol. 1, octubre-diciembre, p. 281 ss.

Entre las razones de origen *intrínseco* podemos destacar:

- Leyes inadecuadas a las circunstancias del momento tanto sustantivas como procesales, así como la carencia de una política criminal integral orientada en criterios uniformes y coherentes basada primordialmente en la teoría de los fines de la pena;
- Persistencia de vicios inquisitivos en el enjuiciamiento penal; y
- Un amplio programa de prevención general del delito en la que se tomen medidas de carácter no penal y en el que se tome en cuenta la idea de la prevención general.

Como razones de carácter *extrínseco* podrían destacarse:

- Falta de recursos financieros adecuados para programas de seguridad pública y programas de justicia;
- Falta de credibilidad en las acciones político-criminales;
- Poca participación de la comunidad en general;
- Medios de comunicación inciden en forma negativa ya que algunas veces muestran la forma en que se cometen los delitos; y “Delincuencia organizada”.⁷²

⁷² *Íbidem*.

Debe reconocerse que actualmente los problemas, antes mencionados, quedarían superados en caso de que se arroje resultados favorables a la reforma procesal penal que se encuentra en etapa de aplicación paulatina en nuestro país, incluso con el recientemente promulgado Código Nacional de Procedimientos Penales.⁷³

En él se diseña y desarrolla un nuevo sistema procesal acusatorio que atienda a las directrices constitucionales y a las tendencias político-criminales, que se sustente principalmente en el reconocimiento y respeto de los derechos humanos, procure un mayor equilibrio entre las partes y sus derechos, pugne, igualmente, porque el proceso penal sea más ágil y permita que responda con mayor fidelidad a la idea de justicia pronta y expedita, cumpliéndose así con los postulados del artículo 17 Constitucional⁷⁴

⁷³ Decreto publicado en el Diario Oficial de la federación de fecha 5 de marzo del 2014.

⁷⁴ Según el Artículo 17 Constitucional: Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. El congreso de la unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas., tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos (adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 29 de julio de 2008). Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial. Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. La federación, los estados y el distrito federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y aseguran las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público. Nadie puede ser aprehendido por deudas de carácter puramente civil.

2.5.1 INDIVIDUALIZACIÓN LEGISLATIVA

El delito es un hecho natural tan común en las comunidades primitivas como en las modernas. “La esencia pecaminosa del hombre, su afán por acumular riquezas, sus rivalidades y egoísmos siempre lo han impulsado a realizar conductas des - variantes o criminosas y, consecuentemente, a alterar la paz social entre sus semejantes”.⁷⁵

En un principio, el respectivo castigo de estas conductas quedaba al arbitrio de las clases reales y sacerdotales primero, y después, al del ofendido o del jefe de familia. No existía un código punitivo escrito que castigara determinada conducta prohibida con una determinada sanción. Con la creación del Estado moderno surgió el principio de la división de poderes y se estableció así la competencia de cada órgano del Estado para *hacer las leyes*, para *aplicarlas* y para *ejecutarlas*.

El Estado moderno se caracteriza por ser creador del derecho. “La función legislativa es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado subordinada al orden jurídico que consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos”⁷⁶, entonces, corresponde al Poder legislativo la tarea de *elaborar* y discutir, entre otras, *las normas jurídicas penales* que definen con certeza las conductas prohibidas, al poder Judicial su *aplicación* a casos concretos partiendo de los mecanismos que la misma ley plantea en su texto, y al Poder Ejecutivo refrendarlas, publicarlas y *sancionarlas* vigilando su estricto cumplimiento, y a fin de que los gobernados conozcan su vigencia y alcances vigilará también su correcta publicación.

⁷⁵ B. Malinoswki, (1986). Crimen y Costumbre de la Sociedad Salvaje, Pensamiento contemporáneo (Traducción cedida por Editorial Ariel S. A, España. Diseño de colección: Hans Romberg.). México: Origen Planeta, pág. 49 y ss.

⁷⁶ Serra Rojas, A. (1974). Derecho Administrativo (6ª ed., tomo I). México: Porrúa, pág. 128.

En este último apartado –vigilar su estricto cumplimiento– es inconcuso que atento al texto actual del artículo 21 Constitucional a partir de la reforma del 2008, concretamente el tercer párrafo, se introduce la inclusión del Poder Judicial en tal tarea, al prever dicho precepto lo siguiente: *“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial”*.

La comunicación impresa es el medio más común para dar publicidad a tales leyes. La prevención general implantada a través de la publicidad de estas normas pretende, a través de su efecto disuasivo, si no hacer desaparecer el delito como fenómeno social, al menos disminuir el índice de la criminalidad a su mínima expresión, a índices tolerables para la convivencia armónica de la sociedad.

Por su parte, la sociedad civil también ha creado, por medio de su historia, agentes y factores que han ayudado a la sociedad misma interesada también en el combate contra la criminalidad a lograr tal fin. La educación familiar, las normas de urbanidad y religiosas, el culto a los héroes y a los santos son factores que han contribuido de esta manera a alejar, en cierta forma, a las personas de la tentación de cometer delitos y a formar buenos gobernados.

La dinámica de creación de la norma jurídica penal encuentra su legitimación en la necesidad social de la constante y creciente realización de conductas que en un momento histórico la opinión pública cataloga como alarmantes o antisociales y reacciona recurriendo al Poder Legislativo a fin de que éste, mediante el consenso partidario que no es más que el de la sociedad representada políticamente, se eleve a la categoría de delito y permanezca en

la norma como una institución jurídica, cuya infracción será valorada posteriormente como antijurídica por otro poder del Estado, el Poder Judicial.

En este apartado debe tenerse especial cuidado de no caer en los excesos. Los medios de comunicación presionan a la autoridad a fin de que se incorpore a la ley penal el hecho como delito, o en su caso, que se inmiscuya en la aplicación del derecho penal a sujetos de determinada edad que probablemente no sean factibles hacerlos sujetos de dicho derecho represivo, o endurecer las sanciones sin importar las características específicas de los sujetos que por determinadas circunstancias fortuitas cayeron en la comisión del delito, o crear figuras delictivas concretas o específicas de aislada recurrencia. Y esto solamente por darles la denominación pretendida por grupos sociales o medios informativos que ya se encuentran tipificados en otra norma sustantiva penal, pero con diferentes términos y con identidad de elementos constitutivos –*feminicidio, tráfico o trata de personas, etc.*–.

2.5.2 INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL

Si al Legislador corresponde elaborar las leyes y sus respectivas sanciones, el juez es el único llamado a interpretarlas y aplicarlas al caso concreto.

Por ello, cuando manifestamos que la punición es un acto en el cual concurre instantánea y simultáneamente en el ánimo del juzgador, todo el bagaje de conocimientos jurídicos y criminológicos, así como su experiencia de vida al imponer un castigo adecuado al hombre que se halle responsable de un hecho jurídico, sin duda afirmamos una cosa cierta porque en verdad no existe en la tierra un acto de tanta trascendencia ética como el hecho de que un hombre juzgue a su semejante, independientemente del poder con que se encuentre investido.

El proceso penal se ha dispuesto para buscar y establecer la verdad jurídica del caso que debe coincidir en el momento del juicio, con la verdad histórica del hecho. La culminación del juicio será una declaración de culpabilidad o inocencia, y en su caso, la imposición de las penas concretas aplicables al sentenciado.

Esta serie de actos a los ojos de la/s víctima/s invariablemente es un rito incomprensible, pues a su modo de ver se otorgan al acusado toda una serie de garantías procesales que contrastan con su proceder y su actuación inconsecuente.

Por otro lado, el juez penal debe allegarse además de las pruebas aportadas por las partes y de los elementos necesarios para emitir una sentencia justa. La justicia es, pues, la finalidad ontológica a alcanzar el ideal de todo fallo humano que aspira a preservar la paz social, al dar a cada uno de ellos, reo y agraviado, lo que merecen.

En estos términos parecería que la función del juez fuese una operación sencilla y muy simple. Cuando se le presenta un caso debe extraer los hechos más importantes del problema, luego encuadrarlo dentro de la disposición legal apropiada, y posteriormente razonar por qué ésta es aplicable al caso. Debe observar en suma el principio de legalidad y la debida fundamentación y motivación exigida a todo acto de autoridad. Si se trata de suavizar el rigor de una ley en un caso difícil, se excluiría de su obrar toda clase de consideraciones extrajurídicas. El principio de la norma jurídico-penal le impide ir más allá y lo convierte en un simple, aunque calificado, operador del derecho.

La discrecionalidad judicial está restringida a las *mínimas y máximas* cuotas sancionadoras, por lo que se le impide al juez imponer una pena que traspase dichos límites.

Pero aún cuando se obedezcan cuidadosamente las reglas procesales y se observen correctamente las normas de la individualización judicial se puede llegar a un resultado equivocado: Un hombre inocente puede ser declarado culpable, y un culpable puede ser puesto en libertad; o bien al responsable de un delito se le puede imponer una sanción demasiado severa o demasiado leve. En tales casos, hablamos de un error de la justicia surgido de una combinación fortuita de circunstancias que hacen fracasar el fin y la función judicial.

Aun cuando estos errores no constituyen la regla general si no la excepción –queremos suponerlo así–, el dogma de la infalibilidad del juez penal ha perdido vigencia. Hoy, los errores de la justicia se atribuyen al factor humano y no a la norma, y para conseguirlo se han establecido los remedios jurídicos que tienden a revocar o modificar las determinaciones equivocadas.

Por medio de los recursos y a través de la impugnación en la vía constitucional –Juicio de Amparo–, ejercidos sucesivamente o de manera indistinta, se pueden corregir los errores judiciales, si bien no se descartar la posibilidad de que en la nueva resolución, se prolongue el error judicial.

Tampoco debe desestimarse la posibilidad de intervención por parte del Ejecutivo para ejercer la facultad de conceder el indulto que a fin de cuentas produce el mismo efecto que buscaría quién interpuso algún recurso o juicio de garantías, salvo los promovidos por el Ministerio Público que generalmente busca un mayor castigo.

A lo anterior puede añadirse también la posibilidad de que el mismo Poder Judicial retome su competencia aún en casos de reos ejecutoriados, esto mediante el “*reconocimiento de inocencia*” que algunas legislaciones contemplan, dándole al Pleno del Órgano Jurisdiccional superior jerárquico del resolutor original –en primera o segunda instancia– la facultad de remediar un posible error judicial mediante ese procedimiento, aunque desde luego no es una garantía infalible de que lo resuelto en este procedimiento sea lo justamente procedente.

“Se ha dicho que la eficiencia, la independencia y el acceso representan los tres componentes que constituyen un Poder Judicial sano. En

consecuencia pueden ser vistos como variables clave que en conjunto determinan si un programa de reforma tiene éxito o no”.⁷⁷

“El principio de eficiencia asegura el método en que los jueces llevan a cabo sus tareas. A estos funcionarios se les exige que completen sus labores de acuerdo a los límites de tiempo y las condiciones establecidas por la ley”.⁷⁸

Sólo si la justicia se lleva a cabo de acuerdo con las exigencias de rapidez, y cumpliendo con las condiciones del debido proceso es posible decir que se ha llevado a cabo un juicio justo. La independencia establece una frontera necesaria entre la actividad judicial y cualquier otra actividad gubernamental o actor político, para crear las condiciones que hacen esta actividad imparcial o neutral. Tanto en su faceta externa, en el sentido de que no está subordinado a ningún otro poder o fuerza social, y en su faceta interna, en el hecho que los jueces son autónomos.⁷⁹

“La accesibilidad a la justicia se refiere a que las instituciones judiciales que deben ser accesibles a toda la sociedad y no ser solo alcanzable a grupos privilegiados”.⁸⁰

Desde 1994 los tribunales estatales mexicanos han experimentado una serie de transformaciones que han afectado a una amplia gama de aspectos estructurales y operacionales que se ha vuelto muy difícil entender la situación

⁷⁷(2003) Los Elementos de una Reforma Judicial. Una Propuesta Disciplinaria para el Estudio de los Tribunales Estatales, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: UNAM.

⁷⁸ Fix Fierro, H. (1995). La eficiencia de la Justicia, una aproximación y una propuesta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM; México.

⁷⁹ Cossilo Díaz, L. (1996). Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México., Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM; México.

⁸⁰ Así lo refiere Pastor, S. (2003) en la Revista Reforma Judicial, enero-junio, n° 1, p. 66.

de que cada tribunal sea específico, más aún desarrollar la perspectiva necesaria para comparar el proceso a nivel nacional. Se comenta que la eficiencia en el funcionar de la judicatura puede considerarse como una búsqueda para lograr el mejor desempeño con los menores costos posibles. Una gran variedad de medidas que están diseñadas para obtener el difícil equilibrio entre desempeño y costo entran en este principio.⁸¹

Partiendo de las premisas anteriormente mencionadas, resulta pertinente centrarnos en considerar el porqué de los errores relativos a la imposición de sanciones.

Es indudable que sí existen errores en la actividad jurisdiccional que dan lugar a sentencias dispares, esto se debe generalmente a los siguientes factores:

- a) Diferencias existentes entre los jueces en particular;
- b) Diferencias entre el procedimiento adoptado con los procesados, aún cuando estos sean juzgados por el mismo delito y en presencia prácticamente de los mismos factores;
- c) Diferencias relativas al tipo del delito, especialmente en los patrimoniales, en los cuales se impondrán las diferentes sanciones en razón del valor del objeto material en el que recayó el delito; y
- d) Las disparidades de las sanciones entre los Códigos Penales de los diferentes estados, y de éstos con el Código Penal Federal.

⁸¹ Concha Cantú, H. y Caballero Juárez, J. (2002). La Reforma Judicial en las entidades federativas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México, pp. 235-290.

Todo esto hace pensar en lo delicado de la función jurisdiccional y en la importancia de la selección de la persona destinada a interpretar la correcta voluntad de la ley. Esta selección se puede inspirar en varios criterios y principios que, a su vez, podrían dar lugar a diversos problemas y límites.

En toda la historia de la jurisdicción no puede desconocerse los grandes intereses que siempre han girado alrededor de la nominación del juez penal: intereses de carácter moral y jurídico inspirados en la exigencia de una recta administración de justicia, intereses de carácter político por la influencia determinante que el juez ejerce en la vida social y por el control de un poder sobre otro, como por ejemplo, al lograr la docilidad del Poder Judicial resolverá los casos según designios del Ejecutivo en turno dejando a un lado las garantías individuales del gobernado –desde luego no es dable generalizar en este sentido–.

Tradicionalmente, en los estados federados de la República Mexicana, era el ejecutivo local quién nombraba a los miembros del Poder Judicial desde los magistrados hasta los jueces del orden o fuero común. En esta forma, no existe una real carrera judicial, no hay inamovilidad en el puesto (aunque en algunos casos sí se contempla en el texto de la ley) y su nombramiento casi siempre comenzaba y terminaba a la par que el del gobernador. Sin embargo, debe reconocerse que en la actualidad se ha modificado esa práctica.

Hoy en día la Suprema Corte de Justicia ha reafirmado en la práctica el principio de que la nominación esté abierta a todos aquellos que, además de tener la edad necesaria, posean cierta experiencia en juzgados y tribunales de circuito, y, además, realicen un curso en el Instituto de Especialización Judicial antes de contar con la elección –esta práctica se aplica ya en la mayoría de los estados de la República–. Si el futuro juez constitucional e instructor federal

será un intérprete de la norma se le debe exigir la experiencia y preparación técnica cuya posesión le dará el criterio jurídico necesario para declarar la voluntad de la ley. Por otra parte, si posee el relativo conocimiento de las leyes locales, de las fuentes y de la técnica de interpretación cometerá menos errores y podrá representar dignamente a la judicatura federal.

Un juez es actualmente un juez único (*unitario*), cuya posición asegura una rápida administración de la justicia porque, él por sí solo, puede decidir expeditamente el caso al tener un mayor contacto con la realidad de las cosas, una mayor posibilidad de conocer directamente el sentir de las partes, de los testigos, y la reacción del procesado frente a los denunciados o testigos en los careos, cuya constatación inmediata lo lleva a concebir una visión del proceso más clara, amén de las diversas probanzas que puede allegarse cuando lo considere necesario independientemente de si las partes procesales las pidieran o no.

Sin embargo, el juez unitario ofrece menor garantía frente a las tentativas de corrupción, intimidación y subordinación, lo cual no asegura del todo un proceso justo, ni un castigo adecuado. Pero tampoco se puede negar que la decisión de un juez con experiencia, cultura, capacidad y preparación puede alejar la tentación del error encubierto y el abuso de poder en el arbitrio judicial, y dar de esa forma, la seguridad de que se ha emitido una sentencia justa.

En cambio, se afirma que la magistratura colegiada es garantía de una mayor ponderación en el juicio, pues concurren más personas expertas en la decisión final del mismo y éstas tienen, a su vez, un mayor conocimiento de los problemas jurídicos, una mayor experiencia de vida y es más remoto el peligro de actos de corrupción, ya que es más fácil, abstractamente hablando, comprar a uno sólo que a tres magistrados u once ministros. Sin embargo, la

forma colegiada también tiene sus inconvenientes –una mayor derrama de recursos o posible dispendio, y una mayor lentitud del procedimiento–.

