

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



**“EL TRABAJO COMUNITARIO COMO
UNA ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN
EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN”**

TESIS REALIZADA POR:

MCP. JOSÉ DE JESÚS REGIS GARCÍA.

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORADO EN DERECHO**

CD. UNIVERSITARIA A NOVIEMBRE DE 2013.



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



**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO
DOCTORADO EN DERECHO
TESIS DOCTORAL**

**“EL TRABAJO COMUNITARIO COMO
UNA ALTERNATIVA A LA PENA DE PRISIÓN
EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN”**

**POR
MCP. JOSÉ DE JESÚS REGIS GARCÍA.**

**COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORADO EN DERECHO**

**DIRECTOR DE TESIS:
DR. GONZALO FRANCISCO REYES SALAS**

CD. UNIVERSITARIA A NOVIEMBRE DE 2013.

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS	3
INTRODUCCIÓN	4
CAPITULO PRIMERO	
EL DERECHO PENAL	
1.1.- El Derecho Penal.....	16
1.2.- Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo.....	20
1.3.- Parte General del Derecho Penal y Parte Especial del Derecho Penal	22
354	
1.4.- Derecho Penal Sustantivo, Derecho Penal Adjetivo, Procedimiento Penal y Proceso Penal.....	29
1.5.- Derecho Ejecutivo Penal, Derecho Penitenciario y Penología.....	36
1.6.- El Sistema Penal.....	51
1.7.- Las Ciencias Penales y La Ciencia del Derecho Penal.....	55
CAPÍTULO SEGUNDO	
LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO PUNITIVO DEL ESTADO	
<i>“EL IUS PUNIENDI”</i>	
2.1.- Antecedentes del “ius puniendi”.....	63
2.2.- Teorías de legitimación del “ius puniendi”.....	71
2.2.1- Teorías absolutistas del “ius puniendi”.....	75
2.2.1.1 La Expiación.	76
2.2.1.2.- La retribución.	77
2.2.2.- Teorías relativistas del “ius puniendi”.	79
2.2.2.1.- Teoría del Contrato Social.....	80
2.2.2.2.- Teoría de la Defensa Social.	82
2.2.2.3.- La prevención General.	82
2.2.2.4.- La Prevención Especial.	83
2.2.3.- Teorías eclécticas del “ius puniendi”.	86
2.2.3.1.- Teorías Eclécticas Aditivas y Teorías Eclécticas Dialécticas del “Ius Puniendi”.	86
2.2.3.2.- Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin	88
2.2.3.3.- Teorías Para Orientar las Decisiones Judiciales.	90
2.2.3.4.- Teoría del Margen de Libertad.	91
2.2.3.5.- Teoría de la Pena Exacta.	92
2.2.3.6.- Teoría del Valor del Empleo.	93
2.3.- Límites del “ius puniendi”.	96

2.3.1.- El principio de Legalidad.	98
2.3.2.- El Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos.....	100
2.3.3.- El Principio de Subsidiaridad, Intervención Mínima o Última Ratio y El Principio de Carácter Fragmentario del Derecho Penal.	103
2.3.4.- El Principio de Efectividad, Eficacia o Idoneidad.	108
2.3.5.- El Principio de Proporcionalidad.	109
2.3.6.- El Principio de Culpabilidad.	111
2.3.7.- El Principio de Responsabilidad Subjetiva.....	113
2.3.8.- El Principio de Responsabilidad Personal.	114
2.3.9.- El Principio de Humanidad o Humanización y de Resocialización.....	115
CAPÍTULO TERCERO	
LAS SANCIONES PENALES	
3.1.- Las Sanciones Penales.....	121
3.2.- Las Penas.	126
3.2.1.- Las Penas en el Código Penal del Estado de Nuevo León.	130
3.3.- Las Medidas de Seguridad.	134
3.3.1.- Las Medidas de Seguridad en el Código Penal del Estado de Nuevo León.....	138
3.4.- La Reparación del Daño Como Tercer Vía del Derecho Penal.....	143
3.4.1.- La Ejecución de la Reparación del Daño en el Estado de Nuevo León.	149
356	
CAPITULO CUARTO	
LA PENA	
4.- La Pena.	160
4.1. Antecedentes de la Pena.	162
4.2.- Definición de la Pena.....	174
4. 3.- Las Características de las Penas.	179
4.4.- Las Clases de Penas.	180
4.4.1.- La Pena de Prisión.	182
4.4.2.- Las Penas Alternativas a la Prisión.	184
4.4.2.1.- La Diversión o la Derivación.	186
4.4.2.2.- El Perdón o Dispensa.	186
4.4.2.3.- LA Suspensión de la Ejecución de la Condena.	188
4. 4. 2. 4.- LA Amonestación.	189
4.4.2.5.- LA Caucción de Conducta o Fianza.	190

4.4.2.6.- La Reparación.	192
4.4.2.7.- La Multa.	192
4.4.2.8.- El Trabajo al Servicio de la Comunidad.	193
4.4.2.9.- La Inhabilitación o Privación de Derechos.	194
4.4.2.10.- El Toque de Queda “Curfew Order”.	196
4.4.2.11.- Monitoreo Electrónico.	197
4.4.2.12.- La Semilibertad.	199
4.4.2.13.- Prohibición de Ir a Lugar Determinado.	202
4.4.2.14.- La Confiscación.	204
CAPITULO QUINTO	
EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD	
5.1- Introducción	214
5.2.- Antecedentes	221
5.3.- Definición del Trabajo en Beneficio de la Comunidad.....	227
5.4.- Naturaleza Jurídica del Trabajo en Beneficio de la Comunidad.....	229
5.5.- Características principales del Trabajo en Beneficio de la Comunidad	237
5.6.- Aspectos Generales del Trabajo en Beneficio de la Comunidad	245
5.7.- El Trabajo en Beneficio de la Comunidad en Otras Legislaciones.....	275
5.8.- El Trabajo en Beneficio de la Comunidad en Nuestra Legislación.....	285
5.9.- Fundamento Constitucional del Trabajo en Beneficio de la Comunidad	304
5.10.- El Trabajo Comunitario en Relación con la Víctima del Delito.	310
CONCLUSIONES.....	316
BIBLIOGRAFÍA.....	348

AGRADECIMIENTOS

A **DIOS**, por todas las bendiciones que a lo largo de mi vida me ha dado.

A mi esposa **YAMILETT**, por su diario apoyo y comprensión.

A mis **PADRES** y **HERMANOS**, por todo su ejemplo y motivación que me han brindado.

A mi querida **UNIVERSIDAD**, por sus 80 años formando profesionales.

A mi **FACULTAD**, de cuyas aulas adquirí mis actuales conocimientos.

A mis queridos **MAESTROS**, mis **COMPAÑEROS DE TRABAJO** y **ALUMNOS** que comparten conmigo este maravilloso mundo del derecho.

INTRODUCCIÓN

Los problemas que enfrenta nuestro país, los cuales además se encuentran agravados con la crisis económica tanto local como las que provienen del exterior, crisis que esta por demás decir que nunca ha dejado de existir en nuestro país y que a lo largo de la historia tiende más a agravarse que a atenuarse, traen como consecuencia una disminución del empleo lo que desemboca en una cada vez más lejana calidad de vida adecuada de nosotros los mexicanos.

Otro efecto de los problemas referidos lo es la falta de oportunidades para que los jóvenes superen por sí mismos su nivel de vida, lo anterior nos trae como consecuencia un aumento estratosférico en las conductas antisociales en donde el bien más golpeado es el patrimonio de las víctimas, delitos que se incrementan a tal grado de verlos “normales”, pues incluso quienes lo sufren ni siquiera los denuncian, delitos dentro de los que podemos destacar como más frecuentes los de el robo de auto partes, el robo de casas habitación, e incluso el robo con violencia, ilícitos en los cuales se ocasionan en algunos de esos casos homicidios y lesiones.

En un número sin precedentes se han incremento en nuestro estado de manera alarmante los secuestros y la extorsión, ilícitos que hace apenas algunos años era muy raro comentarlos.

Paralelamente es un hecho notorio que se ha incrementado, ahora si que como nunca se había percibido en nuestro

país y más que nada en nuestro estado, los delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada.

No se puede dejar de lado, por tratarse también de uno de los principales parámetros de inconformidad social, el problema relativo a la corrupción que ha existido en todos los tiempos, práctica cuya finalidad principal es anteponer la satisfacción de interés personales por encima de los de los demás y que opera aún en mayor medida en los sistemas de procuración de justicia y en los sistemas judiciales.

El problema de este problema, válgame la redundancia, es que estamos acostumbrados a verlo y analizarlo desde la óptica de la suma de los lucros individuales obtenidos por los funcionarios que la realizan, pero no lo vemos desde la diversa connotación que tiene, según nos refiere Nicolás Rodríguez,¹ quien asevera que tiene además una connotación social, pues se convierte en un problema de todos porque con ello se erosiona a la justicia, a la capacidad, estabilidad y eficiencia de una sociedad.

No podemos dejar la de lado, ya que incide directamente en el tema de nuestra investigación, los múltiples delitos culposos en los que el sentenciado, por no tener los medios económicos suficientes para garantizar los requisitos legales que le permitan obtener un beneficio, ingresa a la prisión, estando además algunos casos en los que el delito no obstante ser doloso, la pena aplicada se puede cambiar por algún beneficio y no se cuenta con los requisitos, por carecer de requisitos económicos para que pueda obtenerlos.

¹ Rodríguez García Nicolás. *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos, Sistemas Procesales Penales Frente al Reto de Controlar la Corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca España 2000. Pág. 73.

A raíz de lo anterior se ha incrementado la necesidad de buscar mecanismos que logren disminuir los efectos, tanto en el delincuente, como en la víctima y también en la sociedad, de las conductas antisociales que se materializan por la falta de oportunidades tanto laborales como académicas.

Ya desde su época nos advertía Platón en un planteamiento no tan alejado de la realidad pero tampoco de todo cierto, de que el vicio radica en la ignorancia, y que los que delinquirán era por falta de educación por tratarse de una de sus consecuencias.²

Por su parte Beccaria muchos siglos después estableció que el más seguro, pero el más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.³

No se deja de lado el clamor popular que exige un sistema penal que sea rápido, justo y sobre todo confiable, el cual además debe tener una operación y definición que sea entendible para todos aquellos que no son conocedores de los términos jurídicos, pues en la totalidad de los casos en que alguna persona se ve afectada, su principal lema de “batalla” o más bien de “protesta” lo es el de “queremos que se haga justicia”, término que incluso aún es desconocido para los expertos en derecho.

Sobre este tema estimo prudente citar lo expuesto por Jesús Toral⁴, quien refiere que la justicia instituye y lleva a la práctica un criterio objetivo de igualdad y proporcionalidad entre las relaciones

² Citado por Arriola Juan Federico. *La Pena de Muerte en México*. Tercera Edición. Trillas. México D. F. 1998.

³ Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición Actualizada Tomada de la Catorceava Edición Facsimilar. México D. F. 2005. Pág. 129.

⁴ Toral Moreno Jesús. *Ensayo Sobre la Justicia*. Segunda Edición. Editorial Jus México. México D. F. 1985. Pág. 136.

interhumanas encaminadas a atribuir a cada quien lo suyo, fundado en la correcta percepción de la realidad establecido y aplicado con sinceridad y buena fe y teniendo en consideración el bien común de la colectividad.

Lo referido anteriormente, nos dice el autor, parte de la igualdad esencial que existe entre los hombres y de la dignidad que les corresponde por su categoría de personas y movida por cierto grado de amor hacia todos ellos.

En otras palabras, se reclama un sistema que garantice una certeza y seguridad jurídica a las personas en todos sus derechos fundamentales, y estimo que para que ello se logre se requiere del estudio y constantes actividades de revisión a los marcos legales, tomando en consideración los hechos ocurridos en la sociedad con la finalidad de impartir justicia y no realizarse con la óptica que generalmente enfocan que es la penalización.

Se ha visto últimamente un sin número de spots publicitarios en los que los Congresos Locales e incluso el Congreso Federal presumen su ardua tarea de legislar, lo cual no es malo, ya que es parte de sus funciones, sino es que su función principal, pero tampoco debe llegar a ser una innecesaria tarea legislativa realizada con una finalidad más de política que de manera responsable, quedando lejos de ser orientadora del momento social en la que es creada, llegando en muchas ocasiones a ser una norma injusta o inadecuada.

Así las cosas, la presente obra sugiere una propuesta de reformas a distintas legislaciones locales en busca de esa justicia que usa la sociedad como lema de “batalla” o más bien de “protesta”, cuya

aplicación consideramos va a ser más benéfica a la sociedad porque resultará benéfico tanto para la víctima como para el sentenciado.

Una de las principales vías para lograrlo es a través de la implementación de medios alternos a la prisión que cumplan con los fines que nuestro sistema penal le asigna a la pena, lo cual al materializarse, no dejaría de ser impartición de justicia propiamente dicha, tomando también en cuenta la muy sensible sociedad actual, los efectos del delito sobre la víctima y considerando que la procuración e impartición de justicia deben de procurar aspectos jurídicos y sociales en su operación tendientes a lograr una buena convivencia social y humana, lo que de lograrse nos acarrearía mejores condiciones de vida, siendo este tipo de procuración e impartición de justicia la que el trabajo comunitario, al aplicarlo como pena, busca obtener para nuestra actual sociedad.

Se toma como base de la presente investigación, el hecho de que se han realizado diversas investigaciones sobre los defectos de la pena de prisión, los cuales en su inmensa mayoría han arrojado resultados negativos, pena que además ha dejado efectos sobre todo en aquellos internos cuyas penas son cortas, crisis que incluso han llegado a desestabilizar todo el sistema penal dado el abuso que de la misma se ha hecho.⁵

Paralelamente, en la actualidad la regla general es incorporar conductas delictivas a los códigos penales y leyes especiales tratando con ello que la delincuencia disminuya, regla que no ha sido efectiva e incluso ha ocasionado un mayor deterioro en la certidumbre de que la pena de prisión sea la mejor vía para prevenir la delincuencia, incluso a la prisión se le han atribuido los defectos de que corrompe,

⁵ Barrieta López Fernando. *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa. México D. F. 1996. Pág. 176.

enloquece, deteriora, disocia, embrutece aniquila físicamente y destroza moralmente al penado, también se le acusa de que destroza la familia, que es cara y antieconómica, estigmatiza, y que es el lugar de agrupaciones criminales así como resulta ser contradictoria a la sociedad.⁶

No es ajeno para nosotros el saber que el Estado le ha apostado a la prevención de la delincuencia al endurecimiento de las penas y a la penalización, dejando de lado una serie de aspectos no penales que también son preventivos del delito y que incluso pueden llegar a ser más efectivos, entre los que destacan la educación y desde luego el trabajo.

Aunado a lo anterior, los internos también tienen que lidiar con los abusos, corrupción y violencia que imperan dentro de los centros penitenciarios, abusos que han generado que los internos se unan entre ellos hasta llegar a formar verdaderos grupos de poder, los cuales en algunas ocasiones llega a equipararse al poder que legalmente tienen las autoridades penitenciarias.

Un factor adicional lo constituye la falta de autosuficiencia económica de los centros penitenciarios para que puedan proporcionar los tratamientos adecuados a los reclusos, lo cual es ocasionado además por la crisis económica de la que no hemos salido en muchos años.

A lo anterior hay que agregarle la denominada contaminación criminógena en la que no existe alternativa para el hombre preso más que tratar de llevar armónicamente, al menos desde la perspectiva del primo delincente, una convivencia con verdaderos

⁶ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999. Págs. 2-5.

delincuentes reincidentes que al igual se encuentran internos, incluso con aquellos que sin ser reincidentes son internos verdaderamente peligrosos.

En algunas ocasiones el propio instinto de supervivencia humana termina convirtiendo al interno no peligroso en homicida al repeler las múltiples agresiones físicas y/o psicológicas que le proporciona el interno reincidente o peligroso, quien además en algunas ocasiones ha llegado a suicidarse dentro de la prisión por no aguantar las agresiones referidas.

Los problemas aquí expuestos fueron reconocidos por el Poder Judicial de la Federación quien publicó las conclusiones de la consulta nacional para una reforma integral y coherente del sistema de justicia, que arrojó como principal resultado el que su primer objetivo debe encaminarse ampliamente a dar cabal cumplimiento al artículo 17 Constitucional, ello mediante un mayor y mejor acceso a la justicia para todos los mexicanos, el cual resuelva los conflictos de los ciudadanos mediante la aplicación del derecho y genere seguridad jurídica para la sociedad en conjunto.⁷

De las 33 acciones referidas, las que interesan a nuestra investigación, por estar relacionadas con ella, son las siguientes:

1.- Rediseñar el sistema constitucional de impartición de justicia penal.

2.- Reformar la legislación en materia de justicia penal y revisar la política criminal.

⁷ Poder Judicial de la Federación. *33 Acciones Para la Reforma Judicial*. México D. F. 2006. Pág. 20.

3.- Modificar el proceso penal a través de la jurisprudencia.

4.- Asegurar los recursos humanos, materiales y financieros necesarios para implementar la reforma a la justicia penal.

5.- Modificar el sistema de ejecución de penas y asegurar la aplicación efectiva de la reparación del daño.

6.- Mejorar la calidad de las sentencia de los órganos de impartición de justicia.

En el ámbito de nuestro Estado de Nuevo León, el Gobierno está consiente de la ineficacia de los sistemas penales y de la necesidad de su evolución, por lo que se dio a la tarea de realizar una consulta ciudadana para recabar y sugerir propuestas de reforma que dieran respuesta a las inquietudes de la comunidad deseosa de obtener justicia,⁸ detectándose de dicha consulta, y en lo que a nuestro tema se refiere, la necesidad de lo siguiente:

1.- Se detectó que el sistema se enfoca al castigo del delincuente sin una verdadera política de prevención del delito y en su caso de la readaptación del sentenciado, ya que se concluyó que el castigo solo era para aquellos que no podían cubrir una adecuada defensa.

2.- Se reconoció la necesidad de que las penas cumplan efectivamente con su función readaptadora y de

⁸ García Herrera Catarino (Compilador). Exposición de Motivos de la Reforma de Justicia Penal en el Estado de Nuevo León. Consejo de la Judicatura. Poder Judicial de Nuevo León. 2006. Págs.10-28.

prevención del delito, siempre considerando al ser humano como valioso, por lo que se creo como “nueva pena” la figura que en nuestro trabajo analizamos, cuyo objetivo es que el delincuente se identifique con las necesidades de la sociedad y asuma como propio el valor que corresponde al trabajo honesto, como una actividad necesaria y productiva para efectos personales y comunitarios.