Por otra parte, existen otros factores relacionados con la administración de la justicia que influyen en el órgano del juzgador al ejercer el *ius puniendi judicial*, como lo son, entre otros: La forma del juicio (sumario u ordinario, abreviado, etc.), la sobrecarga de trabajo, el tipo de abogado defensor y la posible reacción de la opinión pública.

En un juicio sumario, debido a la aparente escasa importancia del delito cometido y la relativamente mínima sanción reservada para dichos ilícitos, es de esperarse que el juez termine por imponer una medida alternativa a la prisión decretando la sustitución de la pena privativa de libertad por una multa, o en virtud de la confesión del imputado tanto en la indagatoria como en el proceso, el juez termine por imponerle la pena mínima o una cercana a ésta, concediéndole igualmente la oportunidad de acogerse a cualquier otro beneficio además de la citada conversión por multa, o bien, la libertad condicional conocida en nuestra legislación como “Condena Condicional”, La “remisión parcial de la pena”, la “pre liberación”, etc., aunque los dos últimos beneficios mencionados son reservados al Juez de Ejecución Penal o Juez Penitenciario, mismos que anteriormente eran competencia del poder ejecutivo –cabe señalar que hasta ahora en Nuevo León, como en la mayoría de los estados, no se ha estructurado debidamente el procedimiento con la intervención adecuada del Poder Judicial a partir de la reforma al artículo 20 Constitucional⁸²–.

⁸² El artículo 20 Constitucional: El proceso penal será acusatorio y oral y se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

No sucede así en un procedimiento ordinario, en el cual hay a menudo buena y cuidadosa defensa de un abogado, motiva que el juzgador revise acuciosamente el expediente para dictar una muy razonada sentencia, pues de antemano se sabe, o al menos se presupone, que el resultado será apelado por una de las partes y que no sólo tal determinación estará en juego, sino también su prestigio ante sus superiores que conocerán finalmente de aquella decisión.

La *sobrecarga de trabajo* en un juzgado hace que el juez del conocimiento, al momento de sentenciar, soslaye ciertos detalles que lo puedan inducir a cometer deslices jurídicos con la íntima convicción de que sus superiores, al revisar el asunto, sabrán comprender su situación. Desde luego esta circunstancia no debe ser justificante o pretexto para faltar a sus deberes y estudiar superficialmente las constancias del proceso, si no que el juez debe poner todo su empeño en todos los asuntos que se someten a su jurisdicción, independientemente de cualquier circunstancia

La reacción de la opinión pública frente a la cuestión penal es otro factor que últimamente el Poder Judicial ha tomado en cuenta, pues pesa sobre ellos el caso de "*El Síndrome de Chilpancingo*" en el cual dos magistrados del vigésimo primer circuito fueron a dar a prisión por otorgar un amparo a un supuesto violador y asesino de una menor. Debido a estas circunstancias, a partir de entonces se han vuelto más cautelosos al conceder la libertad a través de un auto constitucional por falta de elementos para procesar o por medio de una sentencia absolutoria. Por ello, no es raro escuchar en los corredores de los juzgados afirmar: "*Un auto de formal prisión, como un vaso de agua a nadie se le niega*". Similar situación se presentó en el estado de Chihuahua al inicio de la entrada en vigor de los procesos penales orales.

Es necesario y oportuno señalar que tal actitud no es necesariamente privativa del Poder Judicial Federal, pues también de manera eventual en ella se ven inmersos los poderes judiciales de los estados que en algunos casos tienden más a acallar el clamor de ciertos grupos sociales o de la constante publicación de notas periodísticas o noticias televisivas cayendo en el riesgo de que aún si tuviere el juzgador la convicción de inocencia, o cuando menos la duda razonable sobre su culpabilidad, se vea orillado a decretar la prisión del procesado endosándole la responsabilidad a otra instancia.

De todo lo anterior se infiere que es precisamente el *factor humano* el más relevante de los anteriormente mencionados para hacer surgir la disparidad de sentencias porque, en el ser humano mortal que juzga a otro ser humano, invariablemente las decisiones tomadas están impregnadas de su huella, de sus emociones y vaivenes, pues aún cuando sus virtudes públicas superen a sus vicios el juzgador no deja de ser falible y cometer errores de apreciación que salen a relucir cuando un observador no interesado o involucrado en el asunto compara las sentencias dictadas por el mismo juez en un lapso de tiempo no muy amplio, o bien las confronta con otras dictadas por sus colegas tanto en su propio estado o en diferentes partes de la República.

2.5.3 INDIVIDUALIZACIÓN EJECUTIVA

Determinada legalmente la sanción por los tribunales y agotados los remedios penales o vías de impugnación para intentar modificarla, la sentencia se convierte en cosa juzgada y debe ser ejecutoriada.

Es la última etapa del sistema de administración de justicia penal, cuyo resultado dará la pauta al Estado para evaluar su política criminal. Cada uno de sus polos o subsistemas –**legislativos** de señalamiento de las sanciones, **judicial** de determinación e individualización de la pena, y de vigilancia y supervisión de la ejecución de la “pena-tratamiento” **ejecutivo**, ahora en coordinación con el poder judicial–, desarrolla una función específica dentro del engranaje del combate a la criminalidad.

La disfuncionalidad de alguno de ellos puede hacer fracasar la política criminal del Estado. Existe disfunción cuando, por ejemplo, el órgano legislativo, a fin de combatir el narcotráfico, eleva la punibilidad de los delitos contra la salud. El órgano encargado procura la justicia, pone todo su empeño en la persecución de los delincuentes y los coloca bajo la sombra del poder jurisdiccional. Si uno de los jueces al momento de aplicar el derecho les otorga la libertad, o impone una sanción mínima, es claro que, además de generar una reacción colectiva-negativa, el Poder Judicial dará muestra de una falta de coordinación entre los otros Poderes y de debilidad o de choque entre estos dos órganos de la procuración y administración de la justicia aún cuando se alegue la autonomía de poderes. El mismo sentimiento de frustración acontece si el Poder Judicial, después de un largo y combativo procedimiento, impone una sentencia condenatoria y la administración penitenciaria permite la fuga del reo.

Proceso de individualización ejecutiva de la pena

El Artículo 18 Constitucional ha asignado a la pena privativa de la libertad la finalidad de readaptar socialmente al delincuente sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, y la educación –entre otros

El término *readaptación social* significa volver a adaptar, encauzar al hombre dentro de la sociedad que lo vio delinquir. Al ser el comportamiento criminoso la consecuencia de un desajuste social del individuo, una forma de reacción ante los esquemas y valores de la sociedad a la cual pertenece y que no logra aceptar ni asimilar. Pretende que éste asuma una mayor responsabilidad hacia él mismo y hacia la sociedad a través del logro y que sea de un mayor conocimiento de sus deberes y una mayor capacidad de resistencia a los estímulos criminosos, o sea, del conocimiento de sus culpas y de los errores cometidos en el pasado.

Los medios que el equipo interdisciplinario conformado por psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, servicios educativos, etc., que utilizan con el interno para conseguir esta readaptación, o más bien, reinserción social son:

- *Al trabajo* se le reconoce el mérito de combatir el ocio, de sacudir al detenido del aburrimiento físico y moral, de templar su cuerpo en la disciplina y sostenerlo espiritualmente, al hacerlo sentirse en cualquier modo útil.
- *A la educación* se le da mérito de combatir la ignorancia que a menudo es la causa de los errores y de elevar el espíritu, a fin de que el hombre ya no esté sujeto a su instinto, si no a su libre albedrío.
- *A las actividades culturales, recreativas y deportivas* tienen el mérito de mejorar el nivel cultural y las condiciones físico-psíquicas de los detenidos, además de apagar esa carga de agresividad que generalmente se acumula en los sujetos sometidos a un régimen restrictivo de la libertad personal.

- *A las actividades religiosas* para reconfortar al preso, darle apoyo moral y transmitirle la paz y serenidad consigo mismo y con la sociedad.
- *A los Coloquios telefónicos* para que el sujeto no se aíse y preserve y fortalezca el contacto con sus familiares y amistades.
- *A la Vida íntima* para mantener la salud psíquica y mantener las relaciones conyugales.
- *A las terapias* para hallar las causas de la inadaptación y del comportamiento antisocial del sujeto y ayudarlo a que tome conciencia de su error.

Es decir, el sistema penitenciario se instaurará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, salud y deporte como medios para alcanzar la reinserción del condenado a la sociedad y procurar que no vuelva a transgredir la ley, observando los beneficios que para él prevé la ley.

El presupuesto indispensable para la readaptación social es la individualización del tratamiento. Esto significa que los técnicos penitenciarios deben tender a una readaptación en la que se tome en cuenta la personalidad de cada individuo, y en particular de las carencias físico-psíquicas que determinan su comportamiento eventual o habitualmente criminoso, lo que presupone obviamente un profundo conocimiento de la personalidad del sujeto. Y para hacer el diagnóstico re adaptativo se requiere de un estudio de

la personalidad del interno, de su interés, motivaciones, valores, aptitudes, etc. Como de un tratamiento tanto a nivel individual social, familiar e individual.

Durante el período de ejecución el condenado se encuentra jurídicamente obligado a trabajar, a asistir a la escuela elemental, a observar buena conducta y a reparar el daño causado, aunque este último concepto difícilmente se cubre por parte del sentenciado cuando sabe de antemano que será sujeto a un beneficio sustitutivo de la sanción privativa de libertad o de libertad anticipada que en ningún caso será superior a dos años, a menos que su prolongación sea al ejercicio de defensa del imputado.

Es indudable que el Juez de ejecución de penas esté ya dependiente del Poder Judicial, ya que esto podría resolver propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones procedentes similares a la actual revocación del beneficio de la condena condicional, cuya facultad se concede al juez o magistrado que lo confirió. Asimismo, aprobar las propuestas que formulen los Consejos Técnicos Interdisciplinarios sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer reducción de la condena y resolver por vía de recurso las inconformidades que formulen los internos sobre las sanciones disciplinarias impuestas por el Director de la Prisión o reclusorio. También resolver, de acuerdo con los estudios de personalidad, las inconformidades de los internos referentes a su clasificación en dormitorios, áreas sociales, deportivas, culturales, religiosas, etc. Acordar lo procedente sobre las peticiones que los internos formulen en relación con el tratamiento penitenciario en cuanto afecte los derechos fundamentales o los derechos y beneficios penitenciarios que pudieran obtener. Autorizar los permisos de salida de procesados en casos de urgente y grave necesidad y conceder autorización para el traslado de un interno de una institución a otra, todo ello desde luego debidamente contemplado en la ley correspondiente.

Aun cuando la ideología liberal democrática pugne por un Estado indulgente, no debe ser el Poder Ejecutivo quien modifique una sentencia que ha causado ejecutoria, si no el propio Poder Judicial que la impuso a través de un procedimiento liberatorio, pues da la pauta al estado de equilibrio que debe existir entre estos Poderes de la Unión y en cumplimiento de la reforma constitucional contemplada en el artículo 21 del máximo ordenamiento jurídico del país.

Este equilibrio no se rompe si se faculta al Poder Judicial (al aplicarla), así como al Poder Legislativo (al preverla) y en base a ello el primero impone una sanción indeterminada, indexada dentro de los mínimos y máximos de peligrosidad⁸³ observada para que dentro de estos parámetros el *juez penitenciario* pudiera conceder los beneficios a que se hace acreedor el privado de su libertad personal, amén de que se descargaría vía el cúmulo de trabajo que deriva de la concesión de beneficios, como por ejemplo la condena condicional o la conversión de la pena por multa, que en sí consume mucho tiempo y atención de los *jueces de proceso* quienes ahora concluirían su actividad con la sentencia definitiva firme o ejecutoriada.

En la parte especial de la mayoría de los códigos penales se especifican las penas que corresponde aplicar a cada uno de los delitos, debiéndose tomar en cuenta el distinto grado de valoración social de los bienes jurídicos

⁸³ La peligrosidad es la calidad de peligroso y se aplica a la persona ocasionada y de genio turbulento y arriesgado clasificándolos en peligrosidad social y criminal. Dos elementos de la peligrosidad son el estado peligroso, que se entiende como la situación en que se encuentra una persona que está a punto de cometer el delito, y la predisposición, que está formada por el conjunto de factores generalmente endógenos y que lo empuja a actuar de una manera determinada. Según la distinción jurídica. La peligrosidad se divide en presunta en los casos que, una vez comprobada la realización de determinados hechos del individuo, debe ordenarse la aplicación de una pena o medida de seguridad que se presume por el legislador. Y peligrosidad comprobada, los casos en los que el magistrado puede aplicar sanciones sin antes comprobar la existencia concreta de la peligrosidad del agente. Véase en Rodríguez Manzanera, Luis (2011). Criminología clínica. México: Porrúa.

lesionados por los diversos hechos antisociales (*la vida, el patrimonio, la integridad física y mental, la libertad personal, etc.*).

2. 6 LA APLICACIÓN DE LA PENA Y EL PODER DISCRECIONAL DEL JUEZ

Después de haber distinguido en la sanción penal el momento de la **conminación**, el momento de la **represión** y de la **ejecución** propiamente dicha, se entiende que el primero puede llamarse también momento **legislativo**; el segundo, momento **judicial**; y el tercero, el momento **administrativo** o **ejecutivo**.

En el primer período, es decir, el momento **legislativo**, la pena es un mandato abstracto, expresado en una norma típica que se dirige indistintamente a todos los gobernados.

En el segundo, (**judicial**), la pena deja su carácter abstracto y se aviene con el delito como un hecho histórico determinado. Surge entonces el problema de la apreciación de todas las circunstancias objetivas y subjetivas que han condicionado el delito para adaptar la sanción al autor de la trasgresión, siendo éste es el problema de la individualización de la pena.

El tercero (**administrativo** o **ejecutivo**), implica la intervención de la autoridad administrativa a quién se encomendaba tradicionalmente la vigilancia del cumplimiento o ejecución de la pena impuesta, así como las condiciones en que tal cumplimiento se debe dar. Pertinente es destacar que en la actualidad, como ya se ha precisado anteriormente, el Propio Poder judicial juega un papel participativo atento al precepto constitucional antes

invocado –art. 21–⁸⁴.

El juez, es el único que en pureza, lleva a cabo la verdadera individualización de la pena. Es él quien toma contacto directo con el caso concreto y con los protagonistas del mismo, sólo a él le es posible adecuar convenientemente la sanción a las condiciones personales del sujeto que ha delinquido. Por eso es que la doctrina y las legislaciones modernas han ido ampliando día a día el **arbitrio judicial**, dándole al juez un margen extenso de atribuciones y sometiéndolo a normas flexibles que le permiten, en la mayor parte de los casos, elegir la especie de pena aplicable y fijar su duración o cantidad, dentro de los límites relativamente amplios fijados a priori en la Ley aplicable al caso.

La individualización administrativa se refiere a la fase ejecutiva de las sanciones y se basa en la observación del condenado durante el cumplimiento de la pena impuesta. La importancia de esta etapa final de la individualización de la pena ha sido puesta de manifiesto en los últimos años. Dos instituciones fundamentales constituyen su corolario: la libertad condicional y los sistemas penitenciarios. La primera ha sido incorporada a la legislación de casi todos los países y también es universal la preocupación por organizar la ejecución de las sanciones penales, en forma tal que cumplan con sus verdaderos fines, lo que se traduce en la creación de los llamados sistemas penitenciarios o su perfeccionamiento donde ya existen.

Artículo 21 reformado mediante decreto publicado en el diario oficial de la federación el 18 de junio de 2008 que menciona que la investigación de los delitos corresponde al ministerio público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquel en el ejercicio de esta función.

2. 7 EL ARBITRIO JUDICIAL Y EL PODER DISCRECIONAL

El arbitrio judicial es el margen señalado por la ley en cada norma que establece una pena al considerar que ésta tiene un margen de acuerdo con un mínimo y un máximo dentro del cual el juez podrá imponer la que estime más justa. “Lo anterior significa que el juzgador impondrá la pena que a su arbitrio considere más adecuada”.⁸⁵

El Arbitrio Judicial es aquella potestad jurisdiccional que otorga el Estado a los jueces, por virtud de la cual éstos pueden juzgar y decidir el proceso conforme a las reglas procesales establecidas en las leyes y en la jurisprudencia, facultad de los órganos jurisdiccionales para aplicar la ley apreciando las circunstancias particulares de cada caso.

Según Nieto: “ya no se ve al juez como un sacerdote de la ley, si no como un personaje de reacciones sorprendentes dotado de desmesurados poderes públicos que, por causas rigurosamente personales y de ordinario incomprensibles, hace y deshace destinos individuales y ataca o defiende al Poder. En su consecuencia, hay que acercarse a él y estudiarlo *sine ira ac studio* como un fenómeno más de los muchos que nos afectan. Hay que abrir mucho los ojos para verle bien, tal cual es: sin doseles, sin escudos barrocos, sin toga, sin imputarle, en fin, representaciones falsas y fabulosas. Un funcionario público, en suma que, agobiado por el trabajo y las presiones, intenta hacer lo que puede y con frecuencia incurre en lo que no debe o, mejor todavía, por lo que a este libro se refiere, un ser humano obligado profesionalmente a tomar decisiones sobre conflictos ajenos con frecuencia sin conocer bien los datos reales del litigio y de ordinario sin disponer del tiempo y de los instrumentos jurídicos imprescindibles para sentenciar

⁸⁵ Amuchategui Requena, Irma Griselda (1997). Derecho Penal. México: Harla, pp. 91.

responsablemente⁸⁶.

2. 8 HISTORIA DE LAS PENAS

Históricamente las penas han tenido diversas vicisitudes, particularmente se han desenvuelto en un ámbito de crueldad, injusticia y venganza, demostrando en buena medida su ineficacia para lograr una satisfactoria convivencia social.

Si analizamos la imposición de la pena en las antiguas civilizaciones nos causa terrible impacto observar la crueldad en la aplicación de castigos; la muerte era considerada de los más benignos. Exagerados suplicios, mutilaciones, auténticos atentados contra la dignidad del ser humano, se imponían con la mayor frialdad.

Se instruye la responsabilidad colectiva, se castiga a los muertos y aún a los animales. Las propias cosas inanimadas no escapan de tales absurdos, algunos ejemplos: En China se decapitaba a todos los parientes masculinos

⁸⁶ En su libro: El arbitrio judicial, sintetiza el choque de paradigmas jurídicos, especialmente en la labor jurisdiccional. El autor estructura su obra a partir de dos modelos en confrontación, los cuales giran en torno a la facultad decisoria del juez, o, si se quiere precisar, al arbitrio judicial. El primero, el paradigma jurídico tradicional, parte de dos ideas: a) el ordenamiento jurídico positivo siempre tiene una solución –y sólo una para cada litigio, y b) la actividad judicial tiene por objeto encontrar dicha solución. Aquí, la corrección o incorrección de la sentencia depende del éxito o fracaso en el hallazgo; algo que cualquier observador puede verificar y, tratándose de un órgano superior, puede y debe corregir. El segundo modelo, el paradigma renovador, sostiene que la ley ofrece una pluralidad de soluciones correctas, dentro de las cuales el juez, en un acto de voluntad, escoge una en el ejercicio de su arbitrio; sosteniendo que la decisión judicial es un acto en el que intervienen elementos de naturaleza heterogénea y en el que resulta fundamental la personalidad individual del juez. Léase en Nieto, Alejandro (2000). El arbitrio judicial. Barcelona, España: Ariel. Pág. 444.

del culpable de alta traición, de acuerdo con las leyes de Hammurabi, no se ejecutaba al asesino de la hija de un sujeto, si no a la hija del propio delincuente.

La Edad Media fue impactante ejemplo de abusos y arbitrariedad- Observamos casos donde se aplica la pena de muerte por colgamiento, ahogamiento, enterramiento vivo y lapidación.

En la historia de la penología de nuestro país, la situación de crueldad en la imposición de sanciones era también habitual entre los pueblos precortesianos marcar la cara, abrir la boca hasta las orejas y en general penas infamantes se aplicaban con inusitada frecuencia. En la colonia, dónde imperó el Derecho español, la injusticia en la aplicación de penas fue todavía más intensa, en especial contra los aborígenes, quiénes se encontraban marginados de los más elementales derechos. Se vivía, de hecho, una esclavitud que en buena parte fue causante de su casi exterminio. En la colonia, una institución se enseñoreó de la justicia, la Santa Inquisición, la cual no sólo persiguió a los infieles y herejes, si no en general a quienes cometían delitos, siendo lo más abominable de esta institución recibir acusaciones en forma anónima.

Conforme el tiempo avanzó, particularmente a raíz del famoso libro de César Bonessana marqués de Beccaria, "De los delitos y de las penas" en el año de 1764, que aboga para que el Derecho Penal tenga como base una justicia humanamente defensiva del hombre en aras a una rehabilitación del individuo que cometió un delito, oponiéndose a la crueldad del derecho penal, a la tortura, a la arbitrariedad judicial, desigualdad de las personas ante la ley y pena de muerte. Para este autor el delito "es la conducta perjudicial para la

sociedad”⁸⁷

La situación en la imposición de penas sufrió un cambio radical con tendencias humanitarias al tratamiento menos cruel, sustituyendo la pena de muerte por el confinamiento.

En la actualidad existe una propensión humanista para la aplicación de sanciones. Se busca la rehabilitación del delincuente y sobre todo su convencimiento de comportarse con respeto dentro del grupo social. En este apartado analizaremos los puntos más importantes de la penología moderna.

⁸⁷ Refiérase a Beccaria, César (2005). De los delitos y de las penas. Colombia: Temis.

CAPITULO TERCERO

LOS SISTEMAS CARCELARIOS

INTRODUCCIÓN

En el ámbito internacional existen serias dudas sobre el éxito de la penología; particularmente, la crítica se inclina por la crisis de la pena carcelaria. Se expone que esta sanción cuando es breve, no se justifica ni desempeña ninguna función. De esta manera, lo recomendable sería sustituir las penas carcelarias cortas por otra clase de sanciones. El mismo caso se evidencia cuando se trata de castigar los delitos culposos o ciertos delitos patrimoniales no cuantiosos, donde la pena de cárcel podría ser sustituida por alguna otra. Esta tendencia la vemos reflejada en nuestro país en las últimas reformas al artículo 18 constitucional⁸⁸.

En el ámbito internacional se considera indispensable buscar nuevos métodos y más adecuados para la lucha contra el delito.

⁸⁸ El artículo 18 de la Constitución mexicana establece que solo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. Los gobiernos de la federación y de los estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal. La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores. Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la república para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la república, o del fuero común en el distrito federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los estados podrán solicitar al ejecutivo federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos solo podrán efectuarse con su consentimiento expreso.

No sólo se ha censurado el sistema actual de imposición de penas, sino que también se ha hecho una evaluación de los métodos penitenciarios, que en su gran mayoría reflejan graves atrasos. Sin lugar a dudas transformar una prisión es una tarea sumamente difícil, en razón de una serie de factores que las hacen actualmente inaccesibles, sobre todo en los renglones de corrupción y sobrepoblación, entre otros.

A este respecto conviene señalar que en la actualidad, en algunas entidades se ha establecido una especie de cárcel semi abierta, en la cual se concentra a reos que están próximos a purgar la condena que les fue impuesta permitiéndoles la salida los fines de semana con reclusión los días hábiles, y viceversa, o bien con excarcelamiento durante el día para integrarse a un trabajo internándose por las noches, y llevándose un estricto control del cumplimiento de las condiciones fijadas. Es obvio que los esfuerzos intentados con esa medida hacen ver la preocupación de las autoridades en cumplir con las metas u objetivos que encierran el correcto cumplimiento de la imposición de las penas.

Precisamente, ante la necesidad de nuevas tendencias en materia de imposición de sanciones debe pensarse muy seriamente en el acrecentamiento de medidas de seguridad, puesto que si logramos prevenir el delito más que sancionarlo, y así, estaremos evitando la presencia de delincuentes con el implícito daño social que ello significa. Medidas preventivas y educacionales habrán de ayudar en forma importante para alejar a muchos individuos de la delincuencia.

Como sabemos, esta última tiende a incrementarse y son varias las causas por las cuales se presenta; en particular destacan:

1. Pobreza.
2. Incomprensión.
3. Ignorancia.
4. Desempleo.
5. Alcoholismo y drogadicción.
6. Desorientación.
7. Descontento Político.
8. Injusticia o el abuso de poder.

El mencionar algunas causas que contribuyen al aumento de la delincuencia no implica que el hombre no posea la capacidad para evitarlas, porque al fin y al cabo, como expresan algunos estudiosos del derecho penal, el hombre goza de libre albedrío, es decir, de la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo. Pero sin lugar a dudas esa capacidad será mejor ejercida en la medida en que el individuo se encuentre educado, y es evidente que con la instrucción se pueden llegar a prevenir los delitos en gran medida, por lo que la política criminal moderna tendrá menos trabajo y menos complicaciones para encontrar alternativas que propendan con mayor intensidad a la humanización en la aplicación de las penas.

3. 1 PRISIÓN PREVENTIVA

La *prisión preventiva* o *prisión provisional* es una medida cautelar de carácter personal que afecta el derecho de libertad personal durante un lapso más o menos prolongado (dependiendo de la tramitación del Juicio Penal),⁸⁹ la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes o se considere ineficaces para asegurar los objetivos del procedimiento penal.

Cuando se dicta la prisión provisional, el imputado o acusado de un delito es obligado a ingresar en prisión durante la investigación criminal hasta la culminación del juicio y desde su inicio.

Requisitos para decretar la Prisión Preventiva: Generalmente se adoptan como criterios para su aplicación en todos los países del mundo, entre otros, los siguientes:

- Que haya fuertes indicios de culpabilidad.

⁸⁹ A este respecto cabe destacar que el artículo 208 fracción II del nuevo Código Procesal Penal de Nuevo León, limita la duración de la prisión preventiva a un año. En el artículo subsecuente (209), posibilita la prolongación por seis meses más solo para el caso de que se hubiera dictado sentencia condenatoria y ésta fue impugnada. Excepción a esos principios es la prevista en el artículo 170 del mismo ordenamiento, es decir, que la prolongación del tiempo se deba al ejercicio de derecho de defensa del imputado, y que no sobrepase la pena máxima prevista para el delito de que se trate; aunque también es importante añadir que el numeral 171 describe los casos en que de manera “oficiosa” se decretará la prisión preventiva, haciendo eco de lo previsto en el artículo 19 de la Constitución General de la República al considerar para ello los delitos más severos o de mayor trascendencia para la sociedad.

- Que exista riesgo de fuga que puede poner en peligro el cumplimiento de la pena (si el juicio finalizase con una sentencia de condena).
- Que el imputado *pueda* destruir pruebas, suponga un peligro para la víctima, o para evitar el riesgo de que pueda cometer otros hechos delictivos.

A ese respecto, el Código Procesal Penal de Nuevo León, publicado en el periódico oficial de fecha 5 de julio del 2011 y cuya iniciación de vigencia se prolongó hasta el 1º-primero de enero del año 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016 sucesivamente dependiendo de los delitos de que se trate cada procedimiento (aunque cabe mencionar un compromiso de aplicación generalizada para los primeros meses del año 2015 por parte de las autoridades de la procuración y Administración de Justicia), prevé lo siguiente:

“Artículo 170. Finalidad de las medidas cautelares. *Las medidas cautelares que se apliquen contra el imputado serán exclusivamente las autorizadas por este Código, sólo podrán ser impuestas a solicitud del Ministerio Público u oficiosamente según lo establece el Artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mediante resolución judicial fundada y motivada, y tendrán una o varias de las siguientes finalidades:*

- I. Asegurar la presencia del imputado en el juicio;
- II. Evitar que el imputado obstaculice la investigación o el proceso;
- III. Garantizar la seguridad o integridad de la víctima o los testigos; o

- III. Tratándose de medidas cautelares de carácter real, garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran derivar para el imputado.”

Como puede verse, hay una marcada similitud en las finalidades de la prisión preventiva en el texto de la legislación procesal Penal de Nuevo León, en relación con la aplicada a nivel internacional.⁹⁰

De lo anterior se deduce que La prisión preventiva sirve a tres objetivos:

- 1.- Pretende asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal.
- 2.- Pretende garantizar una *investigación de los hechos*, en debida forma, por los órganos de persecución penal.
- 3.- Pretende asegurar la ejecución penal.

Normalmente la prisión provisional se decreta cuando no existe otro método más eficaz. Es la última opción y es preferible utilizar otras medidas cautelares de menor entidad como, por ejemplo, el arresto domiciliario o una caución económica –fianza–, entre otras.

⁹⁰ Las finalidades transcritas se reiteran en el diverso numeral 185 del nuevo Código Procesal Penal de Nuevo León al establecer: “Artículo 185. Procedencia. El Juez o Tribunal podrá aplicar medidas cautelares cuando concurren las circunstancias siguientes: I. El imputado haya escuchado la formulación de imputación y tenido oportunidad de contestarla o negarse a ello; y II. Exista una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia, representa un riesgo la víctima, los testigos o el normal desarrollo de la investigación o del proceso; o bien, se trate de alguno de los delitos señalados en el Artículo 171 de este Código.

3. 2 LA PRISIÓN Y SUS EFECTOS EN EL PROCESO PENAL

Entre los efectos más destacables de la prisión se pueden destacar los siguientes:

- **Biológico:** aumentos del instinto de ataque al no ser posible la huida, problemas para conciliar el sueño, problemas de privación sexual, sensoriales (visión, audición, gusto, olfato...).
- **Psicológico:** pérdida de la autoestima, deterioro de la imagen del mundo exterior debido a la vida monótona y minuciosamente reglada, acentuación de la ansiedad, la depresión, el conformismo, la indefensión aprendida, la dependencia.
- **Social:** contaminación criminal, alejamiento familiar, laboral, aprendizaje de pautas de supervivencia extremas (mentir, dar pena, etc.).

Lo que está desorientado es el ambiente de la cárcel y no la conducta que adoptan quienes en ella se encuentran reclusos. Por lo tanto, para adaptarse a la prisión adoptan a la vez estrategias de supervivencia. Por eso, para entender las consecuencias de la cárcel es preciso entender las características del contexto penitenciario.

A este respecto cabe destacar que actualmente se habla del control que se ejerce en algunos penales sobre la población penitenciaria ejercida por

grupos de poder integrados por algunos de los mismos reos que extorsionan a los demás internos

3. 3 LA PENA DE PRISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA CARCELARIA

En la clasificación de las penas constituye la pena de prisión la sanción más temida en virtud de que la pena de muerte se aplica excepcionalmente. La pena de prisión se define como el internamiento del delincuente en un centro de reclusión impidiéndole en forma absoluta su libertad. Algunos autores distinguen la pena de prisión de la de reclusión, señalando como base la forma en que se ejecutan esas penas y hasta en los mismos establecimientos, así como en los estatutos en que debería de cumplirse la sanción. Los que están en prisión no pueden salir de la entidad. En cambio, los que están en reclusión es factible que salgan para laborar en obras públicas, teniendo la obligación de reintegrarse cuando no trabajan.

En realidad la diferencia es de grado, una es mucho más estricta, por supuesto la prisión. Por su parte Maurach distingue a “las penas privativas de libertad, en pena de presidio, pena de prisión, el encierro y la pena de arresto”.⁹¹ Aunque esta última, como sabemos en nuestro país, suele ser considerada un medio de apremio o una sanción administrativa.

⁹¹ Maurach, R. Tratado de Derecho Penal, tomo II. Barcelona: Ariel, p. 500.

3. 4 CLASIFICACIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN EN ORDEN A SU DURACIÓN

En México tenemos la prisión determinada por disposición judicial, de tal manera que nuestros tribunales deben señalar el tiempo de reclusión de los individuos. Las penas privativas de libertad deben cumplirse en establecimientos, los cuales se rigen por reglas a las que se han denominado "Derecho penitenciario o de ejecución penal".

A este respecto, Zaffaroni⁹² nos dice: "Se llama *régimen penitenciario* al conjunto de normas que regulan la vida de los reclusos en los establecimientos penales. Por *sistema penitenciario* se entiende a las directrices y elementos esenciales de la ejecución de las penas privativas de libertad."

El propio maestro argentino Zaffaroni nos indica que los principales sistemas penitenciarios están ideados para atender a los individuos que van a cumplir una pena de prisión: todos ellos con la tendencia de que en esos centros penitenciarios se retribuya el daño causado a la sociedad, y además, se tome en cuenta el grado de peligrosidad de los sujetos. Tales sistemas son:

- a) Sistema celular o filadélfico.
- b) Sistema auburniano.
- c) Sistema irlandés o progresivo.
- d) Sistema de los reformatorios.

- **EL SISTEMA CELULAR O FILADÉLFICO**, que como su nombre lo indica fue creado en Filadelfia en el siglo XVIII. Se obligaba al interno a

⁹² Zaffaroni, E. (1991). Manual de Derecho Penal, Parte General.

un absoluto aislamiento considerando a éste como moralmente benéfico. Se completaba con la educación y con algunas visitas.

- **EL SISTEMA AUBURNIANO**, creado en Auburn, Nueva York a principios del siglo XIX. Consistía en un trabajo diurno común y un aislamiento celular sólo por las noches, bajo drásticas reglas.
- **EL SISTEMA IRLANDÉS O PROGRESIVO**, se inicia en Australia por el Capitán Maconochie y se perfecciona en Irlanda por Walter Crofton. Era un sistema paulatino, primero se aplicaba el sistema celular, después el sistema auburniano, una tercera etapa era trabajo al aire libre y el último momento era una libertad condicional. Las etapas se producían dependiendo de la conducta de los internos.
- **EL SISTEMA DE LOS REFORMATARIOS**, va destinado a menores infractores a los que se procura su reeducación. El tiempo de su duración es indeterminado, actualmente, la tendencia es que para sea lograda la reeducación de mérito, no debe ser excesiva en tiempo – artículo 18 Constitucional–.

Además de estos sistemas, a los que debemos llamar clásicos para tratar a los internos, en los últimos años se han incrementado muchos métodos para el tratamiento de prisioneros, uno de ellos es la denominada "prisión abierta", donde las motivaciones psicológicas son fundamentales para lograr una conducta positiva de los internos. Este sistema como ya quedó apuntado en líneas precedentes, ha operado en algunos estados con éxito, dado que los reos beneficiados han sido incorporados a la planta productiva y su integración ha sido favorable.