3.- En materia de ejecución de sanciones, se hacen reformas a la Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Estado y otorga a la Secretaría de Seguridad Pública, entre otras funciones, la de organizar y supervisar el cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, cuando sea impuesto como pena por la autoridad jurisdiccional.

Por otro lado, y analizando la problemática de la ejecución de las sanciones penales, se sugirió que se agregará la pena de Trabajo en Beneficio de la Comunidad, la cual podrá ser impuesta como sustituta de la de prisión, con la modificación (en relación al proyecto en ese entonces existente) de que la misma se aplique cuando la pena de prisión impuesta no excediera de cinco años y no en la pena de cuatro años como se encontraba contemplado, respetando lo propuesto en el sentido de que a los procesados a quienes se vaya a imponer dicha pena no deben representar peligro para la sociedad y además se garantice o se cubra la reparación del daño.

Así mismo, se propuso la creación de disposiciones básicas las de que el Trabajo en Beneficio de la Comunidad será facilitado por la Administración penitenciaria realizando convenios con administraciones y/o entidades públicas o privadas que desarrollen

actividades de utilidad pública o social, y que el mismo no será denigrante e inhumano y si productivas.

Otro lineamiento propuesto lo era que a falta de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, que se procediera a la efectiva ejecución tan pronto como le sea remitido el testimonio de la ejecutoria y que cada jornada tendrá una extensión de tres horas diarias, y solo se podrá desarrollar tres días por semana, jornada que podrá aumentarse si el sentenciado de forma expresa da su consentimiento y que las jornadas no excederán de 365 las que deberán realizarse dentro de los cuatro años siguientes a la fecha de la condena y además el sentenciado estará sujeto a las disposiciones relativas a la condena condicional, en caso de incumplimiento se hará efectiva la pena de prisión inicialmente impuesta por el tiempo restante.

Será su imposición a petición de parte y el Juez en base a las características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar del sentenciado, determinará fundando y motivando la actividad más adecuada que deberá desempeñar así como el lugar donde deberá desarrollarlo; que la realización del trabajo no será retribuida, pero procurando hacer compatible el normal desarrollo de las actividades diarias del penado quien estará obligado a seguir las instrucciones y las disposiciones tanto de la autoridad ejecutora como de la entidad para la que preste sus servicios, gozarán de la protección a que se refiere la Ley de Ejecución de Sanciones en materia de Seguridad Social y estarán protegidos por la normativa laboral en materia de seguridad e higiene en el trabajo.

La administración penitenciaria comprobará con la periodicidad el cumplimiento efectivo del trabajo impuesto y facilitará a

las autoridades judiciales y a los Colegios de Abogados toda la información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible, así como a aquellos procesados que estén en situación procesal susceptible de que se les aplique.

Deberá entenderse que el penado incumple con la pena cuando se ausentara del trabajo o lo abandonara injustificadamente, cuando su rendimiento fuera menor al mínimo exigible, cuando en forma reiterada y manifiesta incumpla las instrucciones que se le dieran y cuando su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negare a seguir manteniéndolo en el centro.

Las mismas disposiciones rigen cuando la pena fuera impuesta como substituta de la multa.

Como se ha apreciado, es la falta de ejecución efectiva de las penas cortas que pueden ser sustituidas de prisión, lo que ocasiona que no se pueda evitar la convivencia que no debe darse entre delincuentes ocasionales y/o accidentales (incluso algunos casos que ni siquiera requieren de un tratamiento de rehabilitación) con delincuentes reincidentes cuyas probabilidades de rehabilitación social son más prolongadas.

No se abordará en la investigación el problema de que si los tratamientos penitenciarios son o no adecuados, si los reclusorios son o no suficientes, ya que aparte de que no constituye nuestro problema esencial, con la presente investigación se busca el beneficio y la efectividad de un sistema de pena alternativa a la prisión que cumpla en mejor medida con la finalidad de la pena, previniendo el ingreso a la prisión del sentenciado y con ello evitaría los problemas de los reclusorios, que si bien se analizan en el presente anteproyecto, es con

la finalidad de que no los sufran los condenados que puedan obtener un beneficio como el que se propone.

Evidentemente nos encontramos frente a una investigación que en su mayoría será de tipo documental, ya que se estudiarán las diversas legislaciones donde se encuentran plasmados las disposiciones existentes respecto al trabajo en beneficio de la comunidad, así mismo se estudiarán las partes de las legislaciones en las cuales se considera que pueden ser agregados disposiciones al respecto y a la vez consultamos los precedentes que en situaciones como las que nos ocupan ha resuelto la autoridad judicial.

Se hará un estudio comparativo de las diversas legislaciones tanto en el fuero federal como en el fuero común siempre con la intención de hacer efectivo el trabajo en beneficio de la comunidad en la legislación del Estado de Nuevo León.

Adicionalmente se buscarán primeramente estudiar al derecho penal y cada una de sus partes, a través de la consulta de diversos libros, se analizarán las doctrinas y antecedentes de la pena, con el fin de establecer el origen y fundamento de la misma, para después pasar a analizar el sistema actual de penas y el desarrollo que ha tenido la misma a lo largo de la historia.

Se buscará si es posible obtener la información de la fuente primaria y solo en el caso en que no se logre se hará a través de la citas que los autores hagan al respecto del tema que se trata.

CAPITULO PRIMERO

EL DERECHO PENAL

1.1.- El Derecho Penal. 1.2.- Derecho Penal Objetivo y Derecho Penal Subjetivo. 1.3.- Parte General del Derecho Penal y Parte Especial del Derecho Penal. 1.4.- Derecho Penal Sustantivo, Derecho Penal Adjetivo, Procedimiento Penal y Proceso Penal. 1.5.- Derecho Ejecutivo Penal, Derecho Penitenciario y Penología. 1.6.- El Sistema Penal. 1.7.- Las Ciencias Penales y La Ciencia del Derecho Penal.

1.1.- EL DERECHO PENAL.

En la actualidad, y ante la elevada ola de violencia originada principalmente por el crecimiento sin precedentes a que llegó la delincuencia organizada en nuestro Estado y también en el país, se ha recurrido en forma reiterada al Derecho Penal con la intención de que sea dicho medio el que restaure el problema social originado, lo cual si bien es cierto que a lo largo de la historia con frecuencia ha sucedido este fenómeno, también lo es que en los últimos años se ha incrementado considerablemente.

No por nada se ha llegado a concluir que el Derecho Penal es la primera necesidad en la vida, la condición indispensable de la existencia social y que su principal meta es ser menos severo y más humano,⁹ conclusión que comparto, pero me gustaría que se recurriera al Derecho Penal solamente en casos indispensables y no como acontece hoy en día en que cualquier conducta se quiera penalizar, pareciendo que ha resultado inútil el desarrollo y aplicación de las múltiples teorías que pugnan por la descriminalización y el reduccionismo de las penas, conclusión que no es contraria ni pone en duda la tarea principal del Derecho Penal, que es evitar riesgos para la

⁹ Ruiz Rodríguez Virgilio. *Teoría de la Ley Penal*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México D. F. 2004. Pág. XVII.

sociedad y para el individuo¹⁰, situación que de ninguna manera se niega, lo que se critica y se cuestiona es el hecho de que se llega al extremo de pretender colocar en el conocimiento del sistema penal hechos que adquieren relevancia más por el resultado y por el impacto social que causan, que por el comportamiento ilícito del individuo al realizar el hecho.¹¹

Pues bien, para hacer efectiva la convivencia social así como con la finalidad de perfeccionar, o al menos mejorar el sistema penal buscando que sea lo más efectivo posible, se realizan trabajos de investigación auxiliándose tanto de las ciencias penales, algunas jurídicas y otras no jurídicas, así como del auxilio de la ciencia del Derecho Penal, ya que se busca y se piensa que con sus buenos resultados se lograría disminuir en gran medida la delincuencia (sin que se entienda por esto que ésta es la finalidad del Derecho Penal, ni de la pena), siendo uno de los objetivos de la realización de la presente investigación ya que se considera que éste puede lograrse, obviamente no del todo, pero si en una buena parte, si se logra hacer efectiva una figura sustitutiva de prisión, lo cual además resultará benéfica para el infractor, la víctima, la sociedad y el Estado.

Por ello debemos de partir de que el Estado cuenta con todo un sistema de derecho, dentro del cual a su vez cuenta con un sistema penal, sistemas cuyos principios y valores generalmente son recogidos en la Constitución, con lo anterior no se quiere decir que ésta llega a ser su fundamento (basta ver la experiencia italiana que ha tenido respecto a éste y la dificultad que les ha implicado el poder determinar cuáles son los bienes jurídicos de relevancia Constitucional para que sean penalmente sancionables, es decir, que su alteración

¹⁰ Roxin Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 45.

¹¹ Herrera Bazán Simón P. *Riesgo, Imprudencia y Derecho Penal*. Flores Editor y Distribuidor. México 2006. Pág. VII.

soporte el sacrificio de la libertad personal, problemática que se extiende a la penalización de los nuevos bienes jurídicos que van naciendo y a la exclusión de los delitos de peligro y de fuentes penales secundarias)¹² sino mas bien ésta es un límite al ejercicio del poder del Estado para afectar la libertad física de los gobernados con la finalidad de conservar un orden social.

Ahora bien, en caso de que una de las conductas catalogadas como delito se realice, el sistema cuenta con el denominado Derecho Penal, siendo éste la rama del derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto inmediato la creación y la conservación del orden social.¹³

Lo anterior quiere decir que la conducta que es considerada como delito, para poder ser sancionada con una pena, debe estar previamente así catalogada en la Ley.¹⁴

Por su parte González Quintanilla establece que el Derecho Penal es un instrumento de defensa de los valores fundamentales de la comunidad que solo debe emplearse contra ataques muy graves a esos valores y en una forma controlada y limitada por el imperio de la Ley.¹⁵

¹² Donini Massimo. *Responsa Iurisperitorum Digesta Volumen II*. Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca. 2001. Págs. 225-248.

¹³ Castellanos Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Vigésimoquinta Edición. México D. F. 1988. Pág. 19.

¹⁴ El artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por Mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata, dicho artículo recoge uno de los principales principios de derechos penal que es el denominado "nullum crimen sine poena" y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige como pilar de un sistema de Derecho Penal en un Estado democrático de derecho.

¹⁵ González Quintanilla José Arturo. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Editorial Porrúa. México D. F. 1991. Pág.18.

Antolisei nos dice que es el conjunto de preceptos cuya inobservancia tiene la consecuencia jurídica de una pena al autor del ilícito, formando parte de esta rama del derecho todas las ramas que, sin prohibir directamente determinados hechos, establecen las condiciones para la aplicabilidad de dicha sanción, así como la especie y las modalidades de ella¹⁶.

Giménez de Asúa lo define como el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora.¹⁷

Así las cosas, no podemos negar que el Derecho Penal definitivamente se trata de un conjunto de normas, todas jurídicas y protectoras de todos los bienes jurídicos considerados relevantes para la convivencia social, que tienen como finalidad aplicar una pena o medida de seguridad a quien la violente, cuyo uso y operación son exclusivas del Estado.

1.2.- DERECHO PENAL OBJETIVO Y DERECHO PENAL SUBJETIVO.

Obedeciendo a la clasificación que del derecho se hace, el Derecho Penal también es susceptible de ser clasificado en Derecho Penal objetivo y en Derecho Penal subjetivo.

¹⁶ Antolisei FRANCISCO. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis. Octava Edición. Bogotá 1988. Pág. 1.

¹⁷ Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964. Pág. 33.

Pues bien si por derecho objetivo hemos evolucionado en su conceptualización hasta llegar a entenderlo a grandes rasgos y sin necesidad de ahondar en detalles, como el conjunto de reglas que además de imponer deberes concede facultades, y por su parte, por al derecho subjetivo lo entendemos como el permiso derivado de la norma, es decir la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo.¹⁸

El derecho subjetivo es la autorización o facultad que el derecho objetivo confiere, es una permisión para hacer u omitir cierta conducta con la garantía de la protección judicial, mientras que el derecho objetivo impone deberes u obligaciones, el incumplimiento de estos enlaza determinadas consecuencias de derecho, entre ellas la más característica es la sanción.¹⁹

Podemos concluir que por derecho objetivo entendemos a la norma vigente que confiere algún derecho, mientras que el derecho subjetivo es la posibilidad de hacer o no hacer valer ese derecho consagrado en la norma objetiva.

Siguiendo la referida clasificación y en lo que se refiere a la materia que nos ocupa tenemos que por Derecho Penal Objetivo, el cual también se le ha denominado "*ius penale*", lo entendemos como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo la amenaza de una sanción, la realización o comisión de delitos, mientras que por Derecho Penal Subjetivo entendemos como el derecho o la facultad del Estado para castigar y es también conocido como "*ius puniendi*" y sólo es potestativo del Estado ya que es el único

¹⁸ García Máñez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. Trigésimo quinta Edición. México D. F. 1984. Pág. 36.

¹⁹ Cisneros Farías Germán. *Teoría del Derecho*. Segunda Edición. Trillas. México. 2000. Págs. 67- 84.

con facultades para decidir y conocer sobre la existencia de un delito y la aplicación de una pena.²⁰

El Derecho Penal en sentido subjetivo es el derecho a castigar "*ius puniendi*", es el derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas, y en el caso de su comisión, a imponerlas y ejecutarlas. En esta noción está el fundamento filosófico del Derecho Penal. En sentido objetivo es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determinan los delitos y las penas. Esta noción contiene el fundamento del Derecho Penal positivo.²¹

Así las cosas, tenemos que el Derecho Penal si bien, como se menciona en la parte final de punto anterior, se trata de normas protectoras de bienes jurídicos que sanciona a quien las violenta, ya que como consecuencia afecta los bienes jurídicos por ella protegidos, esta es la parte objetiva del mismo, contando a su vez con una parte subjetiva que no es otra cosa que la facultad monopólica estatal de poder emitir dichas normas y poder afectar los derechos de los individuos que las violenta.

La afectación se hace a través de la pena que previamente la norma le asignó a dicha conducta y que generalmente está asociada al bien jurídico que fue dañado o se pretendió dañar.

Sobre el derecho del Estado a castigar, parte subjetiva del Derecho Penal, ahondaremos en el capítulo siguiente.

²⁰ López Betancourt Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Decimoprimer Edición. México D. F. 2003. Pág. 65.

²¹ Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Editora Nacional. Novena Edición. México. 1976. Pág. 7.

1.3.- PARTE GENERAL DEL DERECHO PENAL Y PARTE ESPECIAL DEL DERECHO PENAL.

De igual manera a la clasificación que del Derecho Penal se hace en Derecho Penal objetivo y en Derecho Penal subjetivo, el estudio del Derecho Penal se ha dividido en dos grandes partes siendo estas; la parte general y la parte especial.

La primera agrupación del Derecho Penal se dio con el restablecimiento de una teoría preventiva de la pena y con la tendencia encaminada a la distribución sistemática y racional de la materia, que primero condujo a una separación de Derecho Penal como disciplina autónoma y después a la formación de la parte general a una primera agrupación sistemática razonable de los delitos, siendo el italiano Tiberius Decianus el que en su obra principal *Tractatus Criminalis* editada en 1590, tuvo el mérito de haber adoptado una estructura sistemática que comprende una parte general en la que se estudian las teorías generales del delito, una parte especial y una tercera referida al proceso penal.

Sin embargo fue hasta el siglo XIX al que se le ha conocido como el siglo de la codificación,²² donde se abarcan las diversas ramas del derecho; Por lo que se refiere a la materia penal, fue hasta 1810 con el Código Penal Francés y los Códigos Napoleónicos, inspirados en la teoría fundamental del Derecho Penal que se entendía desde tres puntos de vista: 1.- El relacionado con el derecho de penar, 2.- La denominada Parte General consistente en las reglas comunes sobre los hechos punibles, los castigos y sus diversos grados y la correlación necesaria entre unos y otros, así como sobre la naturaleza,

²² Movimiento universal que culminó con la agrupación sistemática, orgánica y científica de una determinada rama del derecho, con excepción de los países del Common Law.

la existencia y la extensión de los derechos que a ellos toca, todo ello sin llegar a entrar en los detalles particulares, y; 3.- La Parte relacionada con los hechos punibles, en particular clasificados metódicamente con los caracteres que los distinguen y los castigos que les deben ser aplicados denominada especial.²³

La parte general abarca lo que corresponde decir en general acerca de la Ley penal, del hecho punible y de la pena, antepone esas importantes teorías universales, la parte especial trata de los distintos hechos punibles y de sus castigos.²⁴

La Mayoría de los Códigos penales inician la parte especial con los delitos que protegen intereses estatales o colectivos dejando posteriormente los que protegen bienes jurídicos relacionados con la persona, la importancia de la prelación de los bienes protegidos es lo que nos dice al respecto Jiménez Huerta, determina el carácter político del Estado en el que tiene aplicación dicho Código siendo este carácter liberal o autoritario, doctrinas que, al igual que las que lo niegan encuentran sustento filosófico.²⁵

No creo, al igual que el referido autor, que el hecho de la prelación de los intereses protegidos determine el carácter liberal o autoritario del Estado en que se aplican, al igual veo irrelevante que deba existir además una prelación de los bienes protegidos empezando por los que sean de Mayor importancia.

²³ Cárdenas Raúl F. *Estudios Penales*. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Editorial Jus México. Primera Edición. México. 1977. Págs. 85-88.

²⁴ Mezger Edmundo. *Derecho Penal Libro de Estudio Parte General*. Tomo I. Librería el Faro. Buenos Aires. 2001. Pág. 22.

²⁵ Jiménez Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano Introducción a las Figuras Típicas* Tomo I. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1983. Pág. 298.

La parte especial sirve a la protección contra la lesión de ciertos bienes jurídicos y contiene normas que prohíben conductas específicas de delitos en particular que los lesionan, mientras que la parte general se compone principalmente de reglas de validez, y de la imputación del delito, las que son aplicables a todas las normas de la parte especial.²⁶

La parte especial es el conjunto de figuras delictivas contenidas en la legislación penal,²⁷ aunque existen un sin número de delitos previstos en otras Leyes distintos al Código Penal a los cuales se les denomina delitos especiales tales como los previstos en la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, Ley de Amparo, la Ley General de Población, la Ley de Juegos y Sorteos, la Ley General de Salud entre muchas otras.

Los denominados delitos especiales son las conductas que tienen una pena pero no se encuentran en el Código Penal, delitos aceptados por los propios Códigos, se refieren a normas impersonales, generales y abstractas, que pueden incluso llegar a constituir un Derecho Penal especializa,²⁸ con ciertos atributos derivados de la naturaleza de las Leyes administrativas en función de los intereses que pretenden proteger dichas Leyes al tipificarlas como delitos.