3. 5 SISTEMA CARCELARIO PANÓPTICO.

Según Foucault, los principios anteriores se materializan en el panóptico que Jeremy Bentham diseñó como edificio perfecto para ejercer la vigilancia. El efecto más importante es inducir en el detenido un estado consciente y permanente de visibilidad que garantiza el funcionamiento automático del poder sin que ese poder se esté ejerciendo de manera efectiva en cada momento, puesto que el prisionero no puede saber cuándo se le vigila y cuándo no. El panóptico sirve también como laboratorio de técnicas para modificar la conducta o reeducar a los individuos.

Esto mismo permite perfeccionar el ejercicio del poder, ya que permite reducir el número de los que lo ejercen y multiplicar el de aquellos sobre los que se ejerce. Además, hace que actúe, incluso, antes de que las faltas se cometan previniéndolas. Sin otro instrumento que la arquitectura, opera directamente sobre los individuos.

De esta manera aparece una “sociedad disciplinaria” debido a la extensión de las instituciones disciplinarias.

Anteriormente a este sistema se pedía a las disciplinas que ejercieran un papel de neutralización del peligro para la sociedad o para el soberano. En este sistema, en cambio, lo que se pide de ellas es aumentar la utilidad de los individuos. Por eso tienden a implantarse en los sectores más centrales y producir

Los mecanismos disciplinarios tienden a salir de los ámbitos concretos en los que funcionaban para aparecer en todo el entramado social. Además, las instituciones dejan de ejercer una vigilancia únicamente interna y

comienzan a ejercer un control también sobre el exterior (los hospitales ejercen la vigilancia de la salud general de la población, por ejemplo).

Hay una tendencia a la nacionalización de los mecanismos de disciplina. Para ejercerse, el poder debe apropiarse de instrumentos de vigilancia permanente, exhaustiva, omnipresente.

Por tanto, como señala Foucault, *“la “disciplina” no puede identificarse ni con una institución ni con un aparato. Es un tipo de poder y una modalidad para ejercerlo”*.

Prisión

Aunque la prisión no era algo nuevo en el paso del siglo XVIII al XIX comienza a imponerse como castigo universal debido a que presenta ciertas ventajas respecto a las anteriores formas de sancionar los delitos:

- En una sociedad en la que la libertad es el bien por excelencia, su privación también aparece como un mal para todos, por lo que aparece indudablemente como un castigo “igualitario”.
- La prisión permite cuantificar exactamente la pena mediante la variable *tiempo*.
- La prisión asume un papel de aparato para transformar a los individuos y para ello reproduce, acentuados, todos los mecanismos disciplinarios que aparecen en la sociedad.

Los principios fundamentales sobre los que se asienta la prisión para poder ejercer una educación total sobre el individuo son los siguientes:

- *El aislamiento del condenado* que garantiza que el poder se ejercerá sobre él con la máxima intensidad, ya que no podrá ser contrarrestado por ninguna otra influencia.
- *El trabajo*, que está definido como un agente de la transformación penitenciaria. No es la producción en sí lo que se considera intrínsecamente útil, si no los efectos que ejerce sobre el penado que se ha de transformar en un individuo que sigue las normas generales de la sociedad industrial.
- *La modulación de la pena*, que permite cuantificar exactamente las penas y graduarlas según las circunstancias. A más de la duración de la pena debe ajustarse a la transformación del recluso a lo largo de dicha condena. Ahora bien, esto implica que tiene que haber una autonomía del personal que administra la pena: el director de la prisión, el sacerdote, psicólogos y todos aquellos que intervienen en dicha administración. Es la apreciación de todos ellos y el diagnóstico que emiten el que debe llevar a la modulación o incluso la suspensión de la misma.

De esta manera aparece dentro de la prisión un modelo técnico-médico de la curación y de la normalización. La prisión se convierte fundamentalmente en una máquina de modificar el alma de los individuos. Lo penal y lo psiquiátrico se entremezclan. La delincuencia se va a considerar como una desviación patológica que puede analizarse como otro tipo de enfermedades.

A partir de aquí puede establecerse el conocimiento “científico” de los criminales: aparece la criminología como ciencia⁹³. Así, la prisión se convierte en una especie de observatorio permanente de la conducta⁹⁴.

Foucault señala que la crítica a la prisión comienza ya a principios del siglo XIX y utiliza los mismos argumentos que podemos encontrarnos hoy en día: las prisiones no disminuyen la tasa de la criminalidad, la detención provoca la reincidencia e incluso fabrica delincuentes, los ex-presos van a tener mucha dificultad para que la sociedad los acepte, la prisión hace caer en la miseria a la familia del detenido... Ahora bien, a pesar de estas críticas, la prisión se ha seguido defendiendo como el mejor instrumento de pena siempre que se mantengan ciertos principios (que ya aparecían a mediados del siglo XVIII):

- a) **Principio de la corrección:** La detención penal debe tener como función esencial la transformación del comportamiento del individuo.

⁹³Criminología es la ciencia sintética, causal explicativa, natural y cultural de las conductas antisociales. Esta ciencia sintética se propone, hoy como ayer, la disminución de la criminalidad, y en el terreno teórico que debe permitir llegar a este fin práctico, propone el estudio completo del criminal y del crimen, considerado este último no como una abstracción jurídica, si no como una acción humana, como un hecho natural y social. El método utilizado por la criminología es el método de observación y de experimentación, empleados en el verdadero marco clínico social.

⁹⁴ Cítese en Ruiz Funes, M. (1952). Estudios criminológicos. La Habana, Cuba: Jesús Montero (editor), p.17. Y también en Unesco (1961) m. Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Criminología. España: Unesco, p.13.

- b) Principio de la clasificación:** Los detenidos deben estar repartidos según criterios como su edad, sus disposiciones, las técnicas de corrección que se van a utilizar con ellos y las fases de su transformación –entre otros criterios–.

- c) Principio de la modulación de las penas:** El desarrollo de las penas debe poder modificarse de acuerdo con la individualidad de los detenidos.

- d) Principio del trabajo como obligación y como derecho:** El trabajo debe ser uno de los elementos esenciales de la transformación y de la socialización progresiva del detenido.

- e) Principio de la educación penitenciaria:** La educación del detenido es una precaución en interés de la sociedad a la vez que una obligación frente al detenido.

- f) Principio del control técnico de la detención:** El régimen de la prisión debe ser controlado por un personal especializado que posea la capacidad moral y técnica para velar por la buena formación de los individuos.

- g) Principio de las instituciones añejas:** La prisión debe ir seguida de medidas de control y de asistencia hasta la readaptación definitiva del detenido.

Según Foucault, progresivamente las técnicas de la institución penal se transportan al cuerpo social entero, lo que tiene varios efectos importantes:

1. Se produce una secuela gradual entre el desorden, la infracción y la desviación respecto de la regla. En realidad la desviación y la anomalía que lleva consigo el desorden o el crimen obsesionan a las distintas instituciones (escuela, hospital, prisión, etc.).
2. Aparecen una serie de canales a través de los cuales se recluta a los “delincuentes” que con frecuencia pasan a lo largo de sus vidas por las instituciones que están destinadas precisamente a prevenir y evitar el delito: reformatorios, instituciones de asistencia, cárceles municipales, etc.
3. En la gradación continua de los aparatos de disciplina, la prisión no supone más que un grado suplementario en la intensidad del mecanismo que actúa ya desde las primeras sanciones. –En su función, este poder de castigar no es esencialmente diferente del de curar o el de educar–.
4. En todas partes nos encontramos jueces de la normalidad: el profesor-juez, el médico-juez, el trabajador social-juez...

5. El tejido carcelario de la sociedad es a la vez el instrumento para la formación del saber que el poder necesita. Las ciencias humanas han sido posibles porque se acomodaban a esta forma específica de poder.

3.6 CRÍTICAS Y OPOSICIÓN A LAS CÁRCELES

Tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 los cuatro derechos fundamentales del hombre son: *la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia contra la opresión*. El primero de estos derechos –por su misma naturaleza– queda suspendido durante el cumplimiento de una condena. Pero el segundo y el tercero (*propiedad y seguridad*) están garantizados por la ley.

En teoría, el encarcelamiento de una persona debe impedir únicamente la libertad para moverse a su voluntad. En la práctica, la prisión restringe diversos derechos fundamentales (expresión, vida familiar, derechos cívicos, intimidad, dignidad, etc.). Paulatinamente los detenidos van adquiriendo el derecho a protestar contra las decisiones de la administración penitenciaria, lo que pudiera equipararse a una *resistencia contra la opresión*.

Los críticos y los contrarios a las prisiones aluden, con frecuencia, dos citas atribuidas a Albert Camus: "*Una sociedad se juzga por el estado de sus prisiones*", o "*El Derecho humano no debe acabar en la puerta de las cárceles*". O también las famosas citas de: "El estado de ánimo y el temperamento del público en lo que se refiere al tratamiento de la delincuencia y los delincuentes

es una de las pruebas más infalibles del nivel de civilización de un país”. –Sir Winston Churchill (1910). “Nadie conoce realmente una nación hasta que ha entrado en sus prisiones”. –Nelson Mandela (1994). Por resultar frases que encierran un valioso mensaje destinado a significar la importancia que debe concederle todo Estado a su sistema penitenciario, el que debiera organizarse siempre en función de la resocialización de los sancionados utilizándose la pena privativa de libertad como último recurso (actualmente en México, con la incorporación de la oralidad a los Juicios Penales, se ha establecido reiterativamente que la prisión, tanto preventiva como efecto de la condena o sentencia definitiva, debe reservarse como la última de las medidas cautelares en el caso del proceso o como condena en el caso de los sentenciados).

Se considera necesario, en relación con lo anterior, distinguir los principales movimientos que sobre las prisiones han surgido:

ABOLICIONISMO: Algunos movimientos calificados de abolicionistas se oponen al propio concepto de la prisión. Este movimiento rechaza totalmente el sistema penitenciario como símbolo del poder y del Estado, lo considera un freno hacia la libertad absoluta de los individuos. Creen que la inmensa mayoría de los delitos son el producto de una desigualitaria sociedad que conduce a que ciertas personas, debido a determinadas circunstancias, se vean obligadas a delinquir.

Este criterio se ajusta a la realidad de las sociedades tradicionalmente basadas en el sistema capitalista, no así en el socialista, en que todos los ciudadanos son considerados iguales y tienen posibilidad de obtener un

empleo decoroso y otras garantías, refrendadas en los textos constitucionales, por lo que delinquir no constituye una opción ante ninguna circunstancia. Sin embargo, se debe admitir que las cárceles constituyen un freno a la libertad absoluta de quienes la sufren.

Las doctrinas abolicionistas no encuentran justificación alguna en el derecho penal y propugnan su eliminación porque consideran que las ventajas proporcionadas por el mismo son inferiores a sus perjuicios.

Creer beneficiosa la abolición de la forma jurídica penal de la sanción punitiva y su sustitución por medios pedagógicos e instrumentos de control informal o inmediatamente social. Proponen la sustitución de la forma penal de las reacciones punitivas por tratamientos terapéuticos informales, pero siempre institucionalizados, coercitivos y no meramente sociales. El abolicionismo penal sienta sus bases en la negativa de cualquier clase de justificación por parte del Estado para mantener un sistema jurídico penal.

REDUCCIONISMO: A diferencia de la corriente a priori, los reduccionistas no quieren suprimir las cárceles, si no reservarlas para las personas realmente peligrosas. Partiendo de la base de que la cárcel es la pena más cara (económicamente hablando) y la menos eficaz (la tasa de reincidencia es notoria) y que la misma no contribuye a la reinserción de la mayoría de los condenados, sino todo lo contrario. Los reduccionistas proponen dar prioridad a las alternativas carcelarias (trabajos de interés social, educación socio-cultural, suspensión del permiso de conducir, etcétera) aplicadas a la mayoría de los detenidos que sólo son condenados a pequeñas penas de prisión. La cárcel pasaría a ser, en este caso, la última opción a considerar. Esta tendencia ha cobrado relevancia actualmente en México.

Ambos movimientos resultan coincidentes respecto a los perjuicios que provocan las prisiones en los sancionados, materializados en el fenómeno

conocido por **prisonalización** encontrándose el Estado en la obligación de contribuir a mitigar (en un primer momento) y erradicar (en un futuro inmediato) sus indeseables efectos a través de alternativas que así lo permitan y con el apoyo de toda la sociedad, que juega un rol fundamental en la noble tarea de acoger nuevamente en su seno a quienes en algún momento tomaron el camino errado y demuestren que pretenden enmendar su comportamiento.

PRISIONALIZACIÓN. EFECTOS Y MEDIOS PARA COMBATIRLOS

Según los estudios realizados sobre los sistemas penitenciarios, se ha llegado a concluir que la cárcel es contraria a todo moderno ideal educativo. La degradación comienza con la detención del penado, al cual se despoja al encarcelarlo hasta de los símbolos exteriores de su propia autonomía (vestimenta, objetos personales, etc.). Al nombrar los *perjuicios* que producen las cárceles se pueden destacar:

Desculturización: traducida en las desadaptaciones que sufren los reclusos, dada la ausencia de condiciones vitales para la vida en libertad que ha perdido: incapacidad para aprehenderse al mundo externo, recibiendo la formación de una imagen negativa de él.

Prisonalización: consistente en la institucionalización del sujeto comisor de uno o varios delitos condenado a cumplir sanción de privación de libertad durante un período relativamente largo, provocando su adaptación al medio carcelario, o sea, asumiendo el individuo los valores característicos de comportamiento de la subcultura carcelaria incidiendo de modo negativo en su

conducta, degradándola, así como dificultando, o en la mayoría de los casos impidiendo, su reinserción en la sociedad.

Valorando lo anteriormente expuesto podríamos preguntarnos si se cumple realmente con el fin de la sanción consistente en la reeducación y resocialización del individuo cuando es condenado a cumplir una pena privativa de libertad relativamente larga, considerando ésta como la causa de los efectos que produce la prisionalización.

EFFECTOS DE LA PRISIONALIZACIÓN.

Entre los efectos que puede provocar la prisionalización pueden enmarcarse los siguientes:

1. **Ruptura con el mundo exterior:** el sujeto se incomunica obligatoriamente con el mundo que le rodea. Todo lo que exceda o vaya más allá del medio carcelario le es ajeno. No se siente parte de la sociedad. Comienza a operar en él un proceso de desidentificación personal que se consolida en la medida en que sea más extensa la pena. Se siente un ser aislado, un recluso reprochado por la sociedad y marginado por ésta a ser rechazado, a pesar de haber concluido satisfactoriamente su condena.
2. **Contaminación Psíquica e Ideológica:** el individuo que ingresa en prisión convive entre sujetos que pueden tener una conducta

ya degradada (generalmente como resultado de este propio fenómeno) e inciden negativamente en su ser, coadyuvando al deterioro de su psiquis, de los valores o la ideología en que pudo formarse aquél si no se sustentan en una base solidificada, lo que puede conducirle a la vinculación con aquellas personas que tiene más cerca, identificándose con su forma de actuar y pensar, distorsionándose su comportamiento y su ideal lejos de contribuir a la deseada reeducación. Y esto repercute en los internos en que algunos adopten el rol de patrón de indefensión aprendida con actitudes pasivas, sumisas y de co-dependencia, y en otros, de líderes despiadados y crueles.

3. **Adaptación al medio carcelario:** el sujeto sancionado a una pena relativamente larga de privación de libertad va sufriendo un deterioro psíquico, en su conciencia comienzan a operar cambios toda vez que debe adaptarse a la idea de la permanencia en el centro de reclusión hasta que cumpla la condena. La cárcel será el sitio donde deberá convivir, se relacionará con otros reclusos, pasará gran parte del tiempo encerrado en una celda, aunque tenga derecho a trabajar, permanecerá en un medio aislado y hostil al que debe adaptarse y generalmente esa adaptación implica una contaminación psíquica que obstaculiza el proceso de reeducación.

4. **Proceso de desvinculación familiar:** este efecto también opera en los individuos condenados a penas de privación de libertad, afectando con mayor severidad a quienes cumplen sanciones relativamente largas. Debe tenerse en cuenta la lejanía de las prisiones, lo que obstaculiza los viajes de los

familiares hacia el lugar, y éstos, con el curso del tiempo por lo general, van disminuyendo la frecuencia de las visitas, bien por romperse el vínculo conyugal (matrimonios), las vicisitudes provocadas por la situación –entre ellas la económica–, de los medios de transporte (generalmente los reclusorios se encuentran apartados del núcleo poblacional), o el rechazo que pueden sentir los familiares dada la naturaleza del delito cometido, desmotivación de los hijos, padres u otros a visitar al recluso por el largo período que aún le resta para extinguir la sanción, también pudieran valorarse otras causas como enfermedad o fallecimiento de los familiares más allegados; factores que a su vez inciden negativamente en el sancionado, que se va sintiendo cada día más solo, aislado, alejado por su propia familia y la sociedad.