En nuestro Estado, el artículo 4º del Código Penal acepta la existencia de los delitos especiales, pues establece que cuando se cometa un delito no previsto en el Código, pero si en una Ley Especial Local, se aplicará ésta observando las disposiciones contenidas en el

²⁶ Berchelman Arizpe Antonio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Porrúa. Primera Edición. México 2004. Pág. 348.

²⁷ Tiedeman Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 2. Número 33. Septiembre–Diciembre 1991. Pág. 162.

²⁸ Acosta Romero Miguel. López Betancourt Eduardo. *Delitos especiales*. Quinta Edición Actualizada. Porrúa. México. 1998. Pág. 12

referido Código, corroborando así lo dicho por los anteriores autores, no estando de acuerdo en se trate de una rama especializada del Derecho Penal, pues no dejan de ser conductas, las que las Leyes especiales sancionan y los procedimientos para sancionarlos se sigan ante las mismas autoridades que investigan y juzgan las conductas que prohíbe el Código Penal, por lo que no percibo alguna característica que le pueda atribuir dicha especialidad que los mismo refieren, aunado a que dichas normas tienen el carácter de Ley por emanar del Poder Legislativo.

Lo que ha sido corroborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la tesis de jurisprudencia 10/2008 en sesión de treinta de Enero de dos mil ocho, la cual ha sostenido de manera reiterada que los denominados "tipos penales en blanco" son supuestos hipotéticos en los que la conducta delictiva se precisa en términos abstractos y requiere de un complemento para integrarse plenamente. Ahora bien, ordinariamente la disposición complementaria está comprendida dentro de las normas contenidas en el mismo ordenamiento legal o en sus Leyes conexas, pero que han sido dictadas por el Congreso de la Unión, con apoyo en las facultades expresamente conferidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.. En consecuencia, las "normas penales en blanco" no son inconstitucionales cuando remiten a otras que tienen el carácter de Leyes en sentido formal y material, sino sólo cuando reenvían a otras normas que no tienen este carácter -como los reglamentos-, pues ello equivale a delegar a un poder distinto al legislativo la potestad de intervenir decisivamente en la determinación del ámbito penal, cuando es facultad exclusiva e indelegable del Congreso de la Unión legislar en materia de delitos y faltas federales.²⁹

²⁹ [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; XXVII, Febrero de 2008; Pág. 411 "NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL."

Dejando de lado a los delitos especiales, el ejemplo más claro de la clasificación entre parte general y parte especial la podemos encontrar en nuestros Códigos penales del país, tanto en el federal como en el de los Estados, sin que el de nuestro Estado sea la excepción.

Respecto a éste último en su parte general tiene al Libro Primero, el cual contiene en su Título Primero, tres capítulos que nos hablan respectivamente de los ámbitos de validez de la Ley penal, el Título Segundo en sus siete capítulos y uno bis que nos habla del delito en general, mientras que los dos capítulos de su Título Tercero nos hablan de las personas responsables de los delitos.

Siguiendo con la parte general de nuestro Código Penal Estatal su Título Cuarto, el cual contiene ocho capítulos nos habla de las consecuencias jurídicas del delito, el Título Quinto en sus cinco capítulos habla de las medidas de seguridad, los cuatro capítulos de su Título Sexto abarcan la ejecución de sentencias, su Título Séptimo, compuesto de siete capítulos nos habla de la extinción de la responsabilidad penal finalizando la parte general de nuestro Código con el Título Octavo, mismo que en su capítulo único refiere la responsabilidad pecuniaria derivada del delito.

Su parte especial se compone del Libro Segundo, el cual en su Título Primero nos habla de los delitos contra la seguridad interior del Estado en sus cinco capítulos, a su vez los seis capítulos del Título Segundo contemplan los delitos contra la seguridad pública, y su Título Tercero en su capítulo único habla de la violación de correspondencia.

Su Título Cuarto contempla los delitos contra la autoridad en sus cinco capítulos, mientras que el Título Quinto cuenta con cuatro capítulos que enumeran los delitos contra la moral pública, al igual, su Título Sexto en su capítulo I y único por cierto, describe y sanciona el delito de revelación de secretos, mientras que los delitos cometidos por servidores públicos se ubican en los 13 capítulos, 5 de ellos bis, de su Título Séptimo.

Su Título Octavo compuesto de dos capítulos contempla los delitos contra el sistema de justicia, el respectivo Título Noveno en sus tres capítulos sanciona la responsabilidad profesional, existen siete capítulos del Título Décimo que sancionan la falsedad, mientras que en cinco capítulos del Título Décimo Primero se detallan los delitos sexuales, a su vez el Título Décimo Segundo refiere los delitos contra la familia en sus siete capítulos, los delitos en materia de inhumaciones y exhumaciones se ubican en el capítulo único del Título Décimo Tercero.

En el siguiente Título encontramos enunciados a los delitos contra la paz y seguridad de las personas en tres capítulos, y su Título Décimo Quinto nos hablan de los delitos contra la vida y la integridad de las personas en sus doce capítulos, dos de ellos Bis, dos capítulos del Título Décimo Sexto contemplan los delitos de peligro y cinco capítulos en el Título Décimo Séptimo sancionan los delitos contra el honor.

Su Título Décimo Octavo habla de los delitos contra la libertad en sus tres capítulos, el Título Décimo Noveno compuesto de once capítulos, uno de ellos Bis nos habla de los delitos en relación con el patrimonio, en el siguiente Título compuesto de un capítulo único se sanciona el encubrimiento, finalmente el Título Vigésimo Primero, Vigésimo Segundo y Vigésimo Tercero, todos compuestos de un

capítulo único describen y sancionan respectivamente los delitos electorales, los delitos por medios electrónicos y los delitos cometidos contra la economía pública.

Partiendo del axioma de que no todo comportamiento antijurídico es punible, sino solo aquel tipificado en la Ley penal, se ha establecido que la parte especial del Derecho Penal es de carácter fragmentario, y es el resultado de la política criminal,³⁰ porque su objeto es el estudio de las singulares especies delictivas, los delitos en particular, se dice que es de Mayor concreción frente a la abstracción de la parte general.

En nuestro concepto, la parte general del Derecho Penal es el conjunto de normas que establecen la forma y los sujetos a quienes les pueden ser atribuidas las penas, que las mismas están contempladas en la parte especial del Derecho Penal, mientras que ésta última es el conjunto de normas jurídicas que establecen las conductas que lesionan bienes jurídicos considerados relevantes por el Estado, y que por ello son protegidos por estas normas y a su vez establecen las sanciones por su comisión.

1.4.- DERECHO PENAL SUSTANTIVO, DERECHO PENAL ADJETIVO, PROCEDIMIENTO PENAL Y PROCESO PENAL.

Por Derecho Penal sustantivo, también por algunos llamado Derecho Penal material, debemos entenderlo como sinónimo de lo que hemos expuesto en relación al Derecho Penal objetivo, en otras palabras, se trata de las normas protectoras de los bienes

³⁰ Rodríguez Devesa José María. *Derecho Español Parte Especial*. Novena Edición. Artes Gráficas Carasa. Madrid. 1988. Págs. 3-4.

jurídicos que sanciona a quien las violenta, ya que como consecuencia afecta los bienes jurídicos protegidos por dichas normas.

Ahora bien, el derecho procesal, entendido como el conjunto de normas que condicionan la actividad jurisdiccional del Estado, admite una división fundada en la naturaleza del precepto cuya actuación se pretende, pero ello no implica ni diversidad de principios ni diversidad de conceptos,³¹ lo anterior es relevante en la medida del titular del bien que de acuerdo al derecho positivo es lesionado, ya que este último se diversifica en diversas ramas según la naturaleza de las relaciones que regula y ello hace que la tutela jurídica no siempre pueda realizarse por los mismo medios, por lo que es necesaria la existencia de diversos procedimientos considerando el órgano que lo deba aplicar y el derecho que se intenta tutelar (judicial, administrativo, eclesiástico, militar).³²

En relación a nuestra investigación, el derecho tutelado que nos importa, así como el órgano que hará valer la afirmación del referido derecho tienen que ser de carácter penal, y es el Derecho Penal adjetivo el que condiciona la actividad jurisdiccional del Estado para poder sancionar al infractor del bien jurídico que afecta a la sociedad y sirve para operar debidamente el Derecho Penal objetivo.

Se cuenta con el derecho procesal penal por el cual debemos entender como los preceptos que regulan la aplicación de las consecuencias previstas en el Derecho Penal sustantivo³³, establece

³¹ Alsina Hugo. *Tratado Práctico Teórico de Derecho Procesal Civil y Comercial I Parte General*. Segunda Edición. Ediar Sociedades Anónimas Editores. Buenos Aires. 1963. Pág.

³² *Ídem*. Pág.408.

³³. Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo III D. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1983. Pág. 192.

además que éste es una acepción amplia del Derecho Penal que abarca incluso el derecho de ejecución penal.

Las normas procesales penales tutelan principalmente el interés social a reprimir la delincuencia y también el de garantizar la libertad individual evitando el error y la arbitrariedad mediante la investigación de la verdad material.³⁴

También es conocido como Derecho Penal adjetivo y lo constituyen las normas o reglas dictadas también por el Estado que determinan la forma de aplicación del Derecho Penal sustantivo evitando la arbitrariedad de los Jueces y Tribunales ya que regulan las investigaciones y actividades que han de practicar la justicia criminal para descubrir y comprobar la comisión de delitos y la aplicación a los delincuentes de las sanciones establecidas.³⁵

Por Derecho Penal adjetivo podemos entender como el conjunto de normas jurídicas que regulan la forma en que se aplicará la sanción a quien realice una conducta que tiene una pena establecida en la parte especial del Código, y de igual manera regula las actividades que en su aplicación deben realizar y respetar las autoridades encargadas de su aplicación así como la defensa.

Conviene hacer la distinción, solamente a manera descriptiva, y no con la finalidad de tomar una postura personal respecto a este tema, entre el Derecho Penal adjetivo al que nos referimos en los renglones precedentes, también por algunos llamado Derecho Penal formal, con el procedimiento penal que para Pérez

³⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 156.

³⁵ Márquez Piñero Rafael. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Trillas. Primera Edición. México D. F. 1986. Pág. 16.

Palma³⁶ es el conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso en el que el órgano jurisdiccional ha de conocer del hecho delictuoso, para juzgar a sus autores e imponer una pena.

A su vez conviene distinguirlo del proceso penal que además comprende la suma de los actos de la actividad jurisdiccional, de la actividad de las partes y aún las actividad de terceros como peritos, testigos interpretes, etc.³⁷

Sobre este tema nuestro Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 1 que comprende los procedimientos de averiguación previa a la consignación a los Tribunales, el de preinstrucción, el de instrucción, el de primera instancia, el de segunda instancia, el de ejecución y los relativos a inimputables, a menores y a quienes tienen el habito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Hace una distinción de los procedimientos penales con el proceso penal ya que establece que los procedimientos de preinstrucción, instrucción y primera instancia, así como la segunda instancia ante el Tribunal de apelación, constituyen el proceso penal federal atento a lo dispuesto por el artículo 4.

Caso contrario ocurre en nuestro Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León, mismo que establece en su artículo 1 que regula los procedimientos Ordinario y Sumario, los cuales comprenden los periodos de preparación de la acción penal, preparación del proceso, Instrucción, Juicio, la actuación del Tribunal Superior de Justicia del Estado, y de ejecución, que

³⁶ Pérez Palma Rafael. *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*. Edición 1980. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1980. Pág. XIII.

³⁷ Silva Silva Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla. México. 1990 Pág. 107.

comprende el lapso entre el momento que cause ejecutoria la sentencia dictada, hasta la extinción de las sanciones y/o medidas de seguridad impuestas; el procedimiento Especial relativo a los enfermos mentales y sordomudos que comprende la reparación de la acción penal, la preparación del proceso, la primer etapa del procedimiento especial, Segunda etapa, la actuación del Tribunal Superior de Justicia del Estado y el de ejecución; el procedimiento Oral Penal, que tiene los periodos de preparación de la acción penal, preparación del proceso, preparación del juicio oral, juicio oral, actuación del Tribunal Superior de Justicia del Estado y el de ejecución.

Además regula el procedimiento Abreviado, que comprende los periodos de preparación de la acción penal, preparación del proceso, solicitud de Procedimiento Abreviado, instrucción, juicio, la actuación del Tribunal Superior de Justicia del Estado, y el de ejecución.

Por su parte el artículo 6 del referido ordenamiento adjetivo establece enfáticamente que el procedimiento ante el Juez comprenderá los períodos señalados en las fracciones I en su caso, II, III, y IV del artículo 1 de este Código.

Como puede observarse para nuestro Código Adjetivo Estatal el procedimiento penal y el proceso penal son sinónimos, debate en el que no profundizaremos en el presente trabajo por considerarse que el hecho de que se determine o no cual de las legislaciones citadas es la correcta vaya a ser determinante para los fines que persigue esta investigación, pero lo que si podemos concluir que tanto el proceso penal como el procedimiento penal se encuentran ubicados dentro del Derecho Penal sustantivo.

Por su parte, en el nuevo Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León, que entró en vigor mediante Decreto número 211, publicado en Periódico Oficial de fecha 5 Julio 2011, y que entró en vigor a partir del 1º de Enero del año 2012 para los delitos contemplados en los artículos 161 Bis 2, 166 primer y último párrafo y fracciones I y II, 170, 171, 172, 178, 180, 180 Bis, 182, 183, 184, 186, 189, 196 fracción III inciso e) y fracción IV, 198, 202, 204, 205, 208 fracciones VIII y IX, 211 en relación al 212 fracción I, 213, 214 Bis, 215 en relación al 216 fracciones I y II, 216 Bis, 217 en relación al 218 fracciones I y II, 220, 222, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 235, 253, 259, 262, 271 Bis, 272, 274, 276, 277, 278, 279, 280, 280 Bis, 282, 284, 285, 291, 295, 300 en relación al 301 fracciones I y II, 306 Bis 1 en relación al 306 Bis 2, 300 en relación con lo establecido en el artículo 65, 308 en relación con lo establecido en el artículo 65, 323, 332, 335, 336, 336 Bis, 337, 338, 342, 343, 344, 359, 360, 376, 377, 378, 379, 380, 381 en relación al artículo 382 fracciones I y II, 383 en relación con la fracción I del artículo 382, 383 en relación con la fracción II del artículo 382, 384 en relación con la fracción I del artículo 382, 384 en relación con la fracción II del artículo 382, 385 fracciones I y II, 386 en relación a la fracción I del artículo 385, 386 en relación a la fracción II del artículo 385, 388, 389, 390, 402, 402 en relación con el artículo 65, 402 Bis, 430 y a partir del primero de Enero de 2013 para los delitos contemplados en los artículos 195, 206, 206 Bis, 207, 211 en relación con el artículo 212 fracción II, 215 con relación al artículo 216 fracción III, 217 en relación al artículo 218 fracción III, 219 Bis, 222 Bis, 224 Bis, 225 Bis, 244, 287 Bis, 287 Bis 2, 302, 303, 304, 306 Bis 2, 306 Bis 3, 364 en relación al 367 fracciones I y II, 373, 409, 411, 413 Bis, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426.

A su vez contempla en su Título Octavo, además de los procedimientos en contra de los imputados, diversos modos alternativos

de terminación del proceso, tales como la justicia restaurativa, los acuerdos reparatorios y la suspensión del proceso a prueba.

Por su parte, en el Libro Segundo contempla el Procedimiento Ordinario que comprende por una parte la etapa de investigación, integrada por el inicio de la misma, las actuaciones, medios de investigación, anticipo de la prueba y peritajes especiales registro, y custodia de objetos, formulación de la imputación y finalmente la vinculación del imputado al proceso y su conclusión.

La etapa intermedia del procedimiento ordinario está integrada por la acusación, desarrollo de la etapa y concluye con la audiencia intermedia.

Finaliza el procedimiento ordinario con el juicio oral en el que se desahogan los testimonios, peritajes, pruebas documentales y se emite la sentencia.

En el Libro Tercero menciona los procedimientos especiales y se contemplan los relativos al procedimiento abreviado, el procedimiento para los inimputables y el relativo a los delitos por acción privada.

En el libro cuarto habla de los recursos y la ejecución de las sentencias.

Estimo conveniente resaltar lo considerado por Roxin³⁸ en relación al derecho Procesal Penal quien establece que éste debe armonizar la búsqueda de la verdad con la salvaguarda de los derechos fundamentales del procesado, consideración con la que estamos

³⁸ Roxin Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000. Pág. 121.

completamente de acuerdo, incluso en el caso en el que dicha armonización no sea del todo compatible y se tenga que preponderar por alguna de las dos, caso en el cual debe optarse por darle preponderancia a los derechos fundamentales del procesado sobre las actividades que en la búsqueda de la verdad realicen las instituciones del Estado competentes.

Lo que se robustece en la actual práctica del Derecho Penal, pues con el decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. publicados en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio del año 2011, en lo medular establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, así como la obligatoriedad de todas las autoridades, para que, en el ámbito de sus competencias, promuevan, respeten, protejan y garanticen los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Algunos autores penales contemporáneos con tendencia abolicionista del Derecho Penal, van un poco más allá de lo antes expuesto pues Baratta estima que el reto que se debe plantear hoy al Derecho Penal de los Estados democráticos es el de ser coherente con sus principios garantistas y que un uso alternativo del Derecho Penal

significa, ante todo, transformarlo y reducirlo de conformidad a esos principios, significa poner una técnica rigurosa de limitación de lo que tal vez en un tiempo parecía una función útil y que hoy, cada vez más, aparece como la violencia inútil de las penas, esto presupone un uso instrumental del Derecho Penal liberado de la ilusión de la instrumentalidad de la pena.³⁹

1.5.- DERECHO EJECUTIVO PENAL, DERECHO PENITENCIARIO Y PENOLOGÍA.

De nada serviría el sistema penal sin un debido programa de ejecución de las sanciones y estamos en presencia de lo que se denomina derecho ejecutivo penal, ejecución que actualmente se encuentra encomendada en nuestro Estado tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Judicial.

Así las cosas por derecho ejecutivo penal se entiende como el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad o sea la relación jurídica que se establece entre el Estado y el interno.⁴⁰

Para Ramírez Delgado⁴¹ es el conjunto de normas jurídicas que reglamentan o regulan la forma y el cómo ejecutar las diversas penas o medidas de seguridad impuestas por la autoridad judicial.

³⁹ Baratta Alessandro. *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*. Editorial B de F. Montevideo- Buenos Aires. 2006. Pág. 88.

⁴⁰ Garza Andrade Irma. *El Sistema Penitenciario Mexicano (Retos y Perspectivas)*. Editorial Sista. México D. F: 1989. Pág. 3.

⁴¹ Ramírez Delgado, Juan Manuel. *Penología: Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*. Porrúa. México. 2006. Pág.

Por su parte Gómez Lara refiere que la ejecución de las sentencia penales sale del campo del derecho procesal penal, pues entra en el campo del denominado derecho penitenciario, o derecho ejecutivo penal, por ser una consecuencia ulterior del proceso penal mismo.⁴²

Por derecho ejecutivo penal entendemos el conjunto de normas jurídicas que regulan la forma de materializar la pena impuesta por la autoridad judicial a un individuo o en su caso la medida de seguridad.

Cabe hacer distinción entre el Derecho Penal ejecutivo y el derecho penitenciario, ya que este último es la normatividad y doctrinas relativas a la ejecución de la pena de prisión así como su interpretación, dejando el aspecto de las demás penas, su análisis y el de su ejecución al primero de los mencionados en lo que se refiere a la normativa y su interpretación y a la penología en los aspectos filosóficos y el análisis científico⁴³, posición que compartimos ya que se trata de ejecuciones de distinta naturaleza aunque muchos de los autores los manejen como sinónimos.

Sobre este tema, actualmente nuestro Código Adjetivo estatal refiere que la ejecución de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias le corresponde al Ejecutivo del Estado quien igualmente hará que se cumplan las medidas de seguridad decretadas por la autoridad judicial y también le corresponde declarar la prescripción, el derecho a la ejecución de las sanciones con excepción de la ejecución de la pena de reparación del daño la cual es ejecutada por la autoridad judicial.

⁴² Gómez Lara Cipriano. *Teoría general del Proceso*. Universidad nacional Autónoma de México. México. 1980. Pág. 339.

⁴³ Mendoza Bremauntz Ema. *Derecho Penitenciario*. Mc-Graw-Hill Interamericana Editores. México. 1998. Pág. 9

Por su parte la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales establece que la ejecución de sanciones penales no privativas de libertad cuyo cumplimiento incumba al Ejecutivo le corresponde a la Secretaría de Seguridad Pública, quien formará el expediente de ejecución y se tomarán los acuerdos conducentes para el debido y exacto cumplimiento de la sanción impuesta, observándose las formalidades que para las actuaciones previene el Código de Procedimientos Penales del Estado.

Como puede observarse nuestra legislación distingue diversas formas de ejecución de las sanciones penales atribuyéndoles la misma a diversas autoridades, destacándose el hecho de que el marco legal vigente le da Mayor preponderancia a la ejecución de penas privativas de libertad y deja muy de lado otras sanciones penales no privativas de libertad, incluso cuenta con un Mayor marco legal en lo relativo a la pena de la reparación del daño pareciendo indicar que son las únicas penas que al Estado le interesan, pues resaltan las disposiciones generales de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales, las cuales establece que dichas reglas se aplicarán a aquéllos que cumplan sentencias privativas de libertad en establecimientos penitenciarios dependientes del Gobierno del Estado y que la Ley tiene por objeto regular la ejecución de las sanciones que se impongan a los individuos con base al Código Penal del Estado y a cualquier otra Ley, así como regular el control y vigilancia de toda sanción privativa de la libertad, impuesta en los términos de Ley.

Sin duda de su contenido se aprecia que no existen disposiciones suficientes para las sanciones penales que no estén relacionadas con la privación de la libertad.

Deficiencia que no supe la Ley de Seguridad Pública Para el Estado de Nuevo León ni su reglamento, ni tampoco la supe el Reglamento Interior de las Instituciones Abiertas del Estado de Nuevo León, ordenamiento reglamentario de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales que organiza el funcionamiento, sanciones y medidas disciplinarias de las Instituciones Abiertas, el cual además especifica el perfil y requisitos de sus internos dada su mínima peligrosidad, así como también regula el tratamiento de readaptación que estará basado en salidas temporales para desarrollar actividades laborales, culturales y de esparcimiento.

Los ordenamientos legales mencionados al final no dejan de referirse a centros de reclusión, existiendo además el Reglamento Interior de los Centros de Readaptación Social y de los Centros Preventivos de Reclusión del Estado de Nuevo León, los cuales igualmente reglamentan centros de reclusión.

Hasta aquí se analizó lo referente al Derecho Penal ejecutivo, cuyo estudio, dada su naturaleza, siempre parte de normas jurídicas vigentes.

Cabe hacer mención que en el nuevo Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León que entró en vigor mediante Decreto número 211, publicado en Periódico Oficial de fecha 5 Julio 2011, y que entró en vigor a partir del 1º de Enero del año 2012 contempla en su Título Segundo denominado de la Ejecución de la Sentencia otorga a la autoridad judicial la ejecución de las penas, los cuales velarán, porque el sistema penitenciario se organice sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la

sociedad y procurar que no vuelva a delinquir y que se observen los beneficios que para él prevé la Ley.

Destaca el hecho de que ahora el Tribunal de juicio será quien imponga la primera pena y o las medidas de seguridad, así como determinar su cumplimiento remitiendo al Juez de ejecución las constancias necesarias, mientras que en lo relativo a las sucesivas fijaciones, extinción, sustitución en caso de Ley más favorable o modificación de aquellas será competencia del juzgado de ejecución de la pena, quien actuará siempre a instancia del Ministerio Público, el acusador particular, el condenado y su defensor, quienes podrán plantear, ante el Juzgado de Ejecución de las penas, incidentes relativos a la ejecución, sustitución, modificación o extinción de las penas o de las medidas de seguridad y medidas disciplinarias impuestas, el referido Juez de Ejecución realizará el cómputo de las penas o medidas de seguridad, y descontará de ésta, la prisión preventiva y el arraigo cumplidos por el condenado, para determinar con precisión la fecha en que queden cumplidas, dicho cómputo podrá modificarse, aun de oficio, cuando sea necesario.

Al igual que lo anterior, el Juez de Ejecución deberá revisar cuando menos cada seis meses el expediente clínico criminológico necesario para resolver sobre la libertad condicional y su revocación, controlará el cumplimiento de las condiciones dispuestas por el Tribunal de juicio para el cumplimiento de la condena de ejecución condicional, si el condenado no paga la multa dentro del plazo que fija la sentencia, será citado para que indique si pretende sustituir la multa por trabajo a favor de la comunidad, solicitar plazo para pagarla o entregar bienes suficientes que alcancen a cubrirla y podrá autorizar el pago en cuotas, si la pena impuesta al condenado contempla la inhabilitación, ésta se comunicará a la autoridad

competente para que se lleve control de la misma y se informe al Juez de Ejecución cuando éste requiera de esa información, los indultos, dispondrá, previa realización de los informes médicos necesarios, la internación del enfermo en un establecimiento adecuado y ordenará las medidas necesarias para evitar la fuga, diferir la ejecución de la pena privativa de libertad y todo lo relativo a las medidas de seguridad y a la ejecución de la reparación del daño cuando ésta no haya sido inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez de Ejecución, del decomiso y de la restitución y retención de cosas aseguradas.

Cabe hacer la observación que mediante decreto número 216 publicado en Periódico Oficial número 75 de fecha 17 Junio 2011 y que entrará en vigor a partir del 18 de Junio de 2011, se reformó la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales del Estado de Nuevo León, la cual en cumplimiento al mandato Constitucional contemplado en el artículo 18, y en concordancia con las disposiciones del nuevo Código Procesal penal del Estado de Nuevo León, reforma la cual en lo que nos interesa nos menciona en su artículo 3 que el Poder Judicial y el Ejecutivo del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, vigilarán el cumplimiento y aplicación de dicha Ley y que actualmente la imposición de las penas, su modificación y duración son facultades propias y exclusivas de la autoridad judicial, mientras que el Poder Ejecutivo del Estado tendrá a cargo la organización y funcionamiento de las instituciones destinadas a la ejecución de las sanciones.

En su artículo 4 establece que la administración, vigilancia y cumplimiento de las obligaciones y derechos para la reinserción social, estarán a cargo de los Magistrados del Tribunal Superior de

Justicia del Estado, del Juez de Ejecución de Sanciones Penales, del Secretario de Seguridad Pública, del Comisario General de la Agencia de Administración Penitenciaria, del Comisario de Apoyo a la Operación Penitenciaria, del Comisario de Reinserción Social y de los Alcaldes de los Centros Preventivos o de Reinserción Social.

Por su parte en su artículo 7 mantiene la disposición de que la ejecución de las sanciones corresponde al Ejecutivo del Estado, en el ámbito de sus respectivas competencias, salvo la ejecución que la Ley reserve expresamente a otra autoridad.

Al hablar de las sanciones penales no privativas de libertad, que en el fondo son las que nos interesan, establece su artículo 36 que éstas serán comunicadas de inmediato al Juez de Ejecución para su cumplimiento, quien una vez recibida la comunicación procederá a la formación del expediente de ejecución y se tomarán los acuerdos conducentes para el debido y exacto cumplimiento de la sanción impuesta, atento a su artículo siguiente.

Lo que es de llamar la atención es lo contemplado en sus artículos transitorios, los cuales en lo que nos interesa el segundo de ellos establece que las disposiciones anteriores a este Decreto son las que serán aplicables en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor aun cuando no hayan sido denunciados y que dichas disposiciones también serán aplicables en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de delitos permanentes y continuados iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, aun cuando produzcan efectos con posterioridad a la entrada en vigor de este Decreto.

Por su parte en el Tercero de sus Transitorios establece

que las disposiciones previstas en este Decreto solo serán aplicables en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de hechos cometidos a partir de su entrada en vigor, y en el Cuarto menciona que en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de juicios en que se hayan acumulado delitos cometidos con anterioridad y posterioridad de la entrada en vigor del Decreto, serán aplicables las disposiciones de éste.

Lo anterior nos dice que actualmente y por un tiempo prolongado posterior tendremos que seguir aplicando las disposiciones que excluyen a la autoridad judicial en la ejecución, la imposición, modificación y duración de las penas.

Tampoco hay que olvidar que mediante el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Junio de 2008, se modificó el tercer párrafo de su artículo 21 para establecer que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial, en el cual en su artículo primero transitorio se estableció que el decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios segundo a undécimo, resaltando en lo que nos interesa el artículo quinto transitorio que establece que el nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entraran en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este decreto, lo cual a la fecha no ha acontecido.

Por su parte existe igualmente la ciencia denominada la penología, la cual comprende el estudio de todo tipo de investigaciones y doctrinas sobre todas las penas y medidas de seguridad, éstas pueden provenir de la filosofía, de la historia, de la moral, de la sociología, de la religión, etc., inclusive todas las penas, se encuentren vigentes o no, ya que solo basta y sobra que en un momento hayan existido⁴⁴, concepto al cual le agregaría que su existencia no necesariamente tendría que ser en el ordenamiento legal en el que se basa su estudio, sino en cualquier otro.

Sobre este tema, Rodríguez Manzanera⁴⁵ la ha definido como la ciencia que estudia la reacción social contra personas o conductas que son captadas por la colectividad o por una parte de ella, como dañinas, peligrosas, o antisociales, analiza la realidad penológica proporcionando datos ciertos sobre la realidad fáctica de la ejecución penal.

En esta disciplina, según sus definiciones, su estudio no comprende normas de ejecución de sanciones penales, como si las comprende el Derecho Penal Ejecutivo y el Derecho Penitenciario, sino que se trata del análisis de cada una de las penas y las diferentes reacciones que se tengan en relación a su imposición llegando incluso a considerársele como la encargada de analizar la eficacia de las normas de ejecución de las sanciones penales sean o no privativas de libertad.

Un tema adicional a tratar en este capítulo y que, por su relevancia directa con nuestro tema de investigación se debe analizar, es el relativo a la individualización de la pena, tema que para un

⁴⁴ González Salinas Héctor F. *Penología y Sistemas Penitenciarios*. UANL. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 2001. Pág. 58

⁴⁵ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999. Pág. 40.

importante sector de la doctrina no se relaciona con el sistema de la teoría del delito, sino con las teorías de la pena.

Este tema, tal y como lo veremos en los capítulos siguientes, sigue siendo a la fecha el principal problema a resolver del Derecho Penal moderno, ya que estamos conscientes de que no se trata de una cuestión que sea competencia del Derecho Penal adjetivo o procesal, y que en mi opinión es la parte que ha impedido resolver la legitimación del *“ius puniendi”* en el Derecho Penal contemporáneo, de ahí su relevancia.

Se trata de la dupla que existe entre la legalidad y el arbitrio judicial y su finalidad es determinar el monto de la pena que debe aplicarse al infractor de la Ley penal, es la pena a la que Muñoz Conde determina pena concreta,⁴⁶ la cual consiste en la pena que impone el Juez o Tribunal al condenado dentro de los márgenes previamente establecidos por el legislador (a esta pena el mismo autor la denomina pena abstracta que es la conminación que se prevé en los tipos penales para aplicar en el caso de que se realice el comportamiento prohibido en ellos previsto) y teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes concurrentes en el caso.

Héctor F. González nos menciona los aspectos jurídico-criminológicos de la individualización de la pena siendo éstas las disposiciones legales, el arbitrio judicial, la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para ejecutarla, extensión del daño causado, el peligro causado, edad, sexo, las bases legales para el estudio del delincuente y momento en que debe hacerse, las circunstancias de modo, tiempo y lugar, las condiciones económicas, la instrucción-educación, antecedentes penales, las costumbres, la

⁴⁶ Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Segunda Edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá. 1999. Pág. 185.

conducta previa y posterior al delito, los motivos, la peligrosidad y la calidad de la víctima o del ofendido.⁴⁷

El problema primordial de esta figura del Derecho Penal consiste en saber cuánta pena es la que debe aplicarse y para ello se nos presenta el problema para decidir por una parte, si la pena hay que aplicarse por el solo hecho de haberse cometido la lesión al bien jurídico que la Ley penal protege o bien, porque se requiere que la pena sea aplicada por cuestiones preventivas.

Una vez determinado lo anterior, tema en el que nuestro sistema es muy claro y tajante al establecer que la misma debe aplicarse solamente con la realización del hecho ya que tiene preferencia sobre los fines preventivos, hay que determinar además a que se le debe dar preferencia entre la denominada prevención general y la denominada prevención especial ya que se supone que la determinación de la medida de pena se recurre a consideraciones de retribución, prevención general o prevención especial relacionadas con el hecho.

Sobre este tema la doctrina garantista nos establece que el problema se presenta en el momento insuprimible de la actividad jurisdiccional de comprender equitativamente el hecho legalmente denotado, pues injustamente equipara hechos iguales en relación a la disposición legal, pero a su vez distintos en cuanto a los rasgos específicos del hecho,⁴⁸ siendo estas especificaciones las que constituyen la connotación del caso sometido a juicio cuya individualización y comprensión compete al Juez, considerando la

⁴⁷ González Héctor F. *Estudio de la Individualización Judicial de la Pena*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UANL. Monterrey. 1990. Págs. 103-175.

⁴⁸ Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 403-404.

prueba y/o verificación de la denotación (comprobación empírica apta para fundar decisiones sobre la verdad o sobre la falsedad) del hecho como delito y justificando la graduación equitativa de la medida para cada hecho singular dentro de los máximos y mínimos previamente establecidos en la Ley.

Nos dice que los juicios de valor que forman la discrecionalidad fisiológica de la comprensión judicial son los juicios de levedad y gravedad no comprobables del hecho que terminan siempre siendo valoraciones subjetivas (connotación) que es vano tratar de controlar objetivamente, por lo que el juicio debe ser valorativo en la denotación como valorativo en la connotación, imparcial y vinculado a Ley.

La determinación de la pena se explica como un ámbito en el que no inciden sólo argumentos relativos al hecho delictivo realizado,⁴⁹ vinculados a las reglas dogmáticas de imputación, sino también y sobre todo, una argumentación asentada directamente en la teoría de los fines de la pena en principios político-criminales generales, combinando la concreción del contenido delictivo del hecho con la entrada en juego de consideraciones político-criminales generales sobre el hecho realizado o la persona del autor basadas en buena medida en pronósticos u otros juicios empíricos.

En la individualización de la pena, nos dice Silva, el Juez hace política criminal donde en principio dispone de más libertad, pero se debe evitar el intuicionismo, el puro decisionismo o la arbitrariedad, por lo que es preciso que esa política criminal se canalice por vías dogmáticas que en la medida de lo posible se traduzca en reglas y no

⁴⁹ Silva Sánchez Jesús María. La Teoría de la Determinación de la Pena Como Sistema (dogmático): Un Primer Esbozo. *InDret* [en línea] Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona 2007. Núm. 2. <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78588/0>. Págs. 3-4.

se quede en el plano de los principios, lo anterior ante la falta de reglas aplicables a los razonamientos judiciales sobre los que se asienta la asignación de una determinada medida de pena que ocasiona que los mismos sean pobres, en unos casos; variables, siempre; y en ocasiones, directamente arbitrarios.

Por lo anterior, la teoría de la determinación de la pena debe manifestarse como la dimensión cuantitativa o de grado de un sistema de la teoría del delito.⁵⁰

Otros autores, como Luzón ubican a la individualización de la pena como parte de la penología, quien refiere además la distinción que la doctrina alemán hace entre determinación legal de la pena y determinación judicial de la pena, siendo la primera la que se refiere al sistema legal y sus reglas y la segunda la del proceso de individualización que efectúa el Juez dentro de los márgenes legales, además nos habla de la medición de la pena en sentido estricto que es la elección de la cuantía de la pena y la medición en sentido amplio que implica además de la elección de la pena y su cuantía, la posibilidad de aplicar en su lugar algún sustitutivo penal.⁵¹

Sanz nos dice que es el momento en el que las cuestiones fundamentales sobre qué y para qué se sanciona han de descender de lo pragmático a la sentencia concreta, es el momento personal e individual en que culmina el proceso, es el momento en que se decide cuanto castigo ha de padecer el reo,⁵² quien además refiere las tres

⁵⁰ *Ídem*. Pág. 2.

⁵¹ Luzón Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Pág. 103.

⁵² Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Págs.89-92.

teorías (a las cuales se han agregado posturas intermedias) que existen sobre el tema siendo estas:

a).- La teoría de la pena exacta, que en términos generales refiere a que el Juez debe determinar la pena que resulte exactamente aplicable a la culpabilidad del sujeto, sin tomar en cuenta los fines o necesidades de la prevención.

b).- La teoría del margen de juego o espacio de libertad, que en lo medular consiste en que la pena ajustada a la culpabilidad comprende un máximo y un mínimo, espacio en el cual el Juez, atendiendo a las necesidades de prevención podrá moverse para graduar la pena con Mayor precisión.

c).- La teoría del valor posicional o del valor de empleo la cual le asigna a la culpabilidad la misión de decidir por sí sola la duración de la pena y a la prevención le otorga el rol de orientar, por si sola también, la decisión acerca de que si hay que suspender o sustituir la pena con otra medida.