5. **Identificación del desarraigo social:** el condenado se va adaptando al medio carcelario en el que convive, relacionándose con los demás reclusos, lo que puede contribuir, como de hecho acontece en la mayoría de los casos, a la degradación de su conducta, llegando a pensar e interiorizar que no es parte de la sociedad ni será aceptado por ésta, amén de no sentirse identificado con ella. Por lo tanto continúa ajustando su modo de vida, de ser y pensar al medio carcelario con el que se encuentra ya identificado, pues es el medio donde considera no es marginado por nadie y en el que llega a sentirse igual a los demás.
6. **Desadaptación social:** el sancionado, como se expone en líneas anteriores, va instalándose al medio carcelario porque se siente aislado de la sociedad, se ha formado en su interior una

percepción negativa del mundo que le rodea. El hecho de permanecer por determinado período en prisión le hace olvidar que fue un ser social y que algún día, cuando cumpla su condena, lo será nuevamente y entonces, llegado el momento y una vez en libertad, no se adapta a vivir en sociedad. Le resulta difícil asimilar que es parte de ella y nunca dejó de serlo, que ha saldado su deuda y en ello juega un rol fundamental la reacción de la comunidad hacia esta persona, pues generalmente no es admitido como un ser reeducado, resocializado. Es visto y juzgado moralmente como el delincuente que egresó de la prisión, del que debemos desconfiar, mantener al margen de nuestro entorno social pues será una amenaza y preservará su instinto de delinquir, actitud negativa que también percibe aquél y por ello se siente excluido de la sociedad.

3.7 ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN EN EL PROCESO PENAL.

La pena es la respuesta del Estado frente a la comisión de un hecho punible y conlleva finalidades preventivas e incluso retribucionistas; pero cabe la pregunta, ¿acaso todos los delitos y todos los delincuentes merecen la misma respuesta penal del Estado?, en la misma línea ¿acaso la prisión de nuestros días está en capacidad de cumplir las buenas intenciones que las leyes le consignan?

La pena privativa de la libertad en sus orígenes resultó ser el medio “menos irracional” a comparación, por ejemplo de la ley del talión, para hacer frente a la comisión de un hecho delictivo que afecta a alguna persona en particular y de manera indirecta la seguridad y la convivencia pacífica de la

comunidad. A medida que las ciudades crecían y los recursos para satisfacer las necesidades se hacían más escasos, o que la burocracia estatal creaba más espacios para las relaciones del poder de manera proporcional el número de hechos delictivos iba en aumento, lo que originó una desmedida sobrepoblación de las prisiones que existían, el famoso hacinamiento carcelario.

Esta desproporcionalidad originó que la prisión pierda con el transcurso del tiempo su utilidad y no pueda cumplir su función por la gran cantidad de prisioneros que empezaron a abarrotar los establecimientos penitenciarios. Desafortunadamente para la sociedad, las prisiones jamás volvieron a ser útiles porque no pudieron soportar la demanda que provenía de los palacios de justicia. Esta situación fue y sigue siendo tan palpable en América Latina.

Con esa realidad se han intentado numerosas maneras de “desmasificar” el aglutinamiento de internos y evitar que su principal efecto: la prisionización, siga afectando de manera grave no sólo a los mismos internos de los establecimientos penitenciarios y a sus familiares, si no también a la sociedad en su conjunto. Beneficios gubernamentales como el indulto o la amnistía, instrumentos procesales como el sobreseimiento en casos de poca trascendencia y cubriendo determinados requisitos, o hasta beneficios penitenciarios como la semi-libertad, la preliberación, la remisión parcial de la pena, la condena condicional, etc. han sido desplegados para poder hacer frente a esa problemática.

3.7. 1 LA CONVERSIÓN DE LA PENA POR MULTA

En lo que respecta a las alternativas a la prisión dentro de los juicios penales, es la pena de multa la que ha logrado mayor eficacia, llegando a ser

considerada por la doctrina penal, como la sanción de mayor uso y aplicación después de las penas *privativas de libertad*. Ésta última es una de las máximas sanciones que el Estado en uso de su *ius puniendi* puede aplicar sobre quienes han sido declarados judicialmente responsables de un delito y sólo superada por la pena de muerte.

El avance de la aplicación de la multa fue favorecido por la consideración de que la ejecución penitenciaria podría mejorar esencialmente en su calidad al limitarse a una cifra menor de presos condenados a largas penas.⁹⁵

Este estado actual de las sanciones penales responde a un proceso de humanización de las consecuencias que el Derecho asigna al delito. Señala el penalista Mir Puig,⁹⁶ que “los sistemas penales modernos surgidos de una serie de reformas que han dado lugar al “movimiento internacional de reforma del Derecho Penal”, se caracterizan por la desaparición de la pena de muerte o, por lo menos su limitación a unos pocos delitos muy graves, y en todo caso, por el progresivo desplazamiento de la pena privativa de libertad de su lugar central. La prisión se va reservando para la delincuencia grave, se buscan otras penas o instituciones que permitan evitarla para los delitos de menor gravedad. Entre las penas llamadas a ocupar este espacio destaca la pena de multa, que se va perfilando como la nueva espina dorsal de los sistemas penales del presente y del futuro próximo”.

La multa no es de uso exclusivo de la justicia penal, también se emplea por la Administración Pública o en la justicia social, y en no pocas ocasiones en cuantías muy superiores. Las diferencias que presenta la pena de multa

⁹⁵ Jescheck, Hans – Heinrich (1993). Tratado de Derecho Penal (4ta. Ed.) Granada, España: Comares, p. 705.

⁹⁶ Mir Puig, S. (1998). Derecho penal (5ta) Barcelona, 1998, p. 688

con esas otras sanciones pecuniarias son que se aplica sólo por los tribunales de lo penal y siempre como consecuencia de una infracción penal.

El patrimonio, como conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona, no sólo es un bien jurídico que el derecho penal protege, si no también por la trascendencia que hoy tiene en la vida económica de las sociedades. El Estado (teniendo en consideración lo que representa el patrimonio para las personas) ha configurado su política criminal en base a la restricción o limitación de éste cuando se ha cometido un delito y se ha declarado la responsabilidad penal de la persona imputada. Las penas que tienen por objeto material el patrimonio se denominan, por ello, “penas patrimoniales”. Cuando las penas patrimoniales se imponen y deben satisfacerse “en dinero”, entonces se trata de una subespecie de aquellas y se denominan “penas pecuniarias”⁹⁷.

La pena de multa ha sido la que a través del tiempo ha podido mantenerse de manera general como parte del sistema punitivo del Estado y,

⁹⁷ En México, y según el artículo 29 del Código sustantivo, la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño. La multa consiste en el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fijará por días multa, los cuales no podrán exceder de mil, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos. Para los efectos de este Código, el límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito. Por lo que toca al delito continuado, se atenderá al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente, se considerará el salario mínimo en vigor en el momento en que cesó la consumación. Cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o solamente puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad. Cada jornada de trabajo saldará un día multa. Cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos. Si el sentenciado se negare sin causa justificada a cubrir el importe de la multa, el Estado la exigirá mediante el procedimiento económico coactivo. En cualquier tiempo podrá cubrirse el importe de la multa, descontándose de ésta la parte proporcional a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad, o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad, caso en el cual la equivalencia será a razón de un día multa por un día de prisión.

en particular sobreviviendo frente a la eliminación y limitado uso de otras formas de penas pecuniarias como el comiso, la caución y la confiscación de bienes. De tal manera que hoy en día, la pena de multa se ha convertido, junto a la pena privativa de la libertad, en uno de los pilares del sistema punitivo.

Esta situación es el resultado de una larga evolución tendiente a humanizar, hacer más eficaz y menos dañina la represión penal. Jescheck ha dicho que la transición de la pena de prisión a la pena pecuniaria como punto central del sistema jurídico penal de sanciones constituye un cambio espiritual en la política criminal, cuya importancia no es inferior al paso de las penas corporales y de la pena de muerte de la Edad Media al presidio de la Ilustración del siglo XVIII.⁹⁸

Es preciso mencionar que el menoscabo patrimonial que experimenta el penado con la multa no es más que el medio a través del cual se pretende imponer un mal idóneo para intervenir sobre la voluntad de aquel, del mismo modo que la libertad del sujeto es también el medio en las penas privativas de libertad.

No obstante, es de reconocer que por la naturaleza misma de la pena de multa y de su uso para delitos leves y de mediana gravedad, ha tenido resultados aceptables en países desarrollados, pero no ha tenido similar éxito en países con economía deficiente donde, además, la pena de multa en lo que respecta a su configuración y modo de aplicación no ha sido entendida completamente por los operadores jurídicos.

No se ha hecho ningún esfuerzo por tratar de redimensionar la pena de

⁹⁸ Jescheck es citado por Maurach, R. (1995). Derecho Penal (7a. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea, P. 645.

multa haciéndola flexible a la realidad social latinoamericana para de esta manera poder intentar tener un éxito que nos permita hacer realidad la finalidad primordial de la existencia de la pena de multa, la cual es la de minimizar el uso de las penas privativas de la libertad y todos los efectos negativos que ella conlleva.

La política criminal ha buscado utilizar esta afectación al patrimonio de las personas que cometen ilícitos penales para de este modo lograr el fin perseguido: aminorar el uso de las penas privativas de libertad de corta duración con todos los efectos negativos que actualmente encierra y que además resulta ineficaz para el tratamiento, al cual pueda ser sometido la persona sancionada con una pena que le obligue a permanecer en un establecimiento penal por muy poco tiempo. Las penas privativas de libertad de corta duración no sirven para la resocialización y además contaminan al penado, y por otro lado, colapsan y sobrecargan el aparato estatal de ejecución de las penas.

El uso de la pena de multa como pena principal única alternativa a la prisión de corta duración, aún no se da en su totalidad debido a la poca comprensión de esta sanción y de su aplicación y también a la resistencia legislativa, judicial y muchas veces social de dejar de aplicar las penas privativas de libertad y en su lugar usar la pena de multa, por entender que dicha sanción es de naturaleza leve o por desconocer su procedimiento de determinación.

Persiste todavía en algunos países respecto a la pena de multa la consideración de medida alternativa a la prisión y en algunos casos como pena complementaria para agravar determinados delitos.

Otra problemática que puede observarse en este tipo de sanción es la nula o reducida capacidad económica del reo condenado que le imposibilita

acogerse a esa conversión ofrecida por la legislación penal o penitenciaria, de ahí que en algunos casos como sucede en Nuevo León surge el apoyo del propio Gobierno del Estado, creándose las fianzas de “interés social”, lo que se traduce en que el propio Órgano Ejecutivo de Gobierno que debe vigilar el cumplimiento de las sanciones es quién, a fin de cuentas, otorga la garantía que suele concederse solo a los delincuentes sin antecedentes penales.

VENTAJAS:

En el análisis de las ventajas que ofrece el uso de la pena de multa desde una perspectiva penológica la pena de multa presenta una considerable flexibilidad para hacer eficaz el principio de individualización de la pena. Además no afecta a derechos de carácter personalísimos (salvo la excepción mencionada en el párrafo precedente). También desde un punto de vista sociológico tiene evidentes ventajas, ya que en nuestra sociedad, eminentemente consumista, el dinero tiene un atractivo muy poderoso y su posible pérdida puede intimidar eficazmente sin dañar sustancialmente las relaciones sociales del sancionado.

Otras ventajas que puede presentar su imposición es que implica únicamente una limitación en la “calidad de vida” al afectar la capacidad económica del condenado, salvo cuando se otorga por el propio Estado o alguna Organización no gubernamental. Socialmente se mantiene a éste como elemento activo, ya que no se desperdicia su fuerza de trabajo privándolo de su libertad. Asimismo, se le conserva en su medio sin destruir sus contactos familiares, laborales, sociales, etc. En lugar de convertirse en una carga financiera para el Estado (como recluso), participa en la vida productiva de la comunidad. Todo esto supone respecto a su persona un respeto de su dignidad, a diferencia de la pena privativa de libertad que tiene un efecto degradante. Por último, desde un punto de vista práctico, es una que condena

que se puede graduar y adaptar con bastante facilidad a la situación individual del condenado.⁹⁹

Mención especial merece el carácter de reparable el hecho de que si la pena de multa fue resultado de una sentencia con errores que la llevaron a ser injusta, se solucionaría mediante la devolución del monto de dinero que fue cubierto de manera injusta.

No es poco frecuente observar casos donde dolosas maniobras y hasta negligentes actuaciones de los operadores jurídicos, incluyendo a las partes acusadoras o querellantes, han llevado a que personas inocentes sean condenadas y se disponga su ingreso a un establecimiento penal dónde sufren los abrumadores efectos negativos de la cárcel, y que con el transcurso de los años, el error judicial se llega a manifestar y la persona que injustamente entró en prisión al egresar se ve imposibilitado de recuperar los años perdidos, e incluso, con una personalidad diferente. En consecuencia, cualquier intento de reparar este daño materialmente no será posible, y esto se podría evitar con el uso de la pena de multa.

DESVENTAJAS:

Mientras que en referencia a las desventajas que se presentan para el uso de la pena de multa, la bandera que frecuentemente se alza es la de las injusticias (desigualdad) a la que se puede arribar, debido a que económicamente existe una gran desigualdad entre las personas, lo que dará como resultado que al aplicarse la pena de multa a personas de capacidades económicas antagónicas, para quién es pudiente no representaría el menor

⁹⁹ Du Puit, J. (1997.1998). La Pena de Multa. Anuario Electrónico de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo–Suiza. Dirigida por José Hurtado Pozo. N° 1997.

daño y no llegaría a cumplir los fines que la multa por ser pena persigue, mientras que para la persona de escasos recursos económicos la pena de multa lo único que haría es agravar la situación de esta persona y se le pondría una carga más a las premuras económicas que de por sí ya tiene.¹⁰⁰

Circunstancia anexa a este hecho de desigualdad y desventaja de la pena de multa es el hecho de la posibilidad de ausencia de pago, lo cual llevaría a considerar a esta clase de pena como no eficaz y en un contrasentido recurrir a la pena privativa de libertad.

Es innegable que el uso de la pena de multa podrá tener mucha resistencia por parte de algunos sectores sociales o académicos, esgrimiendo argumentos como que se estaría “metalizando” las penas que permitir a un condenado permanecer en libertad pagando determinadas cantidades de dinero a favor del Estado sería olvidar el sufrimiento de la víctima o dejar de lado la resocialización del condenado.

Sin embargo, no debemos olvidar que la pena de multa no es la solución definitiva para los problemas que la criminalidad genera, si no que es uno de los medios con los cuales el Estado puede combatir a ésta, teniendo en cuenta que su configuración está dada para hacer frente a delitos leves o de mediana gravedad. Discutible sería si es que se quisiera aplicarse ésta para un Homicidio doloso o quizás una violación a la libertad sexual.

En definitiva, lo que se trata con la pena de multa (también la de prestación de servicios al Estado o trabajo en beneficio de la comunidad o la

¹⁰⁰ Opina este autor que “en realidad, la objeción, aunque de gran peso, no es ilevantable. La solución consiste en encontrar y aplicar un buen sistema que permita proporcionar la pena a las posibilidades económicas de quien deba sufrirla, de modo que todos la sientan por igual, y facilite los medios para su cumplimiento”. Se encuentra en Fontan Balestra, C. (1995). Tratado de Derecho Penal Tomo III, 2da. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot

limitación de días libres entre otros) es evitar el uso de las penas privativas de libertad para personas cuyo accionar no responde a hechos ilícitos graves y de esta manera tratar de ir despoblando las prisiones, abarrotadas a veces por la injusta permanencia de autores de delitos menores.

3.7. 2 CONDENA CONDICIONAL

También conocida como “Suspensión Condicional de la ejecución de la condena” y como “Libertad Condicional” en México¹⁰¹, es conocida como una medida alternativa a la pena privativa de libertad –prisión–, se concede con posterioridad a la sentencia de condena firme o ejecutoriada.

En otros países contempla también la sustitución del arresto domiciliario. Para que conceda este beneficio o prerrogativa es menester que se cumplen ciertos requisitos establecidos en la ley que le permite al condenado por un delito cumplir su sanción penal en libertad, aunque sujeto a ciertas obligaciones o bajo ciertas condiciones. En caso de incumplir tales condiciones, la persona a la cual se le ha concedido la libertad condicional debe cumplir su condena en la cárcel.

¹⁰¹ En el Código Penal Federal Mexicano, en el artículo 84 se establece que: mediante informe sobre la buena conducta del reo, se le deberá conceder libertad preparatoria. Se exige en los delitos dolosos el cumplimiento de las tres quintas partes de la condena, y en los culposos la mitad de ella. Se exige buena conducta, examen psicológico que no demuestre peligrosidad, y muestre adaptación social. No se concede en casos de delitos graves

El Código Penal de Nuevo León, establece al respecto como requisitos para conceder dicho beneficio lo siguiente:

Artículo 108.- la condena condicional suspende las sanciones impuestas por sentencia definitiva de acuerdo con las fracciones siguientes y tomando en cuenta lo dispuesto por los artículos 81 y 82 de este código:

I.- podrá suspenderse, a petición de parte o de oficio por determinación judicial, al pronunciarse sentencia definitiva, cuando no exceda de cinco años, si concurren estas condiciones:

a) que no hubiera sido sentenciado en forma ejecutoria con anterioridad, en los términos de la fracción iii del artículo 44;

b) que haya observado buena conducta después del delito;

c) que haya observado con anterioridad un modo honesto de vivir y tenga el firme propósito de continuarlo;

d) que otorgue fianza, que fijará el juez o tribunal, de que se presentará ante la autoridad siempre que fuere requerido;

e) que haya reparado el daño causado, o que haya garantizado cubrir su monto;

f) en el caso de delitos cometidos con motivo de la conducción de

vehículos en estado de voluntaria intoxicación provocado por el consumo de alcohol, se deberá comprometer a asistir a tratamiento, el cual deberá acreditarlo dentro de los siguientes seis meses. en caso contrario se hará efectiva la sanción impuesta; y

g) en los casos del delito de violencia familiar o equiparable a la violencia familiar, el condenado deberá comprobar que está recibiendo el tratamiento médico-psicológico al que se le sentenció el cual deberá acreditar cada tres meses después al de la notificación de la sentencia, en caso contrario se hará efectiva la sanción impuesta.