Sobre este tema había que resaltar la reciente reforma al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. que habla de que tanto la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.⁵³

⁵³ Mediante el Decreto por el que se reformaron y adicionaron diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Junio de 2008, se modificó el tercer párrafo de su artículo 21 para establecer que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial, por su parte, en su artículo primero transitorio se estableció que el decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios segundo a undécimo, resaltando en lo que nos interesa el artículo quinto transitorio que establece que el nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entraran en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este decreto.

No creo que ello vaya a tener una repercusión que haga obsoleta la presente investigación, ya que esta figura será lo que se le conoce como Jueces de Ejecución y tratan, más que de establecer una nueva figura u órgano, de integrar a la parte del proceso penal la ejecución de la sentencia penal y sacarla de área administrativa,⁵⁴ además hay que recordar que en nuestro caso se trata de cuestiones diversas a los centros penitenciarios que son los casos que en mi opinión pudiera representar Mayores problemas.

Tampoco podemos enfatizar que la aparición de los Jueces de ejecución vayan a excluir, incluso creo que no deben hacerlo, la participación de la autoridad administrativa en la ejecución de las sentencias penales, ya que considero que la autoridad judicial debe supervisar la ejecución de las sanciones penales y decidir sobre su duración y aplicación de algún beneficio, pero creo que la materialización debe seguir siendo parte de la autoridad administrativa, lo anterior se observa del propio contenido del artículo Constitucional citado que solamente establece la imposición de las penas a cargo de la autoridad judicial que ya lo hacía, y solamente se agregó que estará a demás a cargo de su modificación y duración pero no establece nada en relación a la materialización de la ejecución, por el contrario, creo que ahora se trata de una responsabilidad compartida y complementaria que solo traería beneficios para los sujetos procesales.

Es en la individualización de la pena en donde se podrá determinar la imposición del trabajo comunitario como sustituto de la pena de prisión, por ello y con la finalidad de evitar los problemas aquí

⁵⁴ Poder Judicial de la Federación. *El Sistema Penal Acusatorio en México: Estudio Sobre su Implementación en el Poder Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2008. Pág. 66.

planteados, se hace necesaria una adecuada regulación en cada una de las partes del Derecho Penal que se han estudiado y señalado.

1.6.- EL SISTEMA PENAL.

Estando de acuerdo con lo expuesto por Arroyo Zapatero⁵⁵ en el sentido de que las normas penales y sus conceptos deben construirse en base al ser del sistema penal, en su función real como sistema de control social y a las formas reales, empíricamente comprobables de su modo de operar y cumplir su función, es conveniente definir que debemos entender por sistema penal.

Sobre el mismo generalmente se ha dicho que se encuentra conformado por el conjunto de las instituciones encargadas de la potestad punitiva del Estado y se manifiesta en lo interno de la prisión, en la actuación de los órganos del sistema, en los procesos de formulación legislativa y hasta en las desviaciones en que incurra el poder punitivo.⁵⁶

Por su parte Zaffaroni lo define como el control social punitivo institucionalizado que en la práctica abarca desde que se detecta o supone que se detecta una sospecha de delito, hasta que se impone y se ejecuta una pena, presuponiendo una actividad normativizadora que genera la Ley que institucionaliza el procedimiento, la actuación de los funcionarios y señala los casos y condiciones para actuar.⁵⁷

⁵⁵ Arroyo Zapatero Luis. *Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución*. Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Número 1. 1987. Pág. 100.

⁵⁶ Rosales Elsie. *Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela*. Cc, Dic. 2005, Vol.33, No.4, P.473 Issn 0798-9598.

⁵⁷ Zaffaroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición mexicana. México D. F. 1986. Pág. 30

El sistema penal, también se ha dicho que está compuesto por el conjunto de normas, instituciones, procedimientos, espacios como la sede de los Tribunales, comisarías de policía, los centros penitenciarios, y agentes que operan el sistema y lo hacen funcionar como los Jueces, fiscales, policías los funcionarios de prisiones e incluso los delincuentes y las víctimas.⁵⁸

Como observamos del contenido de las anteriores definiciones, el sistema abarca desde la fase preventiva del delito hasta la fase ejecutiva de la pena impuesta a quien materialice una de las conductas catalogadas como delito, en otras palabras, entra en acción desde antes que se cometa la conducta que tiene en la Ley una pena, y su función es precisamente que dicha conducta no se materialice, acción que concluye hasta en tanto el reo no es rehabilitado o bien, en los sistemas que lo permiten, hasta que el reo es ejecutado.

El sistema penal se encuentra también integrado por los operadores del Derecho Penal encargados de velar por el cumplimiento de las normas y la exacta operación de las instituciones encargadas de hacerlo funcional.

Una perspectiva abolicionista del sistema penal la encontramos en las exposiciones de Baratta quien menciona que la polarización social, la competencia entre los grupos de poder y la importancia del Estado frente a estos fenómenos, hacen necesaria la invención de nuevas formas de disciplinamiento y de legitimación de los equilibrios de poder, El sistema punitivo se aprovecha de este vacuum potestatis apropiándose de los espacios libres.

⁵⁸ Berdugo Gómez De La Torre Ignacio, Arroyo Zapatero Luis, García Livas Nicolás, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecabras José Ramón. *Lecciones De Derecho Penal Parte General*. Editorial Praxis. Segunda Edición. Barcelona España 1999. Pág. 2.

El Derecho Penal deja de ser subsidiario, de constituir la última ratio de acuerdo con la concepción liberal clásica y se convierte en la prima ratio, una panacea con la cual se quieren enfrentar los más diversos problemas sociales, de modo tal, el Derecho Penal se transforma en un instrumento al mismo tiempo represivo y simbólico.

En el interior de este proceso, el eficientísimo penal intenta hacer las eficaz y más rápida la respuesta punitiva limitando o suprimiendo garantías sustanciales y procesales que han sido establecidas en la tradición del Derecho Penal liberal, en las Construcciones y en las Convenciones Internacionales, la reducción de los niveles de legalidad destruyen el equilibrio entre la verdad sustancial y la verdad procesal, se desliza hacia “un modelo totalitario de política criminal” hacia las modalidades de una nueva “suave inquisición”, que coexisten al interior de una conflictualidad latente con el sistema liberal y democrático correspondiente a la legalidad constitucional.⁵⁹

Actualmente, y en relación al moderno sistema penal, de la mano de la extrema ratio se le asigna también al Juez un papel relevante en el campo de la aplicación de la pena, tal y como nos lo dice Donini, especialmente con relación de la hipótesis y al fenómeno de la “no punibilidad”, pues se trata de una política que, aunque mira a la reducción del Derecho Penal, toma nota de que también en un sistema penal más reducido y menos expandido que el actual, sólo existe la posibilidad de castigar una parte menor de todos los delitos que se cometen y pretende por tanto racionalizar las opciones que necesariamente van asociadas a este propósito.⁶⁰

⁵⁹ Baratta Alessandro. *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*. Editorial B de F. Montevideo- Buenos Aires. 2006. Págs. 179 y 180

⁶⁰ Donini Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Primera Edición. Ara Editores. Lima Perú. 2010. Pág. 403.

Nos dice que para lograr este fin, deberá darse más espacio a los estudiantes empíricos, estadísticos, criminológicos, etc., en la construcción de las Leyes penales, porque el Derecho Penal no es simplemente un decálogo, un conjunto de normas de comportamiento, sino también un proyecto político-criminal en la disciplina de un fenómeno social, pues sólo así, introduciendo conocimientos empíricos en la construcción de las Leyes, también el Juez, será autorizado a considerar las reglas como programa de objetivos orientados a las consecuencias, y no sólo como premisa de un silogismo, lo podrá hacer sin ser acusado de utilizar cultura y conocimientos extraños, porque el mismo Parlamento los habrá empleado en fase de construcción de la Ley, esto tanto más deba afirmarse la idea de que el Parlamento tenía del deber de motivar las Leyes penales.

1.7.- LAS CIENCIAS PENALES Y LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL.

A las ciencias penales las entendemos como el conjunto de disciplinas científicas, tanto de naturaleza filosófica como jurídica y causal explicativa que hacen el objeto de su estudio al delito, al delincuente a las penas y medidas de seguridad,⁶¹ para Arcos Martínez son el conjunto de disciplinas que tienen por objeto el estudio del delito, del delincuente y las penas y medidas de seguridad,⁶² se trata de unas disciplinas causales explicativas que tratan de explicar causas y estudian los nexos que existen entre el delito y los factores que influyen en su producción.⁶³

⁶¹ Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Décima Tercera Edición. México D. F. 1997. Pág. 37

⁶² Arcos Martínez Juan Plutarco. *Teoría de la Ley Penal*. Lazcano Garza Editores. Monterrey México. 2006. Pág. 104.

⁶³ Castellanos Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Vigésimoquinta Edición. México D. F. 1988. Pág. 25.

Entre dichas disciplinas encontramos a la filosofía del Derecho Penal, ciencia del Derecho Penal o dogmática penal, política criminal, criminología, la antropología criminal, la sociología criminal, la endocrinología criminal, biología criminal, la psicología criminal, penología, victimología, psiquiatría forense, Derecho Penal comparado, política criminal, la estadística criminal, la medicina legal y la criminalística, estas últimas consideradas como ciencias auxiliares del Derecho Penal.

Por lo que se refiere a la ciencia del Derecho Penal, la misma ha sido definida por Grispigni como la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno de un ordenamiento jurídico positivo, constituyen el Derecho Penal,⁶⁴ para Pavón Vasconcelos lo constituye el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo referentes al delito, al delincuente y a las penas y medidas de seguridad.⁶⁵

Algunos autores como Luzón⁶⁶ establecen que la política criminal es parte de la ciencia del Derecho Penal, ya que esta ciencia se comprende de dos vertientes, la dogmática penal que estudia al derecho vigente y la política criminal que valora desde el punto de vista político los objetivos y los medios en la prevención del delito evaluando críticamente el Derecho Penal vigente proponiendo reformas, sacándola por ello del campo de las ciencias penales.

⁶⁴ Citado por Márquez Piñero Rafael. *Derecho Penal*. Editorial Trillas. México D. F. 1986. Pág. 22.

⁶⁵ Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Décima Tercera Edición. México D. F. 1997. Pág. 33

⁶⁶ Luzón Peña Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Pág. 92

Esta disciplina es también conocida como la dogmática penal.

Jakobs nos habla de la internacionalización de la ciencia del Derecho Penal y nos refiere al respecto que la sociedad evoluciona hacia una sociedad que aglutina una gran parte del mundo, lo cual obliga aunque sea en relación a tres problemas.

Primero.- Al problema de la des especificación de ordenamientos normativos.

Segundo.- al de la relación entre distintos ordenamientos específicos; y

Tercero.- Al problema de la injerencia jurídico-penal en ordenamientos ajenos.

Respecto a la Injerencia en ordenamientos ajenos, la cual se da especialmente en caso de violación de derechos humanos nos dice el referido autor que es un tercer problema novedoso.

Refiere que se trata de la reacción jurídico-penal ante la violación de derechos humanos de ciudadanos de otro país cometida en dicho país, ya sea a través de un Tribunal internacional, o a través de uno nacional.

Nos dice que la punibilidad espacial y temporal ha de entenderse, por tanto, normativamente, a menos que el principio *nulla poena* se quiere desechar por completo, y ello significa que, o bien hay que acogerse a una regulación internacional que no estaba implantada en el lugar y al tiempo del hecho, o bien hay que atender a la regulación

del lugar del hecho que se hubiese aplicado si en el país se hubiese procedido con respeto hacia los derechos humanos, o bien hay que acogerse al Derecho natural, el cual, claro está, no satisface igualmente al principio *nulla poena*, en todos los casos se remplaza la validez real por una validez postulada; el autor no se ha sustraído a un ordenamiento realmente vivido, sino que no ha puesto en práctica un ordenamiento postulado, lo cual es un tema que hay que explorarse a fondo, pues hay que tomar en cuenta la reforma constitucional de Junio de 2011.⁶⁷

De lo anterior tenemos que existe la denominada ciencia del Derecho Penal, la cual estudia el Derecho Penal objetivo y/o sustantivo (normas penales vigentes) desde todas y cada una de sus partes y clasificaciones, abarcando las normas contenidas en su parte general y en su parte especial, sus normas adjetivas y las normas que regulan la ejecución de las penas impuestas.

Paralelamente existen las ciencias penales que se encargan de estudiar la parte subjetiva del Derecho Penal (objetivo y/ o sustantivo) y todo lo relativo al delito, al delincuente y a las penas incluyendo en su objeto de estudio todo aquello que no sean normas penales positivas, pues desde el momento en que lleguen a serlo pasan a ser objeto de estudio de la dogmática penal.

Al respecto Polaino nos refiere lo que denomina la ciencia global del Derecho Penal, denominación que le da a su método para definir al Derecho Penal, estableciendo que para dar respuesta a ello hay que formularse otras cuestiones adyacentes como lo son ¿Qué es la ciencia penal?, ¿Qué es la dogmática penal?, ¿Qué es la política penal (criminal)? y afirma que derecho, dogmática, ciencia y política son

⁶⁷ Jakobs Günter. *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 2006. Págs. 735-737.

cuestiones esenciales para la delimitación de la disciplina punitiva, esquematizando que el Derecho Penal (objeto del conocimiento, es el fundamento en que se apoyan la dogmática penal (conocimiento del objeto), la ciencia del Derecho Penal (proceder científico para el conocimiento del objeto) y la política criminal (utilidad del objeto del conocimiento).⁶⁸

Por lo tanto nuestra investigación del trabajo a favor de la comunidad como una alternativa a la pena de prisión se hará tanto desde la óptica de las ciencias penales como desde la óptica de la ciencia del Derecho Penal.

En lo relativo al enfoque de las ciencias penales veremos la legitimación del Estado para castigar a los particulares con la privación de algunos de sus principales derechos, entre ellos el del trabajo a favor de la comunidad obligatorio y no remunerado, ya que ésta puede servir como pena, se analizará en que delitos debe aplicarse, como cuantificarse y como ejecutarse.

Llama la atención lo dicho por Zamora, en el sentido de que la primera cuestión que debe abordar el estudio del Derecho Penal vigente, es la concerniente a la función de las normas que lo integran.

Refiere el citado autor que se trata de responder a la pregunta: ¿Para que establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena a la ejecución de determinadas conductas? En este sentido, función del Derecho Penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación: *toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el Derecho Penal.*

⁶⁸ Polaino Navarrete Miguel. *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*. Editorial Porrúa. México. 2001. Pág. 45

De una manera simplificada agrega, en el pensamiento clásico existen dos líneas de pensamiento que procuran una respuesta a estas cuestiones; por un lado se sostiene que el Derecho Penal tiene una *función metafísica*, consistente en la realización de un ideal de justicia; por otro, que el Derecho Penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el Derecho positivo (bienes jurídicos).

Sigue manifestando que la función del Derecho Penal está, a su vez, vinculada de una manera muy estrecha a las concepciones sobre la legitimidad, argumentando que si se piensa que es una función (legítima) del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el Derecho Penal será entendido como un instrumento al servicio del valor justicia, por el contrario, si se entiende que la justicia, en este sentido no da lugar a una función del Estado, se recurrirá a otras concepciones del Derecho Penal en el que éste será entendido de una manera diferente, por lo general en este caso, se justificará el Derecho Penal como un instrumento socialmente útil y concluye que el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del Derecho Penal.⁶⁹

En lo relativo al enfoque de la ciencia del Derecho Penal o dogmática penal veremos las disposiciones legales que respecto al trabajo comunitario se encuentran vigentes en nuestro Estado tales como Códigos, Leyes y Reglamentos, abarcando desde luego las normas Constitucionales Federales que al respeto contemplen alguna disposición, jurisprudencias y todos aquellos ordenamientos que sin ser de carácter estatal resulte obligatoria su observancia en nuestro Estado

⁶⁹ Zamora Jiménez Arturo. *Estudios Penales y Política Criminal*. Ángel Editor. Primera edición. México D.F. 2006. Pág. 21.

pasando por las normas que tratan nuestro tema en la parte general de nuestro Derecho Penal local, en la parte especial, en su parte adjetiva y finalmente en su parte ejecutiva.

Por otro lado, y partiendo de la referido por Polaino , quien complementa lo estipulado por Zamora en atención a la legitimación del moderno Derecho Penal, nos dice que actualmente nadie duda de que el Derecho Penal consiste en un conjunto de normas jurídicas que regulan el delito y las consecuencias del mismo, con lo que el reconocimiento del Derecho Penal objetivo” (*ius poenale*) queda asegurado de modo definitivo, pero que no ocurre lo mismo respecto del “Derecho Penal subjetivo” (*ius puniendi*), cuyo concepto, legitimación, naturaleza y fundamentos jurídicos y filosóficos han sido largamente discutido en la doctrina,⁷⁰ por lo que pasaremos en el capítulo siguiente a estudiar dicha figura y sus cuestiones esenciales como lo son entre otras la legitimación del *ius puniendi*, su naturaleza, quien tiene la titularidad y sus límites legales.

De las definiciones a las que se llegó en el presente capítulo podemos concluir que la figura principal que se analiza en la presente investigación, que en el caso lo es el trabajo a favor de la comunidad, al igual que el derecho penal, cuenta una parte objetiva y una parte subjetiva, mismas que deben de ser tomadas en cuenta al momento de su regulación en cualesquier sistema penal que se vaya a emplear, además, el trabajo a favor de la comunidad, al igual que el derecho penal, tiene una parte general y una parte especial y al igual que el derecho penal, tiene una parte sustantiva y una parte adjetiva.

Finalmente el trabajo a favor de la comunidad, al igual que el derecho penal, tiene una parte ejecutiva, por lo que si se busca es

⁷⁰Polaino Navarrete Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México. 2001. Pág. 241.

que esta figura sea realmente efectiva en cualesquier sistema penal, al momento en que se materialice su regulación debe estar contenido en la parte general, en la parte especial, en la parte adjetiva y en la parte ejecutiva de dicho sistema tal y como se propone en la presente investigación, pues una vez que el mismo se encuentre debidamente regulado, tanto en su aplicación como en su ejecución no hay duda en que se puede lograr una completa reinserción social sin que sea necesario el ingreso del individuo a la prisión, evitando así por completo la tan temida contaminación criminológica.

Así mismo, y en atención a lo aquí expuesto, también podemos concluir que para lograr que las penas, en cualquiera de las modalidades que se contemplan en los diversos sistemas penales, puedan llegar a ser mucho más efectivas, es necesario que de manera previa a regularse las mismas en cualquier tipo de norma vigente, es indispensable que las mismas se aborden en su estudio de la misma forma en que se ha estudiado al derecho penal, lo anterior para estar en plena aptitud de saber a ciencia cierta, en qué partes tanto del derecho penal como del sistema penal es necesario que sean ubicadas.

Una vez ubicadas ahora sí, debe procederse a materializar su regulación a través de los Órganos competentes para emitir las normas, facultando además al juzgador para que haga lo propio al momento de individualizar y ejecutar la pena aplicada.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LEGITIMACIÓN DEL DERECHO

PUNITIVO DEL ESTADO

“EL IUS PUNIENDI”

2.1.- Antecedentes del “ius puniendi”. 2.2.- Teorías de legitimación del “ius puniendi”. 2.2.1- Teorías absolutistas del “ius puniendi”. 2.2.1.1 La Expiación. 2.2.1.2.- La retribución. 2.2.2.- Teorías relativistas del “ius puniendi”. 2.2.2.1.- Teoría del Contrato Social. 2.2.2.2.- Teoría de la Defensa Social. 2.2.2.3.- La prevención General. 2.2.2.4.- La Prevención Especial. 2.2.3.- Teorías eclécticas del “ius puniendi”. 2.2.3.1.- Teorías Eclécticas Aditivas y Teorías Eclécticas Dialécticas del “Ius Puniendi”. 2.2.3.2.- Teoría Unificadora Dialéctica de Roxin 2.2.3.3.- Teorías Para Orientar las Decisiones Judiciales. 2.2.3.4.- Teoría del Margen de Libertad. 2.2.3.5.- Teoría de la Pena Exacta. 2.2.3.6.- Teoría del Valor del Empleo. 2.3.- Límites del “ius puniendi”. 2.3.1.- El principio de Legalidad. 2.3.2.- El Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos. 2.3.3.- El Principio de Subsidiaridad, Intervención Mínima o Última Ratio y El Principio de Carácter Fragmentario del Derecho Penal. 2.3.4.- El Principio de Efectividad, Eficacia o Idoneidad. 2.3.5.- El Principio de Proporcionalidad. 2.3.6.- El Principio de Culpabilidad. 2.3.7.- El Principio de Responsabilidad Subjetiva. 2.3.8.- El Principio de Responsabilidad Personal. 2.3.9.- El Principio de Humanidad o Humanización y de Resocialización.

2.1.- ANTECEDENTES DEL “IUS PUNIENDI”.

Por *“ius puniendi”* se entiende como la facultad o derecho de castigar, es una función propia del Estado, por ser el único que puede reconocer válidamente a las conductas humanas el carácter de

delito, conminar con penas y ejecutar estas por medio de los organismos correspondientes.⁷¹

Es la parte del poder estatal conocida como el poder punitivo del Estado que sirve como fundamento del Derecho Penal y como límite del mismo,⁷² en el primer término se habla de un derecho subjetivo, de una facultad o potestad del Estado para establecer normas penales y para imponerlas y en el segundo caso, se trata de límites y controla el poder de tal forma que no sea ni absoluto ni arbitrario.

Sobre esta figura Orellana la refiere como la facultad o derecho del Estado,⁷³ para sancionar, para castigar, el Estado como ente soberano y dentro del marco que la propia Ley le concede, determina que conductas son delictivas y que penas o medidas de seguridad deben aplicarse al delincuente.

Definitivamente esta figura se trata de una facultad estatal para privar de derechos, no exclusivamente el de la libertad, a quien cometa alguna de las conductas que previamente éste consideró como delitos, por lo que partiendo de la definición que se hizo en el capítulo anterior en el sentido de que el derecho subjetivo es la facultad de ejercer o no ejercer su derecho que una norma consagra a favor de un individuo, en este caso siendo el Estado mismo un sujeto, éste puede legalmente no hacer uso de esa facultad, por lo que podemos asegurar que se trata de un derecho subjetivo que le otorga al Estado nuestro Código Penal.

⁷¹ Carranca y Trujillo Raúl. Carranca y Rivas Raúl. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Vigésima Edición. Porrúa. México D. F. 1999. Pág. 26.

⁷² Jescheck Hans-Helrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona. 1978. Págs. 16-24.

⁷³ Orellana Wiarco Octavio A. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Porrúa. México. 2005. Pág. 8.

La anterior afirmación la podemos justificar con lo que dispone el artículo 111 del Código Penal del Estado cuando la víctima perdona al delincuente, en este caso el Estado está impedido para aplicar pena alguna en contra del delincuente a quien el sujeto pasivo del delito ya perdonó, incluso, opera en los denominados delitos de oficio.⁷⁴

De igual manera el Estado puede, en uso de la facultad potestativa que su Código Penal le concede, dejar de aplicar una pena, lo que se justifica con lo que a continuación se expone en la presente investigación.

Si por Estado entendemos, como bien lo define Porrúa Pérez como la sociedad humana, asentada permanentemente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes,⁷⁵ y por su parte el artículo 30 de nuestra Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León nos establece que el Gobierno del Estado es republicano, representativo y popular y se ejercerá por los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tenemos que el Estado son los tres poderes en su estructura y con las facultades que respectivamente les corresponden.

Por lo anterior, para poder determinar que si el derecho a castigar es o no un derecho subjetivo, entendido como la facultad de

⁷⁴ El artículo establece, con excepción de algunos delitos de violencia familiar, que el perdón otorgado por la víctima u ofendido, extingue la acción penal, cuando el delito se persiga a instancia de parte y se conceda antes de que cause ejecutoria la sentencia definitiva, igual en los delitos de oficio no graves cuando su sanción, incluyendo modalidades, modificativas o calificativas del delito, no exceda de seis años de prisión como pena máxima.

⁷⁵ Porrúa Pérez Francisco. *Teoría del Estado Teoría Política*. Vigésimotercera Edición Revisada. Porrúa. México. 1990. Pág. 190.

ejercer o no el derecho que la Ley le confiere, los tres poderes, así como cuentan con la facultad de penar (el legislativo al emitir las Leyes que tipifican los delitos, el Judicial al juzgar e imponer la sanción; y el Ejecutivo al ejecutar la misma), los tres poderes deben contar con la facultad para no penar, por lo que se hace necesario analizar la legislación penal estatal para determinar si se cumplen dichos parámetros.

Primeramente se analiza el contenido del artículo 110 del Código Penal Estatal que refiere que la amnistía extingue la responsabilidad penal, quedando subsistente la reparación del daño, señala que sus efectos se determinarán en la Ley que se dicte al respecto, lo anterior constituye una facultad general que el Código Penal del Estado otorga al H. Congreso del Estado para que emita una Ley que extinguiría la responsabilidad penal y en consecuencia la pena que pudiera corresponderle.

Ahora bien, en una cuestión más particular en nuestro Estado existe la Ley de Amnistía la cual tiene por objeto el de beneficiar a los sujetos que fueren presuntos responsables o responsables de los delitos de rebelión, sedición, asonada o motín y conspiración, cometido bajo el impulso de móviles de orden político.

Como hablamos de una Ley evidentemente estamos hablando del Poder Legislativo al cual la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León en su artículo 63 fracción XXXVIII le da la facultad de no ejercitar su derecho a castigar, pues dicho precepto establece que le corresponde al Congreso conceder amnistía por delitos políticos, previo acuerdo de las dos terceras partes de los miembros de la Legislatura.

Estimo que en cualquier momento se puede emitir reformas a la referida Ley de Amnistía del Estado, incluso, la misma se puede abrogar y emitirse una nueva, pudiéndose abarcar en la misma diversos delitos que el H. Congreso del Estado decida no castigar y no necesariamente significa que los delitos que ahora contempla sean los únicos a los cuales esta figura les pueda resultar aplicable.

Por lo que se refiere al Poder Ejecutivo, la Fracción XXVI del artículo 85 de la Constitución Política del Estado, lo faculta para conceder indulto en los términos de la Ley respectiva, así como también lo faculta para resolver sobre reducción de penas y retención, todo lo anterior con arreglo a las Leyes.

Esta Ley de Indulto, en sus artículos 1º y 2º establece que tiene como objeto regular la facultad del Ejecutivo para conceder la gracia del indulto a los reos ejecutoriados comprendidos en las disposiciones de la Ley, se trata de una gracia que la Ley le otorga a su Titular, pues no constituye derecho en favor de persona alguna y para concederse se tomará en consideración que el agraciado tenga oficio, arte o profesión y que sus antecedentes familiares y morales, así como sus comportamiento en la prisión o prisiones en que haya Estado extinguiendo su condena, garanticen su reintegración a la sociedad, por haber desaparecido, en lo absoluto, su Estado de peligrosidad.

Como se aprecia de lo expuesto, al igual que el Poder Legislativo del Estado, el Poder Ejecutivo también puede dejar de aplicar una pena a un sentenciado, incluso puede suspender o dejar de aplicar la misma.

Finalmente y en relación al tercero de los poderes que nos refiere el artículo 30 de nuestra Constitución Política del Estado

Libre y Soberano de Nuevo León, que en lo concreto lo es el Poder Judicial del Estado, el artículo 121 del Código Penal del Estado nos establece que también extingue la sanción el perdón que en sentencia otorgue el Juez al condenado.

Dicho perdón opera en aquellos casos en que la comisión del delito tenga una relevante, objetiva, fundada y humanamente aceptable explicación de no poderse exigir otra conducta y que conjuntamente la personalidad del activo no revele peligrosidad a juicio de peritos.

Como puede verse los tres poderes del Estado pueden ejercer su facultad de no penar a quienes hayan cometido delitos, por lo que sin duda podemos concluir que el "*ius puniendi*" si es un derecho subjetivo del Estado.

Lo anterior se robustece con la opinión de García Ramírez quien al referirse a la sentencia, establece que ésta constituye sin duda el acto de voluntad, por antonomasia del órgano jurisdiccional, y es aquel en el que ejerce con amplitud y todas sus consecuencias la potestad estatal de que se halla investido, pues la actividad de sentenciar equivale, para el orden judicial, a las actividades de legislar y ejecutar, para las instancias legislativa y ejecutiva respectivamente.⁷⁶

Al abordar el presente estudio no podemos dejar de lado el mencionar, aunque sea de manera muy genérica, el tema relativo a la evolución que a lo largo de la historia ha sufrido el Derecho Penal, ya que no debemos olvidar que se trata de una disciplina dinámica que tiene que irse ajustando a las necesidades sociales de la época,

⁷⁶ García Ramírez Sergio. Adato de Ibarra Victoria. *Prontuario de Derecho Penal Mexicano*. Segunda Edición, Porrúa. México. 1982. Pág. 473.

aunque reconociendo que en algunas de ellas se hizo un uso abusivo del mismo.

Pavón Vasconcelos nos menciona que desde los pueblos más antiguos, de estructura social rudimentaria castigaron los hechos objetivamente dañosos, y la ausencia de normas escritas no impidió la reacción defensiva del individuo del grupo lesionado contra el autor del hecho, aunque el autor fuera una bestia.⁷⁷

Así, a lo largo de la historia nos podemos encontrar con la etapa de la venganza privada, la venganza divina, la venganza pública o social, la Ley del Talión, y atendiendo a los principios doctrinales que a lo largo de la historia han atendido al Derecho Penal, podemos resaltar las etapas clásica, neo clásica, moderna o finalista y la etapa actual que se clasifica en social y funcionalista.

Consensualmente se ha establecido que el origen del “*ius puniendi*” radica en la venganza, la cual en un inicio fue privada, pues el grupo que resultaba ofendido podía devolver la ofensa a quien la hubiere causado, esta facultad legendaria, igualmente resultaba potestativa, pero generalmente este tipo de venganza privada resultaba desproporcional y trascendente, pues rebasaba el daño causado tanto en el ofensor como en sus bienes e incluso alcanzaba a sus familiares.

Posteriormente y ante esta problemática comenzaron a surgir la Ley del Talión que consistía en castigar “ojo por ojo y diente por diente” y algunas otras figuras que permitían el intercambio de la ofensa causada por un beneficio económico.

⁷⁷ Pavón Vasconcelos Francisco. *Imputabilidad e Inimputabilidad*. Cuarta Edición Revisada, Corregida y Aumentada. Porrúa. México. 2000. Pág. 10.

Con el pasar de los años y en etapa histórica conocida como la edad media fue “expropiado” por el Estado el derecho de venganza ya que a partir de esa fecha es éste quien únicamente podía castigar a los infractores.

Son tres los factores los que, según Rusche y Kirchheimer influyeron para que el Derecho Penal adquiriera el carácter de público, siendo el primero el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales, la lucha de las autoridades centrales por extender su jurisdicción constituyó el segundo factor, mientras que el último y más determinante lo fueron los intereses de tipo fiscal de obtener ingresos de los fondos de la administración de la justicia criminal.⁷⁸

Al igual que en la etapa de la “venganza privada”, etapa previa a la “expropiación” del Estado a los particulares del derecho a imponer penas, la etapa de la “venganza” en poder del Estado también ha sufrido una evolución trascendental.

Dicha evolución, y en consecuencia la legitimación del “*ius puniendi*” y su modo de operar ha sido ubicada de acuerdo al pensamiento de la época y a la forma de Estado que se adopta, así nos podemos encontrar a lo largo de la historia con el Estado absolutista, el Estado liberal, el Estado intervencionista, el Estado neo liberal, el Estado social, el Estado democrático.

De acuerdo al tipo de Estado adoptado se creía que el derecho a castigar se justificaba por la existencia de una delegación de carácter divino, posteriormente se justificaba ante la aparente cesión que el grupo social hacía a una minoría en el poder, después, con base en la democracia se delegó a los representantes del pueblo.

⁷⁸ Citado por García García Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 2005. Pág. 31.

Su modo de operar no escapa a la evolución y dentro de las múltiples etapas por las que ha pasado se destacan la etapa en la que se procuraba resarcir el mal causado por el delincuente, en otra etapa lo que buscaba era el aplicar un castigo al delincuente, aparece posteriormente una etapa más humanitaria que procura la resocialización del infractor y tiende a la prevención del delito y posterior a la segunda guerra mundial aparecen los derechos humanos, siendo los cambios más relevantes que la concepción de Derecho Penal ha tenido con el transcurso de los tiempos.

Lo anterior nos da una idea genérica de lo que a lo largo de la historia se ha utilizado tanto por los miembros de un grupo social como por el Estado para castigar a quienes rompen el equilibrio social o lesionan bienes jurídicos ajenos.

2.2.- TEORÍAS DE LEGITIMACIÓN DEL “*IUS PUNIENDI*”.

Si bien es cierto existen teorías que establecen lo innecesario de la existencia del Derecho Penal, dentro de las que encontramos, según la clasificación que Jiménez de Azua hace, las sostenidas por los utopistas y los protestantes, Gardani Contursi Lisi, Tomás Moro y Tommaso Campanella, los anarquistas como Bruno Wille, Emilio Girardin, Luis Molinari, así como León Tolstoy Clarence Darrow y Anatole France, agregándose las tesis marxistas, cuyo contenido en general no es necesario abordar en la presente investigación.

Lo anterior por el hecho de que normativamente en Nuevo León sí está legitimado el Estado para imponer penas,⁷⁹ es decir, esta Entidad Federativa cuenta con la llamada legitimación formal, ya que es una norma positiva que lo autoriza a penar.

Aunado a las teorías que niegan la existencia del Derecho Penal, se encuentran las corrientes abolicionistas de éste, teorías que tiene su origen en las tesis marxistas y constituye la manera más radical en afrontar el Derecho Penal, rechazando su existencia y proponiendo diversas formas no punitivas de resolver los conflictos denominados delitos⁸⁰.

Un abolicionista es Baratta, quien ha tratado de definir en sus lineamientos generales el modelo de una política criminal alternativa que utiliza como idea reguladora o “utopía concreta”, la superación del Derecho Penal, menciona que su propuesta no significa el reenvío de toda reforma posible en el presente para esperara el futuro, de una sociedad que haya superado el uso de la pena, sino afirmar un criterio según el cual orientarla y mediante el cual puedan medirse las elecciones de política criminal.

En las teorías radicales de la política criminal, menciona dicho autor, como son las teorías abolicionistas, el criterio funcional es en el sentido de evaluar las reformas como si estas tuvieran la capacidad de superar al sistema penal tradicional y que dicha superación fuera efectivamente posible, En este sentido, un

⁷⁹ El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su tercer párrafo establece que la imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial, mientras que en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, en lo que respecta al tema en su artículo 25 establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

⁸⁰ Silva Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor S. A. Barcelona. 1992. Pág. 18.

representante de esta perspectiva radical propone una táctica basada sobre la distinción estratégica entre reformas positivas (que sirven para conservar el sistema en sus funciones reales) y reformas negativas (que producen reales transformaciones cualitativas del sistema y sirven para superarlo parcialmente). Se debe remarcar también que las perspectivas radicales de reformas de este tipo, pueden ser propuestas y son propuestas en relación con las teorías de la sociedad y los modelos de sociedad futura bastante diferentes uno del otro, y que no resulta posible reunir a todos bajo las mismas características salvo desde un punto de vista estrictamente formal, la perspectiva abolicionista de la reforma penal ha encontrado en G. Radbruch una expresión que merece ser citada: “la mejor reforma del Derecho Penal no consiste en su substitución por una mejor que el Derecho Penal, sino su substitución por una cosa mejor que el Derecho Penal (cfr. Radbruch G., 1963 p. 269) Desde el punto de vista formal esta expresión puede servir para calificar todas las teorías que pertenecen a la perspectiva “abolicionista”, todos los proyectos de política y de prácticas que no vacilan en saltar la línea divisoria que separa los sistemas penales alternativos de las alternativas del Derecho Penal.⁸¹

Si bien es cierto, como lo refiere Silva que el abolicionismo del Derecho Penal se trata de una de las tres posturas político-criminales básicas en la actualidad del Derecho Penal, junto con la resocializadora y la garantística,⁸² no veo que a corto plazo, e incluso, tampoco percibo que a muy largo plazo pueda llegar a ser realidad, y menos en nuestro sistema, pues se cree por la Mayor parte de la sociedad que la pena de prisión es la medida más eficaz para la prevención del delito, y así lo arroja nuestra legislación penalizando nuevas conductas y aumentando penas a las ya establecidas,

⁸¹ Baratta Alessandro. *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*. Editorial B de F. Montevideo- Buenos Aires. 2006. Págs. 108 y109.