Del mismo modo, esta figura es contemplada en diversos sistemas penales en el mundo como una medida de rehabilitación que le permite al condenado, tras cumplir una cierta proporción de la pena impuesta y otros requisitos, terminar su condena en libertad, aunque sujeto a ciertas condiciones.

Las legislaciones Penales otorgan al juez la facultad de conceder o no la condena condicional, significa que en cada caso deberá analizarse la conveniencia de su otorgamiento en base a las distintas circunstancias del caso.

En ese sentido, se ha concluido que el solo hecho de que el acusado sea un delincuente primario no es el fundamento de la condena condicional, si no un requisito indispensable para acordarla. Igualmente los tribunales han decidido que es facultad exclusiva del tribunal de primera o segunda instancia estimar si corresponde o no otorgarla.

El delito respecto el cual se aplica la pena, debe admitir la condena condicional, pues de lo contrario sería improcedente, de ahí que haya leyes

especiales que excluyen tal beneficio, así como los delitos que prevean una pena mayor al límite máximo de la pena que permite su otorgamiento.

3.7.3 TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Los Trabajos en beneficio de la comunidad son una pena privativa de derechos. Su imposición requiere el consentimiento del penado y le obliga a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública.

El trabajo en beneficio de la comunidad debe ser asignado por la Administración estatal, en algunos casos por la local o municipal (cundo se trata de faltas a reglamentos como el de Policía y Buen Gobierno, entre otros) y pueden ser el resultado de convenios entre sí o con entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública, debiendo para ello, contar con registros que se envíen a la Administración Penitenciaria respecto a las plazas disponibles en su territorio.

La Administración Penitenciaria deberá supervisar dichos trabajos y prestar el apoyo y asistencia necesarios para su eficaz desarrollo.

El penado podrá proponer una tarea concreta a la Administración Penitenciaria, como cumplimiento de la pena, privilegiando las capacidades personales en el oficio o profesión que domine o pudiera dominar.

La ejecución de esta sanción estará regida por un principio de flexibilidad para compatibilizar, en la medida de lo posible, el normal desarrollo de las actividades diarias de los penados con el cumplimiento de la pena.

El Trabajo en Beneficio de la Comunidad es una actividad complementaria, no remunerada, que no sustituye puestos de trabajo ni compite con el mercado laboral. Cumple también una finalidad restitutiva a la vez que ejemplarizante e integradora.

Estos trabajos tendrán una finalidad de utilidad pública, y podrán consistir en labores de reparación de los daños causados¹⁰² o de apoyo y

102. En México, y según los artículos 30,30 bis, 31, 31 bis y 32 se estipula que: La reparación del daño comprende: 1). La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma; 2). La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima. En los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual y de violencia familiar, además se comprenderá el pago de los tratamientos psicoterapéuticos que sean necesarios para la víctima, y 3.) El resarcimiento de los perjuicios ocasionados. Tienen derecho a la reparación del daño en el siguiente orden: a). El ofendido; b). En caso de fallecimiento del ofendido, el cónyuge superviviente o el concubinario o concubina, y los hijos menores de edad; a falta de éstos los demás descendientes, y ascendientes que dependieran económicamente de él al momento del fallecimiento. La reparación será fijada por los jueces, según el daño que sea preciso reparar, de acuerdo con las pruebas obtenidas en el proceso. Para los casos de reparación del daño causado con motivo de delitos por imprudencia, el Ejecutivo de la Unión reglamentará, sin perjuicio de la resolución que se dicte por la autoridad judicial, la forma en que, administrativamente, deba garantizarse mediante seguro especial dicha reparación. En todo proceso penal el Ministerio Público estará obligado a solicitar, en su caso, la condena en lo relativo a la reparación del daño y el juez a resolver lo conducente. El incumplimiento de esta disposición será sancionado con multa de treinta a cincuenta días de salario mínimo. . Están obligados a reparar el daño en los términos del artículo 29: -Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad: -Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad; -Los directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos; -Los dueños, empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles de cualquier especie, por los delitos que cometan sus obreros, jornaleros, empleados, domésticos y artesanos, con motivo y en el desempeño de su servicio; -Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o gerentes directores, en los mismos términos en que, conforme a las leyes, sean responsables por las demás obligaciones que los segundos contraigan. -Se exceptúa de esta regla a la sociedad conyugal, pues, en todo caso,

asistencia a las víctimas o de participación del penado en los talleres o programas formativos o de reeducación, laborales, culturales, de educación vial, sexual y otros similares.

La persona sometida a esta medida está obligada a invertir un determinado tiempo en el desarrollo de la tarea que se le ha asignado. Entre las muchas ventajas que aporta este tipo de sanción cuenta con la de ser una medida igualitaria que se cumple en libertad y evita por tanto la ruptura con la vida familiar, laboral y social del penado, además de promocionar valores como la solidaridad, la responsabilidad y el bien común

(En E. U. en un tiempo se ofrecía a los jóvenes la sustitución de la cárcel por la incorporación al ejército).

3.7. 4 ARRESTO DE FIN DE SEMANA.

Es también conocido como “Tratamiento en libertad o semilibertad”. El arresto de fin de semana o semilibertad es una pena privativa de libertad de corta duración de cumplimiento discontinuo, constituye una de las novedades más relevantes que se observan en el sistema sancionador de la materia penal.

Es ésta una pena relativamente nueva en el derecho penal, su

cada cónyuge responderá con sus bienes propios por la reparación del daño que cause, y -El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos realizados con motivo del ejercicio de sus funciones, y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culposos.

surgimiento trajo como preocupaciones como la necesidad de infraestructura que la ejecución de dicha pena conlleva (instalaciones, funcionarios para su seguimiento, registros, etc.)

El arresto de fin de semana está catalogado como pena menor. Se trata, por lo tanto, de una pena corta privativa de libertad de cumplimiento discontinuo, que es aplicable a los delitos sancionados con penas menos graves, e incluso a las faltas o infracciones administrativas. Uno de los objetivos fundamentales del arresto de fin de semana es el de ocupar el espacio entre las proscritas penas cortas de prisión y de multa, pudiendo operar como sustitutivo de las penas privativas de libertad de hasta dos años de duración. La introducción de esta pena conlleva algunas ventajas mayoritariamente aceptadas: contiene el impacto punitivo al permitir que el condenado mantenga sus vínculos sociales, familiares y laborales. En suma, mantiene el constreñimiento sobre el condenado durante un cierto tiempo pero sin producir los efectos di-socializadores de la prisión continuada.

Uno de los problemas más graves del arresto de fin de semana es el que se refiere a sus dificultades de cumplimiento y puesta en práctica. Generalmente se busca que se lleve a cabo los fines de semana como los viernes, sábados o domingos en el establecimiento carcelario o penitenciario más próximo del domicilio del arrestado o bien entre semana por las noches.

Por un lado, se establece la posibilidad –si las circunstancias lo aconsejan o permiten– de que el Juez o Tribunal pueda ordenar, previo acuerdo del reo y escuchando el Ministerio Público, que el arresto de fin de semana se cumpla en otros días de la semana, es decir, en días distintos a los viernes, sábados o domingos (por ejemplo, festivos, puentes, día libre laboralmente, etc.). De este modo, teniendo en cuenta que estamos ante un arresto del período de descanso semanal y que la actividad laboral o

profesional del reo puede desarrollarse durante el fin de semana en sentido estricto, se torna posible la adaptación del sujeto sometido a esta peculiar pena corta de prisión. Este sistema de aplicación de sanción puede también aplicarse en reclusorios municipales cuando así sean autorizados por la autoridad que aplico de la sanción.

El Juez de Vigilancia deberá tener la facultad de acordar la modificación del arresto determinando que se ejecute ininterrumpidamente si el condenado incurriera en determinadas ausencias no justificadas.

El cumplimiento efectivo de los arrestos de fin de semana necesitan no sólo de la previsión de medios materiales, sino también de una ley de desarrollo que establezca las condiciones de su ejecución, o en su caso, de una reglamentación, si es que derivan de una ley de ejecución de sanciones penales o de cumplimiento de sanciones administrativas.

Respecto al plan de ejecución del arresto de fin de semana, como regla general, se cumplirá en el centro penitenciario o carcelario más próximo al domicilio del arrestado, y, subsidiariamente, en el recinto municipal de detenidos en caso de que no exista centro penitenciario o reclusorio en relación con el domicilio habitual del penado. En caso de existir varios centros penitenciarios será preferente el cumplimiento en el centro de inserción social más próximo al dominio del penado, salvo que la población existente imposibilite llevar a cabo esa selección preferente.

Es importante destacar que el arresto de fin de semana deberá llevarse a cabo en celda o lugar de reclusión totalmente separado del resto de los detenidos, presos o penados que puedan hallarse en el mismo Centro Penitenciario o Reclusorio.

3.7. 5 SUSPENSIÓN DE JUICIO A PRUEBA.

(Conocida en otras partes del mundo como “Probación”). Tiene relevancia en México a partir de la reforma constitucional del 2008 al ser utilizada como medida cautelar.

Contribuye a una respuesta más humana en la justicia penal, ya que tiende a evitar las consecuencias negativas del encarcelamiento, así como también desde un punto de vista práctico impedir que se llegue hasta la sentencia en procesos de poca importancia en política criminal ahorrando recursos materiales y humanos con la gran ventaja que se producen importantes reducciones de costos al Estado que son imprescindibles en el encarcelamiento de los sujetos a proceso penal.

En el ámbito internacional se plantea esta necesidad plasmada en las "Reglas de Tokio" 1.5 "Los Estados miembros introducirán medidas no privativas de la libertad en sus respectivos ordenamientos jurídicos para proporcionar otras opciones y de esta manera reducir la aplicación de las penas de prisión y racionalizar las políticas de justicia penal, teniendo en cuenta el respeto de los Derechos Humanos, las exigencias de la Justicia Social y las necesidades de rehabilitación del delincuente",¹⁰³ 1990.

¹⁰³ Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad (reglas de Tokio) aprobadas por la ONU el 14 de diciembre de 1990 por la Asamblea general, resolución 45/110. Las reglas estipulan protecciones legales para asegurar que penas no privativas estén siendo aplicadas con imparcialidad, dentro de un sistema legal claro, asegurando la protección de los derechos del delincuente y el recurso a un sistema de queja formal cuando sienten que en algún momento sus derechos hayan sido vulnerados. Las reglas contienen unos principios básicos para promover la aplicación de medidas no privativas de Libertad. Tienen por objeto fomentar una mayor participación de la comunidad en la gestión de la justicia penal así como fomentar entre los delincuentes el sentido de su responsabilidad hacia la sociedad.

El elemento esencial de La *Probation o Suspensión del Juicio a Prueba* es que constituye un método de reeducación del delincuente: un plan de conducta en libertad adaptando la respuesta del derecho penal y procesal penal a las circunstancias que rodean al hecho, las condiciones personales del imputado y a la posibilidad que brinde la comunidad o el sistema social.

Este es el momento de responder a uno de los problemas cruciales que enfrenta la sociedad: la inseguridad en materia de política criminal y judicial, la de dar protección a la sociedad que tanto la reclama, como también a las personas que sí han entrado en los caminos de desviación de su conducta y que necesitan encontrar las respuestas a tal equivocación para luego reparar y comenzar a reconstruir un nuevo proyecto que lo lleve a reinsertarse con una identidad en sus grupos de pertenencia, familia, trabajo, comunidad y sociedad.

Para poder lograr tan caro objetivo es necesario implementar la institución de la *Probation o Suspensión de Juicio a Prueba* como se ha hecho en el sistema anglo-americano hace ya más de un siglo con excelentes resultados. Esta práctica está siendo visualizada en México a partir de la Reforma Constitucional de 2008 al introducirla al sistema penal acusatorio como una opción para evitar la medida cautelar de prisión preventiva que en el sistema anterior era el resultado de un auto de formal prisión que justificaba procesalmente esa detención independientemente del tiempo que durara el juicio o procedimiento al que era sometido quién era objeto de esa suspensión en el derecho a la libertad a raíz de la presunción de haber cometido un delito.

Las obligaciones o "condiciones a prueba" deben ser supervisadas por un agente especializado, en el nuevo sistema acusatorio mexicano, esta supervisión se concede al Juez de Preparación una vez llevada a cabo la actividad del Juez de control, quiénes deberán tomar en cuenta el propósito fundamental de la seguridad social y a la vez respetar los derechos que le

asisten a la persona que presuntamente ha cometido el delito, sin dejar de lado el buscar impedir que vuelva a delinquir.

Esta figura tiene muchas ventajas, por ejemplo, el tratamiento se hace en libertad. La ayuda que se propone brindar al imputado durante el plazo de prueba de alguna manera lo vincula con la actitud que asuma durante un período de tiempo y al Funcionario que tenga a su cargo la supervisión o el seguimiento de su conducta.

La implantación de este sistema produce grandes ahorros al Estado y a la sociedad. Es facultativo y su finalidad última es disuadir al imputado de la comisión de nuevos delitos, al igual que facilitar su resocialización. Muestra su naturaleza protectora, de ayuda y no punitiva, tendiente a fortalecer el propósito del presunto autor del delito en cuanto a no recaer nuevamente en conductas de ese tipo y evitar así que su futuro sea la cárcel como destino cierto.

CAPÍTULO CUARTO

EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES COMO GARANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

INTRODUCCIÓN

En este capítulo se estudia al Juez de Ejecución de Sanciones Penales, también llamado Juez de Vigilancia Penitenciaria, sus funciones jurisdiccionales, y al derecho extranjero, para de ahí concluir en la importancia de esta figura jurídica, apenas abordada de manera formal en nuestro país a partir de la reforma Constitucional del 2008, aunque también pudiera adquirir diversas denominaciones, pero principalmente deberá adquirir relevancia su actuar en observancia a lo previsto en el artículo 21 en relación con el 18 de la Constitución General de la República.

4.1 EL JUEZ DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

Esta figura jurídica también, llamada juez de vigilancia penitenciaria o juez del control de la ejecución de la pena, es el funcionario judicial que estará encargado de asegurar los derechos del condenado en caso de abuso de los empleados involucrados en su custodia. Asimismo, dicho funcionario tendrá la jurisdicción de controlar la legalidad de las decisiones que las demás autoridades penitenciarias tomen cuando las mismas no estén contenidas en la sentencia, también verán la aplicación de las sanciones de carácter disciplinarias en el recinto carcelario.¹⁰⁴

Cuando el legislador crea las leyes penales, las hace para que los tribunales la apliquen, lo que quiere decir, que los tribunales al sancionar al individuo están aplicando lo que el legislador creó. Cuando el juez de juicio sanciona penalmente a un individuo que se haya comprobado ser violador de las leyes penales, está haciendo una especie de construcción moral sobre una

¹⁰⁴ Gómez De La Escalera, J. J.: (1994) "El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria", en *Actualidad Penal*, núm. 45, p.45.

persona, y si a esta obra se le suma la idea que se tiene del derecho penal en el sentido de que la finalidad última de las penas es resocializar y reeducar al individuo para devolverlo como bueno a la sociedad, qué mejor oportunidad ésta para que el poder judicial le dé seguimiento a su construcción.

Es ahí la función importantísima de este funcionario, de vigilar y controlar la ejecución de lo que establece una sentencia, de garantizar el respeto de los demás derechos que le asisten al condenado y de evitarle al penado un doble estado de victimización. El juez de la ejecución de la pena, entre sus funciones, tiene la obligación de construir un nuevo ciudadano, de velar porque el condenado presente signos de progreso con relación a su comportamiento que dio origen a la sanción y por vía de consecuencia devolverlo como bueno a la sociedad.

El Juez de Ejecución Penal¹⁰⁵ es un órgano personal Judicial Especializado con funciones de vigilancia, decisorias y consultivas, encargado de la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad de acuerdo al principio de legalidad y del control de la actividad penitenciaria, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que pueden producirse por parte de la Administración Penitenciaria.

Es el encargado de fiscalizar el cumplimiento de la sentencia que conlleva una pena de prisión impuesta a quien ha transgredido la ley. Está facultado para emitir decisiones acerca de las peticiones de suspensión condicional de la pena y cualquier otro beneficio relacionado con la libertad del condenado.

¹⁰⁵ Esta figura entra en vigor en La república Mexicana a partir de 2007. Pero en la reforma que se aplicó en el 2008, la función de ejecución penal comprende tres niveles de intervención judicial: 1) jurisdiccional directa —que hoy se ejerce en parte por los jueces de proceso—, 2) recursiva —que en la actualidad se realiza a través del juicio de amparo indirecto— y 3) de supervisión —que hasta ahora escapa a la intervención directa del poder judicial.

De manera general, se puede afirmar que el Juez de Ejecución Penal tiene, entre otras, principalmente las siguientes funciones:

1. Velar por el cumplimiento de las penas y medidas impuestas mediante sentencia firme;
2. Garantizar el cumplimiento de las Normas Constitucionales, Tratados Internacionales y los derechos de aquellas personas que se encuentren bajo la jurisdicción penitenciaria;
3. Velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos condenados ejecutoriamente a pena de prisión;
4. Computar y determinar con exactitud la fecha en la que finaliza la condena y la fecha a partir de la cual el sentenciado puede aspirar a la concesión del beneficio de la libertad condicional;
5. Regular todo lo relacionado con los beneficios penitenciarios como reducción de las penas, redención de la pena por trabajo, estudio y extinción de la pena, etc.; y
6. Determinación del lugar y condiciones en que se deba cumplir las penas y medidas de seguridad impuestas.

El Juez de Ejecución Penal obedece al principio de Judicialización o Jurisdiccionalización de la Ejecución penal, es decir, que todas aquellas decisiones de la etapa de ejecución penal que impliquen una modificación de las condiciones cualitativas de cumplimiento de la pena impuesta conforme a las prescripciones de la ley penal deben ser tomadas o controladas por un juez

dentro de un proceso en el que se respeten las garantías propias del procedimiento penal¹⁰⁶.

La figura del Juez de Ejecución de Penas surge a consecuencia de recomendaciones de Congresos Internacionales y de su implementación en países europeos como Italia, Francia y Portugal, aunque históricamente se reconoce que el primero en regularlo fue Brasil en 1924, asumiendo funciones que antes correspondían a la Administración Penitenciaria y a los Tribunales de Sentencia.

El Juez de Ejecución Penal debe garantizar los siguientes principios:

- 1 . Seguridad Jurídica;
- 2 . Legalidad;
- 3 . Racionalidad;
- 4 . Proporcionalidad;
- 5 . Respeto de la dignidad humana;
- 6 . Igualdad de trato;
- 7 . Aplicación del principio Indubio pro reo;
- 8 . Aplicación del principio de defensa;
- 9 . Personalización administrativa de la sanción;
- 1 0 . Establecimientos adecuados; y
- 1 1 . Tratamiento individualizado.

¹⁰⁶ Mapelli Caffarena, B.: (1985) "Sistema progresivo y tratamiento, Universidad de Alcalá de Henares, 2ª ed. Alcalá de Henares, p. 89.

4.2 FUNCIÓN SOCIAL DEL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

Una de las principales responsabilidades del Juez de Ejecución Penal es que buscará producir un nuevo ciudadano que deberá lograrse velando por que el sentenciado presente signos de progreso con relación al comportamiento que dio origen a la sanción.¹⁰⁷

Además controlará el régimen penitenciario y el respecto a las finalidades constitucionales de la pena.

Dispondrá de las inspecciones de los establecimientos penitenciarios y ejercerá funciones de vigilancia y control.

4. 3 ORIGEN DEL JUEZ DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES EN MÉXICO.

Al generarse en nuestro país la reforma constitucional del año 2008, se da el nacimiento de la figura del “Juez de ejecución de sanciones penales” – en muchos casos llamado “Juez Penitenciario” o “Juez de Vigilancia Penitenciaria” entre otros–, éste se encarga –cuando menos en teoría– de realizar el cómputo de las penas privativas de libertad debiendo notificar de inmediato la fecha del cumplimiento de las sanciones al ejecutivo sentenciado, alcaidía en la cual se encuentre recluso éste último, así como al defensor y Ministerio Público, y conforme al artículo 21 de la Constitución General de la República tiene facultades para modificar la sanción impuesta –esto debe entenderse como el facultado para la concesión de algún beneficio pre

¹⁰⁷ Figueroa Ocampo, C.: La Juridización de ejecución de sentencias en el Sistema Penal Mexicano., Instituto de Administración Pública del Estado de México, México (2008), passim.

liberatorio, facultad anteriormente concedida exclusivamente al poder ejecutivo—, pero más allá de todo ello, tal vez la tarea fundamental sea el supervisar que durante su reclusión como medida de cumplimiento a la sanción penal impuesta le sean respetados los derechos que conserva.¹⁰⁸

El programa de reinserción social se fundamentará en el tratamiento individualizado sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud, la cultura de la legalidad y el deporte; el tratamiento de apoyo como terapia psicológica individual y grupal, orientación familiar, vocacional y el tratamiento auxiliar que comprende las disciplinas del arte, cultura, religión y demás que tiendan al mejoramiento del desarrollo humano, para lograr la reinserción social del interno y procurar que no vuelva a delinquir.

De acuerdo a lo establecido por el artículo 73 de la Ley que regula las Sanciones Penales para el estado de Nuevo León, ya con las adecuaciones inherentes a la reforma Constitucional del 2008 el Juez de Ejecución de sanciones tendrá las siguientes atribuciones:

I. Hacer cumplir, sustituir, modificar o declarar extintas las penas o medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento. Vigilar que la ejecución de la pena o medida de seguridad se realice de conformidad con la sentencia que la impuso confirmando la legalidad y demás derechos y garantías que asisten al condenado durante la ejecución de las mismas.

II. Sustituir la pena de prisión por una medida de seguridad de oficio o a petición de parte cuando fuere notoriamente innecesario que se compurgue en razón de senilidad o el precario estado de salud del

¹⁰⁸ Figueroa Ocampo, C.: La Juridización..., op cit., p. 78.

condenado apoyándose para el efecto el Juez de ejecución en al menos dos dictámenes de peritos.

III. Librar las órdenes de detención que procedan en ejecución de sentencia;

IV. Resolver, necesariamente en audiencia oral conforme al Código de Procedimientos Penales aplicable, todas las peticiones y planteamientos de las partes relativos a la revocación de cualquier beneficio concedido a los condenados por cualquier autoridad jurisdiccional. De igual manera procederá en los casos en que deba resolver sobre libertad anticipada y en todas las peticiones que por su naturaleza o importancia requieran debate o producción de prueba;

V. Resolver sobre las peticiones fundamentadas en los artículos 9, 10 y 11 del Código Penal para el Estado en los supuestos jurídicos mencionados en las normas pre invocadas, se podrá proceder de oficio;

VI. Vigilar que el interno tenga una clasificación criminológica;

VII. Determinar, cuando se impongan dos o más penas de prisión en sentencias diversas, el cumplimiento sucesivo de las mismas, estableciendo el cálculo correspondiente;

VIII. Vigilar el otorgamiento o denegación de cualquier beneficio relacionado con las penas o medidas de seguridad impuestas en sentencia definitiva;

IX. Ordenar la cesación de la pena o medida de seguridad una vez transcurrido el plazo fijado en la sentencia definitiva;

X. Autorizar la excarcelación temporal de internos que estén a su disposición, ello por causas de enfermedad terminal o de fallecimiento de un pariente consanguíneo en línea ascendente o descendente de primer grado;

XI. Recibir los informes por parte de las autoridades penitenciarias de los traslados efectuados;

XII. Rehabilitar los derechos de los condenados una vez que finalice el proceso de reinserción social;

XIII. Visitar los establecimientos penitenciarios con el fin de cumplir eficazmente con sus atribuciones;

XIV. Aprobar y desechar en su caso, las propuestas que formulen las autoridades penitenciarias o las solicitudes de reconocimiento de beneficios que supongan una modificación en las condiciones del cumplimiento de la condena o una reducción del tiempo de privación efectiva de la libertad;

XV. Valorar los argumentos del Ministerio Público al dictar una determinación;

XVI. Resolver sobre los reclamos formulados por los condenados en relación con el régimen y tratamiento penitenciarios en cuanto afecten el proceso de reinserción;

XVII. Atender las quejas que formulen los internos sobre actos de la

autoridad administrativa que vulneren sus derechos fundamentales;

XVIII. Resolver las peticiones sobre el beneficio de la condena condicional, pero tratándose de reos presentes, el mismo puede ser otorgado por el Juez de la causa, quién una vez que resuelve, de inmediato remitirá las constancias necesarias al Juez de Ejecución, para los efectos de lo ordenado en las fracciones IV y VIII de este Artículo; y

XIX. Las demás atribuciones que esta Ley y otros ordenamientos le confieran.

Por otro lado, la legislación federal de esta misma materia –Ley Federal de Ejecución de Sanciones Penales– que se recoge en la nueva *Ley Federal del Sistema Penitenciario y Ejecución de Sanciones*, prevé en su artículo 1 lo siguiente:

Artículo 1º. Para los efectos de esta Ley se considera:

I.- Juez de Ejecución, al Juez de Distrito en Materia de Ejecución de Sanciones Penales.

Sin embargo, en el artículo 3º-tercero de dicho cuerpo legal se observa que continúa conservando el Poder Ejecutivo la facultad de determinar el lugar y *modalidades* de ejecución y únicamente concede al Poder Judicial, específicamente al *Juez de Ejecución* el control de la legalidad de la ejecución de las sanciones penales y apartándose de la esencia que se concedió a dicho poder en el tercer párrafo del artículo 21 de la Constitución General de la República, al establecer que: “*La Imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la Autoridad Judicial*”.

4. 4 EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL EN EL DERECHO COMPARADO.

4.4.1 LA EJECUCIÓN PENAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

La intervención del Juez en la aplicación de las penas privativas de libertad en la historia judicial española ha respondido a una agrupación de funciones por la confusión que existía respecto a los derechos de los reclusos. El Juez pronunciaba la sentencia y acordaba el ingreso en prisión. Lo que ocurriera en el establecimiento en la ejecución de la misma era totalmente ajeno a sus competencias. Estas se reservaban exclusivamente a la administración penitenciaria¹⁰⁹.

Para la doctrina y la jurisprudencia española, el cumplimiento de las sentencias y resoluciones firmes forma parte del complejo contenido del derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales, y así nos lo expresa la jurisprudencia del tribunal constitucional cuando dice "la ejecución de las sentencias es, por tanto, parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a la cláusula del estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la administración pública al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no solo juzgando, sino ejecutando lo juzgado..."¹¹⁰

El tribunal constitucional español, lo que expresa con esta sentencia es indicar que la ejecución penal forma parte de la tutela judicial efectiva, siendo

¹⁰⁹ Alonso De Escamilla, A.: (1985) *El juez de vigilancia penitenciaria*, Madrid.

¹¹⁰ Tal criterio Jurisprudencial Español se traslada al Código Procesal Penal Modelo para Ibero América de 1989.

entonces un presupuesto de este derecho. Y no es para más, porque de que le vale al individuo tener acceso a la jurisdicción y obtener una sentencia judicial que reconozca derechos y que no pueda ser ejecutada?; el derecho a que se ejecuten las resoluciones judiciales firmes solo se satisfacen cuando el órgano judicial que en principio las dicto, adopta las medidas oportunas para llevar a cabo su cumplimiento.

Otro fallo del tribunal constitucional español señala que "la ejecución de las sentencia y demás resoluciones judiciales firmes corresponde a los jueces y tribunales, quiénes serán los que interpretaran los términos del fallo".

La constitución española dispone que "el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes...". En el marco de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre la ejecución de la penas, Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores establece que, en la ejecución efectiva de la resolución, las autoridades juzgadoras adoptarán las disposiciones adecuadas para la ejecución de sus órdenes, con ello se indica la idea de la creación del juez de la ejecución de las penas no solo para los adultos sino también para menores¹¹¹.

Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria en el sistema jurídico Español son Órganos Jurisdiccionales unipersonales cuya misión más importante es la de fiscalizar la actividad penitenciaria y la de asegurar los derechos de los internos.

¹¹¹ Loewenstein, Karl: Teoría de la Constitución (trad. de Alfredo Gallego Anabitarte) (1982) Ariel, 2ª ed., Barcelona, (reimp).p. 632.

El cargo de Juez de Vigilancia Penitenciaria será compatible con el desempeño del orden jurisdiccional penal. Los titulares de dichos juzgados tendrán la categoría de Magistrado¹¹².

4. 4. 2. LA EJECUCIÓN PENAL EN FRANCIA

Francia, junto con España e Italia son de los primeros países que han reconocido la exigencia del control jurisdiccional de la ejecución de las penal para garantizar los derechos de los detenidos.

En Francia el Juez ha tenido amplias potestades en la ejecución de la pena, se le ha denominado “Juez de Vigilancia”, además se ha propuesto la denominación de “Juez Penitenciario”¹¹³.

4. 4. 3. LA EJECUCIÓN PENAL EN ITALIA

En Italia, al igual que otros países como España, inicialmente estos Jueces se vieron estorbados en su actuar por la administración penitenciaria pues eran vistos como intrusos, lo cual fue superado solo a raíz de los

¹¹² García Valdés, C.: (2002) “Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma”, (Eds.), Tecnos, Madrid, p. 25.

¹¹³ Las ideas de la Criminología moderna en la legislación positiva. , (1958) "Anuario de Derecho penal y Ciencias penales", tomo XI, fast. 111.

programas y esfuerzos de acción conjunta superando con ello los obstáculos al grado que hoy son modelo de este sistema.

El Juez de Vigilancia en el sistema penitenciario italiano es un órgano judicial único que vigila la organización de los institutos de prevención y de pena, sus principales funciones son las siguientes:

1. Ejerce controles para asegurar la ejecución de la custodia preventiva;
2. Aprueba el programa de tratamiento y les formula observaciones;
3. Recibe las quejas de los internos;
4. Vigila en cumplimiento del principio de legalidad penitenciaria;
5. Controla el ejercicio del poder disciplinario por parte del Director;
6. Asegura el pago de la reparación del daño;
7. Autoriza la salida de los internos a instituciones médicas especializadas y de emergencia o su traslado a otro centro de tratamiento¹¹⁴.

4. 4. 4. LA EJECUCIÓN PENAL EN COSTA RICA

En la doctrina jurídica de Costa Rica, se define la *ejecución penal* como “la actividad ordenada y fiscalizada por los órganos jurisdiccionales para lograr el cumplimiento de los títulos de ejecución y las sentencias firmes de condena dictadas en procesos penales”. El magistrado Luis Fernández Arévalo, en su obra *constitucionalización del proceso penal*, puntualiza la ejecución penal como “la actividad desplegada por los órganos estatales facultados legalmente en orden a hacer cumplir todos y cada uno de los pronunciamientos contenidos en el fallo de una sentencia penal firme.¹¹⁵

¹¹⁴ García-Pablos De Molina, A.: (1986) “Funciones y fines de las instituciones penitenciarias”, Tomo VI, Vol. 1, Edersa, Madrid, p. 89.

¹¹⁵ Tena de Sosa, F. M. Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal Ad. Taína. Santo Domingo, República Dominicana: Colección Jurídica de la Fundación Institucional y Justicia (FINJUS) de la Universidad Iberoamericana (UNIBE), p. 37.

Con respeto a la ejecución de la pena, la jurisprudencia constitucional de Costa Rica en varias resoluciones se ha enfatizado que el condenado no es una persona excluida de la comunidad jurídica, y en ese tenor ha dicho la sala constitucional que en una democracia el delincuente no deja, por el solo hecho de haber sido condenado, de ser sujeto de derechos algunos se le restringen como consecuencia de la condenatoria, pero debe permitírsele todos los demás.

La ejecución de la pena se ubica como parte del proceso que es ejecutado también por el poder judicial, en donde este poder –judicial– no se aparta de la suerte que corra el condenado ni mucho menos se desatiende de su propia construcción. Es por tanto una tarea del poder judicial terminar su obra.

En el derecho constitucional comparado se puede afirmar que existe todo un fenómeno constitucional de pretender judicializar la ejecución de la pena, las últimas reformas constitucionales que se han realizado reflejan tal movimiento, es por ello que la constitución de Costa Rica recoge en su carta sustantiva este criterio doctrinal de judicializar la ejecución de la pena al establecer que le corresponde al poder judicial ejecutar las resoluciones que pronuncie.

4. 4. 5. LA EJECUCIÓN PENAL EN ARGENTINA

El Dr. Alberto Binder, Argentino, Procesalista, Experto en Sistemas Judiciales, quién se desempeña como asesor del Centro de Justicia de las Américas de la OEA (Ceja) y Codirector de la revista “Sistemas Judiciales” del Ceja, y autor de obras como *Iniciación al proceso penal acusatorio e Ideas*

*para un debate sobre la reforma judicial en América latina, expresa que: "Judicializar el proceso de ejecución no consiste únicamente en generar mecanismos procesales para el control de la pena sino también permitir que el condenado pueda defenderse, no ya de la imputación, sino de una ejecución descarriada de la pena. Para ello se debe permitir que el condenado continúe contando con asistencia técnica, de modo que pueda hacer valer sus derechos y el conjunto de garantías que limitan la actividad penitenciaria."*¹¹⁶

Para la doctrina Argentina sobre el particular y hablando a través del destacado maestro Julio Maier nos explica que: " planteada universalmente la cuestión se reduce a saber cuáles son las reglas de ejecución propias del derecho penal material y cuales las procesales o administrativas".