⁸² *Ídem*. Pág. 17.

pensando que con ello se da cumplimiento al clamor popular que exige un sistema penal que sea rápido, justo y sobre todo confiable.

Paralelamente también existen otras teorías que a través de la historia dan la respuesta a la interrogante de ¿Por qué el Estado puede privar de la libertad o de otros bienes o derechos a los ciudadanos que realizan determinadas acciones?, o lo que se llama legitimación funcional o material que viene a responder lo que la legitimación formal no nos dice.

Ha sido muy discutido el tema relativo al *“ius puniendi”* ya que por una parte, al abordarse el estudio se ha establecido que debe analizarse a la luz de la filosofía por tratarse de la parte subjetiva del Derecho Penal y que se trata de un derecho subjetivo del Estado y otros más han establecido que debe abordarse en el tratado de la pena y también se estima que el mismo es parte de la dogmática del Derecho Penal, incluso, los más radicales han establecido que quien debe encargarse de su estudio es el derecho público y no el Derecho Penal.

Creo que definitivamente debe ser abordada desde la óptica de la filosofía del Derecho Penal y en consecuencia se trata de un tema no relativo a la dogmática penal, ya que reviste un carácter previo a la comisión de un ilícito, se trata de una atribución del Estado que no es cuestionada por sus habitantes, mientras que la pena, es la consecuencia de la comisión de un delito, el derecho del Estado a castigar es general mientras que la pena siempre va a ser particular y se aplica a quien infringe la norma.

Ahondar sobre este tema tendría razón si la presente investigación se realizara sobre dicho tema, pero hay que recordar que nuestra investigación gira en torno a una de las figuras que se estima

puede sacarle mejor provecho si se regula debidamente al aplicarse como pena sustituta de la prisión, sin que por ello se quiera decir que por costumbre (por haberlo así consentido a lo largo de la historia universal) se debe tener al Estado por facultado para penar, ya esto atenta incluso con la esencia de la materia que nos ocupa.

Con lo anterior no se quiere decir que se renuncie a la investigación de un tema que si bien sigue siendo debatido, el debate se formula en relación a la facultad que el Estado tiene para fundamentar su derecho de aplicar sanciones, es decir, en nuestra investigación no existe debate sobre si el Estado lo puede o no puede hacer, pues la Ley lo establece, sino que el debate consiste en poder exponer cual de todas las justificantes ha sido considerada como la más correcta.

No obstante lo anterior, en la medida en que nos sea posible expondremos de manera muy concisa las teorías que justifican al Estado para penar a sus habitantes que cometen delitos.

2.2.1- TEORÍAS ABSOLUTISTAS DEL “IUS PUNIENDI”.

Teorías absolutas⁸³ son aquellas que buscan el fundamento y fin de la pena solamente en la naturaleza íntima de la misma y no en un objetivo trascendente, se castiga por que se delinquirió y la pena es justa en sí con independencia de su utilidad, el delito es el fundamento de la pena y no solamente un presupuesto de esta, y la sanción es la consecuencia jurídica del delito, la característica es la justicia de retribución de mal por el mal, la relación entre delito y pena es generalmente cuantitativa y se expresa como la retribución del delito.

⁸³ Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964. Pág. 26.

Son aquellas cuyos elementos de la teoría de la pena son absolutos pues su contenido surge sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden jurídico, exclusivamente de la circunstancia de que se ha lesionado una norma, estos elementos pueden ser, junto al sí de la pena su medida o límite máximo.⁸⁴

2.2.1.1- LA EXPIACIÓN.

Dentro de las teorías absolutas tenemos a las teorías de la expiación y a las teorías de la retribución, las primeras son aquellas en las que el delincuente busca la reconciliación consigo mismo y con la sociedad por el mal causado y con el reglamento quebrantado, con ello se libera de su culpa retomando su dignidad personal,⁸⁵ mientras que Roxin sobre este tema nos menciona que en la expiación el autor acepta interiormente la pena como justa compensación de la culpabilidad, que asimila moralmente su comportamiento delictivo, se purifica y recobra su integridad humana y social.⁸⁶

Es la comprensión del autor del injusto realizado así como de la necesidad de la pena con la consecuencia de una reconciliación de la sociedad,⁸⁷ es lo que sobre la expiación refiere Jakobs.

⁸⁴ Jakobs Günter. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A. Madrid. 1997. Pág. 20.

⁸⁵ Lesh Heiko H. *La Función de la Pena*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000. Págs. 18-20.

⁸⁶ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Pág.85.

⁸⁷ Jakobs Günter. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A. Madrid. 1997. Pág. 20.

2.2.1.2- LA RETRIBUCIÓN.

En las teorías de la retribución se han hecho clasificaciones en relación al origen que se considera y las han clasificado en teorías de retribución divina, en atención a la delegación divina en el Estado para castigar (delito es pecado y pena es penitencia), retribución moral y retribución jurídica.

Roxin,⁸⁸ al referirse a la teoría de la retribución, refiere que no encuentra el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, sino en que se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor mediante la imposición de un mal merecido por el hecho cometido, le atribuye su merito la impresión psicológica-social y que proporciona una pauta para determinar la magnitud de la pena.

Sus máximos exponentes son Kant (retribución moral) y Hegel (retribución jurídica), Kant al hablar de la retribución moral establece que la pena al mismo tiempo puede tener la buena intención de dirigir la misma pena a participar en la felicidad, sin embargo esta pena tiene que estar justificada antes en sí misma como pena, es decir, como mero mal, de suerte que el penado, aunque ello quedara así y no viera detrás de esa dureza ningún favor, tenga que confesar que es justo lo que ha pasado y su suerte enteramente adecuada a su conducta,⁸⁹ establece que la máxima es el principio objetivo del querer y es en sí la Ley práctica, y por lo tanto no queda otra cosa que pueda determinar la voluntad si no es objetivamente la Ley misma y subjetivamente el respeto a esa Ley práctica y por lo tanto, la máxima

⁸⁸ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Págs. 81-85

⁸⁹ Kant Emanuel. *Crítica de la Razón Práctica*. Espasa-Kalpe S. A. Madrid. 1975. Pág. 61.

de obedecer siempre a esa Ley aun en perjuicio de las propias inclinaciones personales.⁹⁰

Por su parte Hegel manifiesta al hablar de la retribución jurídica que el delito es una primera violencia ejercida por el ser libre que viola la existencia de la libertad en su significado concreto y viola el derecho en cuanto a derecho, violación que es nula en sí, porque dicha negación es el anulamiento de la existencia de dicha vulneración, ya que la existencia positiva de la vulneración es solo en cuanto a la voluntad del delincuente y la anulación de esa voluntad es la anulación del delito y el restablecimiento del derecho, la pena es justa en sí y es un derecho impuesto en el delincuente mismo.⁹¹

Carrara⁹² refiere que el delito impone un deber de reparación por el mal causado a la asociación que no se cumple, ni con la indemnización del lesionado, ni con las lágrimas de arrepentimiento, ni con la reconciliación con Dios, ya que punir y corregir es la verdadera idea sobre la cual debe asentar su disciplina el Derecho Penal, ya que debe punir benignamente y con sapiencia civil, pero inflexiblemente para que la defensa común se fortifique.

Para Ferrajoli al hablar de estas teorías nos dice que las mismas giran en razón de tres ideas elementales de corte religioso, la de la venganza (*ex parte agentis*), la de la expiación (*ex parte patientis*) y la del equilibrio entre pena y delito.⁹³ Por legítima *ex parte agentis* entendemos como la potestad de dispensar, y por *ex parte patientis*

⁹⁰ Kant Emanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Crítica de la Razón Pura. La Paz Perpetua*. Quinta Edición. Porrúa. México. 1983. Pág. 26

⁹¹ Hegel Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad. Buenos Aires. Págs. 103-109.

⁹² Carrara Francesco. *Derecho Penal*. Harla S. A. de C. V. México. 1993. Pág. 77.

⁹³ Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 254.

entendemos como verdadera sujeción, esto es,⁹⁴ que el que dispensa debe tener verdadera facultad de dispensar en la materia que dispensa, y el dispensado debe ser verdadero súbdito del que dispensa. En esto ni hay, ni puede haber duda alguna; pues lo pide esencialmente y dada su naturaleza, la dispensación.

Estas teorías, a diferencia de las que a continuación veremos, se caracterizan por ver hacia el pasado, es decir, la pena la justifican en relación al momento en que el delito fue cometido sin tomar en cuenta el futuro a partir del referido hecho cometido (prevención).

2.2.2.- TEORÍAS RELATIVISTAS DEL “IUS PUNIENDI”.

Las teorías relativas le atribuyen a la pena un fin independiente, señalando un objeto político y utilitario, se castiga para que no se delinca y la misma es eficaz en atención a su resultados probables y efectos, es un instrumento de fin y utilidad social por ser un medio para lograr su conservación, es una lucha contra el crimen, el delito es una condición y presupuesto de la pena, su característica es el fin que se señale en la pena.⁹⁵

Sobre éstas teorías se dice que son aquellas cuyos elementos de la teoría de la pena son absolutos, pues su contenido surge sin consideración a la contribución de la norma a mantener el orden jurídico, exclusivamente de la circunstancia de que se ha

⁹⁴ Herce y Portillo Manuel de. *Tratado Práctico de Dispensas, así Matrimoniales, como de Votos, Irregularidades, y Simonías: Utilísimo a los Párrocos, Confesores, y Agentes Diocesanos*. Segunda Edición. Burguete. Universidad Complutense de Madrid. 1808. Digitalizado 2008. Pág. 97

⁹⁵ Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964. Pág. 26.

lesionado una norma, estos elementos pueden ser, junto al sí de la pena, su medida o límite máximo.⁹⁶

2.2.2.1- TEORÍAS DEL CONTRATO SOCIAL.

Cocke entiende el poder político como el derecho de hacer Leyes que estén sancionadas con la pena capital, y en consecuencia, Leyes sancionadas con penas menos graves para la reglamentación y protección de la propiedad y emplear las fuerzas del Estado para imponer su ejecución y defender a éste de todo atropello extranjero y todo ello únicamente con miras al bien público.⁹⁷

Establece que el hombre abandona su condición natural de disponer de los bienes que le otorga la naturaleza y voluntariamente entra en sociedad con otros hombres ya unidos para la mutua salvaguarda de sus vidas libertades, tierras, etc., ya que así hay Mayor seguridad.⁹⁸ Dicho individuo por esa acción autoriza a la sociedad para hacer Leyes en su nombre según convenga a la misma y para ejecutarlas, es decir, establece un Juez para decidir las disputas y reparar los daños causados.⁹⁹

Dice que la razón y la equidad común es la medida que Dios estableció para los actos de los hombres, por lo tanto, el encargado de trasgredir el Estado de la naturaleza, otro hombre tiene

⁹⁶ Jakobs Günter. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A. Madrid. 1997. Pág. 20.

⁹⁷ Cocke Jhon. *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*. Aguilar S. A. Ediciones. Madrid. 1996. Pág. 4.

⁹⁸ *Ídem*. Pág. 93.

⁹⁹ *Ibidem*. Pág. 66.

poder para castigarlo pero no absoluta y arbitrariamente, sino mediante una pena proporcional según dicte la razón serena y la conciencia.¹⁰⁰

Hobbs dice que la finalidad de la pena es que la voluntad del hombre quede mejor dispuesta para su obediencia, ya que cada hombre tiene derecho a todas las cosas y hace lo que considera necesario para su propia conservación sojuzgando, matando o dañando a un hombre cualquiera para lograrlo, en esto estriba el fundamento del derecho para castigar que es ejercido por el Estado, derecho robustecido a favor del Estado por los súbditos al despojarse de esos derechos, no se lo dan, sino que con la renuncia, se fortifica, para que el Estado use su derecho propio como le parezca adecuado para la conservación de todos ellos, no es dado, sino dejado al Estado,¹⁰¹ ya que el logro de una vida más armónica y el cuidado de su propia conservación es la causa final de los hombres que aman la libertad y el dominio sobre los demás, por lo que introducen una restricción sobre sí mismos formando Estados, lo que se logra confiando todo su poder y fortaleza a otro hombre o a una asamblea de hombres.¹⁰²

Beccaria a este respecto nos establece que el derecho a castigar se forma con el agregado de todas las pequeñas porciones de libertad posibles, refiriéndose a la necesidad que obligó a los hombres para ceder su libertad propia, con el fin de defender el depósito de la salud pública de particulares usurpaciones, aunque en el fondo quisiera que los pactos que obligan a los demás estuvieran fuera y no lo obligaran.¹⁰³

¹⁰⁰ *Ídem. Pág.8.*

¹⁰¹ Hobbes Thomas. *Leviatán*. Segunda Edición. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1980. Pág. 254.

¹⁰² *Ídem. Págs.137-141*

¹⁰³ Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición actualizada Tomada de la Catorceava Edición facsimilar. México D. F. 2005. Pág. 9.

2.2.2.2- TEORÍA DE LA DEFENSA SOCIAL.

Su máximo expositor lo fue el abogado italiano Enrico Ferri quien en los fines del siglo XIX, sostuvo la concepción ideológica denominada “Defensa Social”, en la cual el delito era visto como un problema exclusivamente social.

Ferri menciona, según nos refiere Muller Solón,¹⁰⁴ que los individuos son siempre responsables de sus actos ante la sociedad y que la sanción social es la reacción natural contra el delito, argumentando que la pena era un medio de defensa social contra los delitos y por tal motivo se justificaba su aplicación.

Dicha aplicación debía ser en razón de la peligrosidad del delincuente, es decir, la pena debía medirse con relación al peligro futuro que el delito podía generar de llegar a cometerse, por tanto la naturaleza y la extensión de la misma serían las necesarias para neutralizar su peligrosidad.

2.2.2.3.- LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

La pena actúa sobre el criminal mismo según el contenido y extensión del mal penal, puede variar la completa gravedad del efecto producido sobre el criminal por la ejecución de la pena, nos dice Liszt, puede hacer del delincuente otra vez un miembro útil para la sociedad fortificando lo que representa debilidades que refrenan las malas influencias o malos instintos para transformarlos (adaptación artificial),

¹⁰⁴ Muller Solón Enrique Hugo. *Monografía el Derecho Penal de Autor y el Derecho Penal del Enemigo ¿Coincidencia o Futuro de la Seguridad Ciudadana en el Perú?*. Editorial Trujillo Perú. 2007

es la intimidación o corrección como efectos perseguidos por las penas,¹⁰⁵ Otra misión de la pena, refiere, es suprimir, perpetua o temporalmente, al criminal que ha llegado a ser inútil a la comunidad, la posibilidad física de cometer nuevos crímenes separándolo de la sociedad (selección artificial) inocuización del delincuente.

2.2.2.4.- LA PREVENCIÓN GENERAL.

Su creador fue Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, creador del Principio de Legalidad "*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*", quien ve el fin de la pena en la influencia que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena que debe tener sobre la comunidad y no ubica el fin de la pena en la influencia que debe tener sobre el autor del delito ni tampoco en la retribución, es decir, la pena debe tener una función más preventiva de delitos que correccional de los delincuentes.

Por su parte Ferrajoli refiere en su modelo garantista que la pena por su carácter coercitivo y aflictivo es en todo caso un mal que no cabe encubrir con finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador o en último término aflictivo, aun siendo un mal, la pena es justificable si se reduce a un mal menor respecto a la venganza o a otras reacciones sociales, o si el condenado obtiene de ella el bien de que le sustrae a castigos informales, imprevisibles, incontrolados y desproporcionados, su teoría está orientada a la prevención general negativa y le asigna al Derecho Penal el fin de minimizar las lesiones de los derechos de los desviados y disminuir las lesiones de los derechos de los no desviados.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Lizst Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Valleta Ediciones. Buenos Aires. 2007. Pág. 237.

¹⁰⁶ Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos,

Para Jakobs la pena debe proteger las condiciones de integridad social y tiene una función preventiva reafirmando la confianza al que confía en la norma, los destinatarios son todos y no solo los infractores de la norma, ya que todos intervienen socialmente, así se ejercita la confianza en la norma, y se ejercita la fidelidad del derecho, por las consecuencias costosas que sufre quien viola la norma y se ejercita en cuanto a la aceptación de las consecuencias por infringirla, habiendo aprendido los costes por la conexión que tiene con el comportamiento.

Le llama a su teoría prevención general positiva o colectiva, no solo intimidatoria y a este modelo de la función de la punición estatal le llama prevención general mediante el ejercicio del reconocimiento de la norma.

Silva refiere que a raíz de las dificultades que ofrecen las fundamentaciones retributiva y la resocializadora del recurso a la pena han determinado que el lugar central en orden a la legitimación del “*ius puniendi*” la ocupe la fundamentación preventivo-general, que ha sido la única constante desde la época de la Ilustración en lo que se refiere a los fines de la pena, la cual a su vez no está exenta de críticas y se le atribuye como su Mayor deficiencia

Roxin¹⁰⁷ dice que son (sin que la suya sea considerada dentro de esta categoría) teorías de prevención general por que actúan generalmente sobre la comunidad y no especialmente sobre el condenado, se funda en su llamada “teoría Psicológica de la Coacción”, la eficacia de su amenaza depende de la imposición y de la ejecución

Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 337.

¹⁰⁷ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Págs. 89-91.

de la pena ya que amenazar con algo que luego no se cumple es obvio que carece de lógica y va en contra de la idea inicial de amenaza y se le asigna el carácter negativo por contener el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes.

Dentro de las teorías vistas en este punto se encuentran las relativas a la prevención, ya sea especial o general, así como cada una de sus distintas combinaciones, las cuales pudiéramos sintetizar de la siguiente manera:

Prevención especial positiva.- Se caracteriza por buscar corregir a quien cometió el delito a través de su resocialización.

Prevención especial negativa.- Se caracteriza por buscar neutralizar o eliminar a quien cometió el delito.

Prevención general positiva.- Se caracteriza por buscar reforzar la credibilidad y respeto de la sociedad hacia las Leyes y al orden constituido.

Prevención general negativa.- Se caracteriza por buscar, mediante la amenaza o a través de la aplicación de la pena, disuadir a los ciudadanos para que no cometan delitos.

2.2.3.- TEORÍAS ECLÉCTICAS DEL “IUS PUNIENDI”.

Estas teorías nacen de la necesidad de crear un punto medio entre las teorías mencionadas en los puntos anteriores, sus

principales argumentos se basan en unir cada uno de los fines de las ya mencionadas.