Es tarea del derecho penal material definir qué es una pena, cómo y cuándo debe ejecutarse, establecer que se cumpla esta labor en el mismo código penal o en una ley especial. Y lo que corresponde al derecho procesal penal, es instituir a los órganos judiciales y al procedimiento adecuado para decidir en aquellos casos en los cuales la ley penal exige una resolución judicial sobre la vida de la ejecución penal o pone en manos de los jueces el control de la ejecución.

Por otro lado, corresponde al derecho administrativo (aún del poder judicial si se otorgara esta función a ese poder) decidir sobre la dirección y administración del establecimiento de ejecución penal. Maier, con esta posición, define y delimita las tareas que le corresponden a algunas instancias del sector de impartición de justicia y nos indica que la administración

¹¹⁶ Binder, Alberto (1993): Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires.

penitenciaria es también una labor que debe asumir el poder judicial, la cual puede ser situada en el derecho administrativo.

El código procesal penal modelo para Ibero-América, el cual es la fuente primordial de las reformas penales que se están llevando a cabo recientemente en la región, plantea que la administración de la ejecución de la pena y todo lo relativo al cumplimiento de la condena de un penado es realizada por los tribunales de ejecución de las penas pertenecientes al poder judicial¹¹⁷.

De acuerdo a la Legislación *Argentina*, las funciones del Juez de Ejecución se pueden agrupar en cuatro campos: a). Decisorias en primera instancia; b). Resoluciones de segunda instancia; c). Toma de conocimiento; y d). Consultivas.

a).- *Decisorias en primera instancia*: Consiste en conceder las salidas transitorias, la semilibertad, la libertad condicional, las alternativas especiales de prisión, resolver peticiones y quejas que afecten los derechos fundamentales de los internos en relación al régimen y el tratamiento.

b).- *Resoluciones de segunda instancia*: En esta etapa se resuelven los recursos de apelación sobre la aplicación de sanciones disciplinarias aplicadas a internos y sobre las clasificaciones penitenciarias trimestrales de conducta y diversos conceptos.

c).- *Toma de conocimiento*: Significa que este Funcionario público debe tomar conocimiento inmediatamente después o concomitantemente con la utilización de medidas de sujeción y de traslados de penales dentro del ámbito

¹¹⁷ Fiscalía General de la Nación (Colombia) (2009) Experiencias Innovadoras Positivas de Fiscalías en Iberoamérica. Memorias, Bogotá, p. 75.

físico de la Administración Penitenciaria, así como de las restricciones a las comunicaciones de los internos.

d). *Consultivas*: Consiste en formular propuestas al Ministerio Público competente sobre materias que no figuran entre sus competencias en pos de un mejor desenvolvimiento del régimen y tratamiento penitenciarios.

Julio Maier señala que: *“Es tarea del Derecho Penal Material definir qué es una pena, cómo y cuándo ha de ejecutarse, así sea que esta se cumpla en la misma ley penal o en una ley especial. Corresponde al Derecho Procesal Penal instituir los órganos judiciales y el procedimiento adecuado para decidir en aquellos casos en los cuales la ley penal exige una resolución Judicial sobre la vida de la ejecución penal o pone en manos de los jueces el control de la ejecución; por ultimo corresponde al Derecho Administrativo (Aun del Poder Judicial si se otorgara esta función a este departamento estatal) decidir sobre la dirección y administración del Establecimiento de ejecución penal”*.¹¹⁸

¹¹⁸ Maier, Julio B.J., (1996) Derecho procesal penal, T. I: Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires, pp. 442-468.

CONCLUSIONES

Después del análisis realizado en esta investigación se arriban a las siguientes conclusiones:

PRIMERA:

El Juez de Ejecución de Sanciones Penales, es quien va a garantizar la protección de los derechos fundamentales de todo aquel que purgue una condena que lleve consigo la privación de la libertad.

Del mismo modo, será quien resuelva las concesiones de beneficios penitenciarios a los que se haga merecedor atendiendo a ciertas circunstancias observadas durante su reclusión.

SEGUNDA:

La inseguridad jurídica que acarrea dentro de los centros penitenciarios, solo podrá ser superada con una correcta intervención por parte de los órganos del mismo Poder Judicial en quienes recayó la responsabilidad de dictar las condenas privativas de libertad que purgan en los sistemas penitenciarios.

TERCERA:

Con la entrada del juez de ejecución penal se garantizara que el tratamiento penitenciario sea realizado conforme a derecho, con ellos el Estado propugnará por que no se comentan delitos dentro de los centros

penitenciarios, o bien que se preparen y ejecuten desde el interior de los mismos hacia el exterior, ni que se realicen actos denigrantes dentro de los mismos. Ello, si se lleva a cabo su tarea con estricto apego a las normas jurídicas que para ello se creen.

CUARTA:

El órgano encargado de ejecutar las sentencias y resoluciones debe ser el mismo poder judicial a través de sus órganos jurisdiccionales, para que de este modo, la ejecución penal, se integre al derecho penal controlado por un solo órgano encargado de impartir justicia, no solo aplicando las penas de prisión acordes al grado de responsabilidad manifiesta de la persona que fue sometida a un enjuiciamiento penal, sino además, verificando que dicha sanción, impuesta acorde a las apreciaciones de funcionarios del mismo poder, sea cumplida ya sea íntegramente, o bien con las reducciones que tenga a bien determinar para el caso de que se determine ese merecimiento por parte del referido sentenciado.

QUINTA:

Por estas razones consideramos que el Juez de ejecución penal, será de suma importancia en el avance del Estado en el respeto de la dignidad de toda persona, independientemente de que se encuentren relegados de la sociedad por el tiempo que dure su condena privativa de libertad.

BIBLIOGRAFÍA

1. Alonso De Escamilla, A. (1985) El juez de vigilancia penitenciaria, Madrid,
2. Amuchategui Requena, Irma Griselda (1997). Derecho Penal. México: Harla.
3. Bacigalupo, E. (1998). Principios de Derecho Penal Parte General (5ª. E.). España.
4. Bandura, A. (1987). Teoría del aprendizaje social (trad. Ángel Rivière y 3ª ed). Espasa-Calpe: Madrid.
5. Baratta, A. (1985). Integración-prevención una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática (Traducción de Emilio García Méndez y Emiro Sandoval Huertas) En Doctrina Penal. Argentina: Enero-diciembre, año 8, nº3.
6. Basave Fernández del Valle, A. (1998). Meditación sobre la Pena de Muerte. Intervención en el Segundo Congreso Nacional de Doctores en Derecho. 11 de noviembre de 1983. Revista Mexicana de Justicia, n 4, vol. 1, octubre-diciembre.
7. Beccaria, César (2005). De los delitos y de las penas. Colombia: Temis.

8. Binder, Alberto., (1993) Justicia penal y Estado de Derecho, Ad-Hoc, Buenos Aires.
9. Borja Mapelli, C. (1990). Las consecuencias Jurídicas del delito. España: Civitas.
10. Bustos Ramírez, J. (1986). Introducción al Derecho Penal. Bogotá: Temis.
11. Carbonell, M. (2010). Reforma constitucional en materia penal: luces y sombras. Biblioteca Jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
12. Carrara, F. (1984). Programa del curso de derecho criminal. Florencia, 1984.
13. Carrillo Prieto, I (2009). El control social formal. Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM.
14. Chichizola, M. (1987). La Individualización de la Pena. Buenos Aires: 1987 (La versión original de la obra de Montesquieu data de 1748)
15. Cid Moliné, J. y Larrauri Pijoán, E. (2001): Teorías criminológicas y explicación de la delincuencia. Barcelona: Bosch.
16. Concha Cantú, H. y Caballero Juárez, J. (2002). La Reforma Judicial en las entidades federativas. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México.

17. Cossilo Díaz, L. (1996). Jurisdicción Federal y Carrera Judicial en México., Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM; México.
18. Cuello Calón, E. (1958). La Moderna Penología. Barcelona, España: Bosch.
19. Díaz de León, M. (1999). Diccionario de Derecho Procesal Penal (Tomo I, 3° ed.). México: Porrúa.
20. Du Puit, J. (1997.1998). La Pena de Multa. Anuario Electrónico de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo–Suiza. Dirigida por José Hurtado Pozo. N° 1997 -1998.
21. Durkheim, E. (1989). El suicidio. México: Akal
22. Durkheim, E. (1998). El Suicidio. Grupo Editorial Temo.
23. Durkheim, É. (2002). La división del trabajo social. México: Colofón (versión original en 1893).
24. Figueroa Ocampo, C.: (2008) La Juridización de Ejecución de Sentencias en el Sistema Penal Mexicano, Instituto de Administración Pública del Estado de México, México.
25. Fix Fierro, H. (1995). La eficiencia de la Justicia, una aproximación y una propuesta. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM; México.
26. Fontan Balestra, C. (1995). Tratado de Derecho Penal Tomo III, 2da. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot

27. Fortes, M. (1949) Method in social anthropology (Studies presented to A. R. Radcliffe-Brow. Oxford: Social Structure.
28. García Jiménez, A. (2003). Dogmática Penal en la Legislación Mexicana. México: Porrúa.
29. García Pablos de Molina, A. (1999). Tratado de Criminología (2º. Ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
30. García Valdés, C (1987). Teoría de la Pena (3ª. Ed.). Madrid: Tecnos.
31. GARCÍA VALDÉS, C.: (2002) "Sobre la libertad condicional: dos o tres propuestas de reforma", (Eds.), Tecnos, Madrid.
32. García-Pablos De Molina, A.: (1986) "Funciones y fines de las instituciones penitenciarias", Tomo VI, Vol. 1, Edersa, Madrid.
33. Gómez De La Escalera, J.: (1994) "El control jurisdiccional en la ejecución de las penas privativas de libertad: el juez de vigilancia penitenciaria", en Actualidad Penal, núm. 45.
34. Gómez Silva (1996). Diccionario Etimológico de la Lengua Española (5º reimpresión). México: Fondo de Cultura Económica.
35. González Quintanilla, J. (1997). Derecho Penal Mexicano (4º ed.). México: Porrúa.

36. Jakobs G. (1996). Fundamentos de Derecho Penal (traducción de Manuel Cancio Melía y Enrique Peñaranda Ramos). Argentina: Ad Hoc, prologo.
37. Jakobs G. (1997). Derecho Penal Parte General Fundamentos y Teoría de la Imputación, (2ª. Ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo). Madrid; Marcial Pons.
38. Jakobs, G. (2001). La imputación objetiva en Derecho Penal (traducción por Manuel Cancio Meliá). México.
39. Jescheck, H. (1993). Tratado de Derecho Penal Parte General (4º ed., traducción de José Luis Manzanares Samaniego).
40. Jescheck, Hans – Heinrich (1993). Tratado de Derecho Penal (4ta. Ed.) Granada, España: Comares.
41. Jeschek, H. (1993). Tratado de Derecho Penal Parte general (traducción Manzanares Samaniego)
42. Jiménez de Asúa (1950). Tratado de Derecho Penal (197, tomo II y III). Buenos Aires: Losada.
43. Jiménez de Asúa, L. (1958). Principios de Derecho Penal La Ley y El Delito (3ª. Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo-perrot Sudamericana.
44. Jimenez de Asúa, L. (1992). Tratado de Derecho Penal (tomo II, 5ª. Ed.) Buenos Aires: Losada 1992.

45. Kaufmann, H. (1975). La Función del Concepto de la Pena en la Ejecución del Futuro. Buenos Aires.
46. Lanier, M. y Stuart, H. (2004), Essential Criminology. Malden, MA: Westview Press Inc.
47. Lardizábal y Uribe, M (2003). Discurso sobre las Penas. México: Porrúa. Biblioteca Virtual Universal, Madrid.
48. Lardizabal y Uribe, M. Discurso sobre las Penas (Ed. de Andrés Moreno Mengíbar). España: publicaciones Universidad de Cádiz.
49. López Rey, M. (1976). Criminología. Madrid: Tecnos. Publicaciones del Instituto de criminología de la Universidad Complutense de Madrid.
50. Los Elementos de una Reforma Judicial. Una Propuesta Disciplinaria para el Estudio de los Tribunales Estatales, Instituto de Investigaciones Jurídicas. México: U. N. A. M. (2003)
51. Maier, Julio B.J. (1996) Derecho procesal penal, T. I: Fundamentos, 2da. ed., Editores del Puerto, Buenos Aires.
52. Malinoswki, (1986). Crimen y Costumbre de la Sociedad Salvaje, Pensamiento contemporáneo (Traducción cedida por Editorial Ariel S. A, España. Diseño de colección: Hans Romberg.). México: Origen Planeta.
53. MAPELLI CAFFARENA, B. (1985) "Sistema progresivo y tratamiento", 2ª ed. Alcalá de Henares.

54. Maurach, R. Tratado de Derecho Penal, tomo II. Barcelona: Ariel.
55. Maurach, R. (1995). Derecho Penal (7a. Ed.) Buenos Aires, Argentina: Astrea.
56. Merton, T. (1984). Teoría y estructuras sociales. Nueva York: Biddles.
57. Mir Puig, S. (1998). Derecho penal (5ta) Barcelona.
58. Montero Aroca, J. (2000). El Derecho Procesal del Siglo XX. Tirant lo Blanch: Valencia, España.
59. Muncie, J. (1999). Youth and Crime (1° ed.). London: Sage Publications.
60. Natorp (1883). Einleitungin die Psychologie.
61. Nieto, Alejandro (2000). El arbitrio judicial. Barcelona, España: Ariel.
62. Orellana Wiarco, A. (2003). Teoría del Delito. Sistema Causalista, Finalista y Funcionalista. Porrúa: Porrúa.
63. Orellna Wiarco, A. O. (1999). Curso de Derecho Penal. México: Porrúa.
64. Pastor, S. (2003) en la Revista Reforma Judicial, enero-junio, n° 1.
65. Picca, G. (1987). La Criminología. México: Fondo de Cultura Económica.

66. Porte Petit, C. (1993). Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal (15ª ed.). México: Porrúa.
67. Quisbert, H. (2008). Historia del derecho Penal a través de sus escuelas penales y sus representantes. Centro de Estudios de Derecho. Bolivia.
68. Reyes Alvarado, Y. (1994). Imputación objetiva. Colombia: Temis.
69. Rico, J. (1982). Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea (2ª. Ed.). México: Siglo XXI.
70. Ross, F. Sobre el Derecho y la Justicia. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires.
71. Roxin, C. (1992). Política Criminal y Estructura del Delito. España.
72. Roxin, C. (1981). Iniciación al Derecho Penal de hoy (traducción de Muñoz Conde y Luzón Peña). Sevilla.
73. Roxin, C. (1981). La Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus.
74. Roxin, C. (1981). La culpabilidad y prevención en Derecho Penal. Madrid: Reus.
75. Roxin, C: (1997)- Derecho Penal-Parte general (Tomo I, 2ª. Ed., traducción Diego Manuel Luzón Peña y otros). Madrid: Civitas.
76. Roxin, C. (1992). Política Criminal y Estructura del Delito. España.

77. Ruiz Funes, M. (1952). Estudios criminológicos. La Habana, Cuba: Jesús Montero (editor), p.17. Y también en Unesco (1961) m. Las ciencias sociales en la enseñanza superior: Criminología. España: Unesco.
78. Serra Rojas, A. (1974). Derecho Administrativo (6ª ed., tomo I). México: Porrúa.
79. Tena de Sosa, F. M. Apuntes sobre la Constitucionalización del Derecho Procesal Penal Ad. Taína. Santo Domingo, República Dominicana: Colección Jurídica de la Fundación Institucional y Justicia (FINJUS) de la Universidad Iberoamericana (UNIBE)
80. Vela Treviño, S. (1973). Culpabilidad e Inculpabilidad. México: Ed. Trillas.
81. Vidaurri Aréchiga, M. (1990). Sobre la Culpabilidad en el pensamiento de Claus Roxin. Revista ARS-IURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. México.
82. Von Liszt, F (1994). La Idea de Fin en el Derecho Penal. México: I. D. I. J. UNA.
83. Zaffaroni, E. (1991). Manual de Derecho Penal, Parte General.
84. Zaffaroni, E. (1984). Manual de Derecho Penal Parte General. México:
85. Zaffaroni, E. R. (1988). Manual de Derecho Penal (2ª. Ed.) México: Cárdenas.

Anexos

ESTADÍSTICA DE EXPEDIENTES EN TRÁMITES ANTE JUZGADOS DE EJECUCIÓN EN EL ESTADO DE NUEVO LEON (UNICAMENTE EN EL PENAL DE CADEREYTA, JIMENEZ, NUEVO LEON)¹¹⁹

Juzgado	Situación jurídica	Delito(s)	Fuero	Nº de procesos
1º	Etapa de ejecución	Diversos delitos.	Común	81
2º	Etapa de ejecución	Diversos delitos.	Común Federal	68 1
3º	Etapa de ejecución	Diversos delitos.	Común	74

Datos estadísticos, extraídos del Penal de Cadereyta. Hasta Junio del 2014.

¹¹⁹ Con la presente estadística corroboramos la misión garantista de los jueces de ejecución de los derechos humanos de los reclusos a partir de su entrada en vigencia. Corroborándose con ella la hipótesis de nuestro trabajo de investigación, al señalar que estos se configuran como el eje neurálgico del respeto a los derechos humanos de quienes se encuentran compurgando una pena privativa de libertad.