Las teorías mixtas tratan de hermanar las teorías utilitarias y retributivas asociando la justicia con el fin socialmente útil, algunos anteponen la justicia a la utilidad y viceversa, el delito es la razón de la pena y la retribución su esencia y también son fines de la penalidad el mantenimiento del orden y el bien social futuro.¹⁰⁸

A estas teorías se les ha identificado como aquellas que pretenden encontrar una compensación entre las teorías absolutas y las teorías relativas sobre la base de criterios finalistas y puntos de vista de justicia, son aquellas que no afectan el aspecto de la culpabilidad de la pena y que como consecuencia, persiguen fines preventivos solo en la medida en que con ellos no se elimine la proporcionalidad entre la pena y culpabilidad.¹⁰⁹

2.2.3.1.- TEORÍAS ECLÉCTICAS ADITIVAS Y TEORÍAS ECLÉCTICAS DIALÉCTICAS DEL “IUS PUNIENDI”.

Se ha establecido que estas teorías parten de una pena con esencia retributiva a la que posteriormente le otorgan fines preventivos y las mismas a la vez se subdividen en dos clasificaciones, las denominadas aditivas o unificadoras y las dialécticas.¹¹⁰

¹⁰⁸ Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal. Tomo II*. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964. Pág. 26.

¹⁰⁹ Maurach Reinhart. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994. Pág. 88.

¹¹⁰ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág.80.

Las primeras son aquellas que abarcan criterios estáticos de la pena y las segundas abarcan criterios dinámicos de la misma, en las primeras los fines de la pena siempre son los mismos desde la creación de la norma, la medición de la pena y su posterior ejecución, mientras que las segundas de las teorías eclécticas mencionadas le asigna a la pena un fin distinto dependiendo de la etapa en que la misma se encuentre, ya sea al momento en que se emite la norma y tiene su vigencia, al momento en que judicialmente se individualiza y se impone y otra distinta cuando la pena impuesta se está ejecutando por la autoridad penitenciaria.

De igual manera, nos refiere Sanz Mula que las primeras doctrinas a su vez se dividen en las conocidas como doctrinas con posturas tradicionalistas y las doctrinas con posturas modernistas.

Las primeras son aquellas que sostienen que la retribución es el fundamento de la pena, en las cuales los fines preventivos poseen un papel secundario, la prevención general destaca sobre la prevención especial por tratarse de una finalidad implícita de la retribución, donde la protección de la sociedad se basa en la justicia, refieren que el Derecho Penal tiene dos funciones, realizar justicia y proteger a la sociedad (retribución y prevención).

Por lo que respecta a las segundas, éstas están basadas en fundamentar la pena en defensa de la sociedad y en la protección de bienes jurídicos y en consecuencia, a la retribución, le atribuyen una limitación de las exigencias preventivas, establecen que el Derecho Penal protege bienes jurídicos y la gravedad del hecho y la culpabilidad de su autor son límites al ejercicio de esa función, es primordial la prevención especial pues hablan de que la finalidad de la pena es tanto

la reincorporación del delincuente al núcleo social como la protección de los bienes jurídicos.

2.2.3.2.- TEORÍA UNIFICADORA DIALÉCTICA DE ROXIN.

Nos refiere este autor,¹¹¹ que para que una teoría funcione debe estar basada en que el fin de la pena es cien por ciento preventivo, ya que las normas penales solo se justifican cuando tienden a la protección de la libertad individual y a un orden social que está a su servicio, situación con la que debe contar de igual manera la pena concreta, por lo anterior tanto la prevención general como la especial deben figurar conjuntamente como fines de la pena, ya que los delitos se pueden evitar a través de la influencia que se haga tanto en la colectividad como en lo individual, cuando se presente un conflicto entre cual de las dos debe prevalecer, se debe procurar la resocialización del individuo a través de la pena que estime necesaria (prevención especial), pero sin llegar a reducirla de tal manera que se preste a imitaciones por parte de otros miembros de la sociedad por no tomarse en serio.

Agrega el autor que por lo que se refiere a la aplicación del derecho, el fin de la conminación penal (contenido de la norma penal o etapa legislativa) es de pura prevención general, mientras que por el contrario, la imposición de la pena en la sentencia se deben considerar en la misma medida las necesidades preventivas especiales y en lo relativo a la ejecución, la pena pasa al primer plano de la prevención especial y la resocialización es el fin de su ejecución.

¹¹¹ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Págs. 95-101.

Lo anterior, refiere el autor, no se trata de una tajante distinción por fases de la pena, sino de una ponderación diferenciada, ya que la conminación debe conservar su función motivadora y la ejecución no puede perder totalmente el efecto preventivo general, mientras que los efectos preventivos especiales de la pena deben estar programados en las disposiciones legales, esta teoría coloca a los puntos de vista preventivo especiales y generales en un sistema cuidadosamente equilibrado.

En esta teoría, el principio de culpabilidad pasa a formar una limitante de la pena, sin que ello implique que se trate de un elemento decisivo de las teorías de la retribución, en efecto, si bien la pena no debe sobrepasar la medida de la culpabilidad, habrá algunos casos en los que se podrá válidamente no alcanzarla cuando su fin preventivo lo permita, y es precisamente esta característica la que la diferencia de las teorías de la retribución, ya que en ellas la pena debe corresponder a la culpabilidad con independencia de las necesidades preventivas que el caso requiera.

Así lo expuesto, la teoría mencionada el propio autor la resume de la siguiente manera: la pena sirve a los fines de prevención especial y general, se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto o hagan necesario exigencias preventivo especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo generales.¹¹²

Respecto esta teoría Palacios nos menciona que la pena debe fundarse exclusivamente en fines preventivos. Las penas sólo estarán justificadas cuando con ellas se busque la protección de la libertad individual. Un orden social que está al servicio de la libertad

¹¹² *Idem*. Pág.103.

debe procurar simultáneamente fines preventivos generales y especiales. Sin embargo, se sigue considerando legítima la pena que sea impuesta exclusivamente por razones de prevención general, sin importar que en la especie no exista riesgo de reincidencia.

La teoría unificadora preventiva dialéctica se limita a orientar al juzgador al momento de desplazarse dentro del marco legal que el legislador le confiere para hacer uso de su arbitrio judicial, pero nada resuelve sobre la necesidad de que el legislador permita que tanto el juzgador como el penitenciarista trabajen con unidad de propósito, de manera que la pena de prisión, en sus tres fases, logre cumplir los fines sucesivos, no simultáneos que con ella se pretenden.¹¹³

2.2.3.3.- TEORÍAS PARA ORIENTAR LAS DECISIONES JUDICIALES

Palacios Pámanes refiere que Al lado de las teorías construidas para justificar la pena, existen otras para orientar las decisiones judiciales.¹¹⁴

Refiere que se trata de una expectativa de teoría que se circunscribe en la dogmática penal. Sobre todo si consideramos que los esfuerzos por desarrollar la teoría de la determinación de la pena se orientan a las decisiones judiciales, es decir, a encauzar la elección, por parte del juzgador, del *quid* y *quantum* del castigo; tema que tiene indisoluble relación con la culpabilidad: concepto que habita en la parte general del Derecho Penal.

Dentro de las referidas teorías se encuentran las siguientes:

¹¹³ Palacios Pámanes Gerardo Saúl. *La Cárcel Desde Adentro. Entre la Reinserción Social del Semejante y la Anulación del Enemigo*. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 70.

¹¹⁴ *Ídem*. Pág. 64.

2.2.3.4.- TEORÍA DEL MARGEN DE LIBERTAD.

Se debe a Schultz esta teoría, quien parte de la interrogante de si será suficiente que la determinación de la pena se base en la culpabilidad del agente, o además debe tomarse en cuenta el principio de resocialización, principio que debe regir la etapa de ejecución, no de determinación de la pena.

Esta teoría está dirigida exclusivamente a la decisión judicial y de conformidad con esta teoría, la pena en su etapa legislativa buscaría disuadir, en la judicial retribuir sin impedir la resocialización y en la ejecutiva sólo resocializar.

Así, en la etapa de la individualización judicial de la sanción, el Juez graduaría la naturaleza e intensidad del castigo según la gravedad del delito (de acuerdo a las circunstancias particulares); el grado de culpabilidad (grado de reprochabilidad); y la factibilidad de la resocialización.

Pero hacer convivir armoniosamente estos tres criterios de graduación penal exige al juzgador un método *sui generis*, el cual, desde el punto de vista, este método tendría tres pasos:

1.- La graduación de la sanción con base en la gravedad del delito y el grado de culpabilidad del agente. (Conforme a las reglas de racionalidad y proporcionalidad de la pena).

2.- Comparar la pena resultante (pena tentativa) con el fin abstracto de resocialización, para saber si impediría o no la resocialización en el caso concreto.

3.- Ratificar la pena y por lo tanto aplicarla, si esta no impide la resocialización en el caso concreto.

Concluye que es importante que la pena no imposibilite la reinserción social del condenado; pero que esta consideración debería exigírsele al legislador, no al juzgador.¹¹⁵

2.2.3.5.- TEORÍA DE LA PENA EXACTA.

Según esta teoría a la culpabilidad sólo puede corresponder una pena exacta. Si iguales grados de culpabilidad motivan penas distintas, tal divergencia se debe a las limitaciones del entendimiento humano.

En México el Código “Martínez de Castro” adoptó la teoría de la pena exacta a través de un método matemático, el juzgador individualizaba la sanción a la luz de las particularidades, exhaustivamente detalladas, que pudieran presentar el caso concreto y a partir del Código “Almaraz-Harris” la teoría de la pena exacta fue sustituida por la del marco de libertad con base en el arbitrio judicial.

Según la teoría de la pena exacta, al Juez le está permitido determinar la sanción más allá del grado de la culpabilidad del agente; lo que se traduce en la posibilidad de aplicar una pena inferior o superior al grado específico de culpabilidad.¹¹⁶

2.2.3.6.- TEORÍA DEL VALOR DEL EMPLEO.

¹¹⁵ *Ídem.* Págs. 65, 66.

¹¹⁶ *Ídem.* Págs. 67, 68.

Henkel desarrolló esta teoría, con la cual (dice Roxin) se soluciona la antinomia de los fines de la pena, para individualizar la sanción, el Juez debe de tomar en cuenta el grado de culpabilidad y los fines de la prevención.

La determinación de la magnitud de la pena debe llevarse a cabo sin hacer ninguna consideración acerca de los objetivos preventivos; pero la decisión judicial habrá de fundarse en la prevención.

El Juez aplicará la pena correspondiente al grado de culpabilidad; pero determinará la forma de ejecutarla (libertad condicional, conversión a multa, etc.) atendiendo a los fines preventivos.

Esta teoría, como las anteriores, atiende únicamente a la fase judicial de la sanción; es decir, a los criterios para la toma de decisiones jurisdiccionales, pero no intenta resolver la antinomia existente entre los fines que se procuran con la pena en sus tres fases: legislativa, judicial y ejecutiva.

Concluye que este Derecho llamado “de determinación de la pena” pertenece al Derecho Penal, parte general.¹¹⁷

De las teorías expuestas en el presente capítulo podemos por una parte percatarnos de la evolución que en lo que se refiere a la legitimación del Estado para castigar ha tenido el Derecho Penal, pues ha iniciado con posturas que buscaban justificar el uso de la pena a cargo del Estado solamente para que el castigo al delincuente fuera cuando menos, de un daño similar al causado, concepto que a lo largo

¹¹⁷ *Ídem*. Pág. 68.

de la historia evolucionó pasando por varias etapas hasta llegar a la actual, en la que se sostiene que la intervención punitiva del Estado solo está justificada si la pena a aplicarse es necesaria, siendo esta su justificación.

Entiendo que el problema de poder justificar debidamente la legitimación del Estado para penar radica en la cuestión relativa a la prevención, pues existen pugnas en cuanto a cuál de las dos prevenciones debe de prevalecer si la especial o si la general, y en caso de que se opte por la primera de las mencionadas cual es la graduación (medición) que debe en su caso aplicar la autoridad judicial.

Para los fines de la investigación que se hace, no es primordial ni indispensable resolver el problema de la legitimación del Estado para imponer penas a quienes cometen delitos, ya que de hecho legalmente le está permitido, por lo que, al menos por el momento, solo emitiré una opinión generalizada respecto a las teorías mencionadas, con la plena conciencia de que es un tema muy interesante y que requiere de un Mayor tiempo de estudio, pues a lo largo de la historia no ha podido ser resuelto, por lo que la opinión se limitará a enunciar unas cuantas consideraciones generales que considero deberían ser tomadas en cuenta para tratar de resolver el problema relativo a la legitimación del Estado para castigar.

Las teorías absolutas expuestas ven la justificación del derecho a castigar del Estado en el pasado, es decir, en el hecho cometido por el delincuente mientras que las relativas pretenden encontrar la justificación del derecho del Estado a castigar en el futuro, es decir, en la prevención para que no se vuelva a delinquir, mientras que las teorías mixtas, hoy dominantes, ven ambas cuestiones.

Me convence más la última de las teorías mencionadas, es decir, la teoría unificadora dialéctica de Roxin pues soy partidario de que para tratar de justificar al Estado para que castigue, debe analizarse la pena en las tres etapas que refiere, etapas que van desde la elaboración de la norma, hasta la ejecución de la misma, pasando por la individualización que de la misma hace la autoridad judicial que es la parte total de la justificación.

Bajo la anterior óptica estimo que para que se justifique el tan mencionado derecho Estatal, en la medida de la pena, que es la etapa donde el Estado ejerce ese derecho, debe analizarse desde luego el contenido de la norma que la contiene y le cuantifica los mínimos y los máximos, partiendo del entendido de que dicha norma sanciona esa conducta teniendo como base la presunción de que el Estado cumplió con todas y cada una de las obligaciones que le corresponde para con el delincuente, como lo es, entre otras cosas, el haber proporcionado una debida educación y una oportunidad de trabajo a los miembros del grupo social que lo componen.

Partiendo de la presunción referida, es evidente que el Estado tiene todo el derecho a castigar al miembro del grupo social que delinque, pero se deberá tomar en cuenta que al cuantificarse la pena, se debe basar en lo acontecido en el mundo material al momento de realizarse el hecho, siendo esta etapa en la que se determinará si el Estado cumplió con las obligaciones mencionadas en ese caso concreto.

Por lo anterior, los fines de la pena deberán estar enfocados en un primer plano a tomar las medidas preventivas necesarias para que el delincuente pueda dimensionar las condiciones

que el Estado le proporcionó y que no supo aprovechar, valiéndose el Estado para ello de cualquier medio penal que este a su alcance.

2.3. LÍMITES DEL “IUS PUNIENDI”.

Es cierto que el Derecho Penal es un instrumento de control social que se emplea como medio para evitar la realización de comportamientos lesivos para el mantenimiento y evolución de un determinado sistema social, por lo que se le considera como una amarga necesidad que ayuda a posibilitar la vida en comunidad.¹¹⁸

También es cierto que no existe ninguna duda de que el Estado puede castigar a quien comete los delitos que previamente así los cataloga en una norma, para ello basta observar lo que se ha comentado y analizado al inicio del presente capítulo en donde se expusieron las diversas teorías que lo legitiman, también es evidente que ese derecho debe tener sus límites.

En efecto, dicho derecho no puede ni debe ser arbitrario ni indeterminado, aunque a lo largo de la historia se ha visto que lo ha sido en ciertas épocas, sino que, así como se le dio al Estado dicha facultad, también se le impusieron ciertas limitantes a su ejercicio, es decir, al momento en que lo lleve a la práctica debe ser dentro de los límites referidos.

El tema a analizar en el presente punto son precisamente esas limitantes que deben regular la actuación estatal en el ejercicio de su derecho de penar, para lo cual haremos mención de ellos, siendo

¹¹⁸ Berdugo Gómez de la Torre Ignacio. *Derechos Humanos y Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XI. 1988. Pág. 29.

estos, según nos menciona Luzón Peña,¹¹⁹ el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de subsidiaridad, intervención mínima o última ratio y carácter fragmentario, principio de efectividad, eficacia o idoneidad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva, el principio de responsabilidad personal y el principio de humanidad o humanización y de resocialización.

Todo Estado democrático de derecho se caracteriza por los límites que tiene para aplicar su potestad punitiva, la cual en ningún momento debe sobrepasar los límites que establecen los principios generales del derecho y los de la teoría general del delito, pues se le caracterizará de tiránico, autoritario, y oportunista o simplemente como no democrático,¹²⁰ principios los anteriores que pasaremos a analizar a continuación:

2.3.1.- EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Este principio, de legalidad abarca tanto lo relativo a los delitos como lo relativo a las penas y las medidas de seguridad, es incluso, concebida en nuestro país como una Garantía Constitucional de las denominadas de seguridad jurídica, las cuales han sido entendidas como aquellas que garantizan que el Estado no incurra en arbitrariedades a la hora de aplicar el orden jurídico a los individuos, ya que es la forma en que la libertad y la dignidad del miembro del grupo social se ve salvaguardada, pues en base a estas las autoridades evitan actuar en desapego a Leyes, particularmente en las formalidades

¹¹⁹ Luzón Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Págs. 81-89.

¹²⁰ González-Salas Campos Raúl. *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Editorial Oxford. Segunda Edición. México. 2001. Pág. XIII.

que deben seguir las autoridades antes de privar a un particulares de sus propiedades o de su libertad.¹²¹

Tuvo su origen en la etapa de la Ilustración y actualmente se encuentra consagrada en nuestro artículo 14 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., el cual establece que en los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por Mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito que se trata.

Dicho artículo recoge uno de los principales principios de Derecho Penal que es el denominado “nullum crimen sine poena” y constituye la base fundamental del principio de legalidad que rige como pilar de un sistema de Derecho Penal en un Estado democrático de Derecho.

Supone este principio que previamente a la realización del hecho, debe existir una norma aprobada por el poder legislativo, quien es quien representa a la sociedad, en la que de manera clara y concisa describa cual es la conducta que considera delito y cuál es la pena que debe aplicarse a quien la realice, ya que se estima que si es el propio grupo social el que otorga al Estado el derecho a castigar, es el mismo grupo social el que debe determinar las penas y los delitos, por lo que es indispensable que sea el poder legislativo quien las determine por ser el poder estatal que emite las Leyes y representa al grupo social.

La norma que contiene un delito y una pena debe de cumplir con el carácter preventivo general, pues su contenido debe ser puesto del conocimiento del grupo social para que así sepa a qué atenerse.

¹²¹ Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías Individuales Parte General*. Primera Edición. México 2003. Pág. 78.

Este principio, según nuestra Suprema Corte de Justicia no se limita exclusivamente a los actos de aplicación de la Ley,¹²² sino que se extiende a la Ley misma pues estableció en Sesión de Pleno que la interpretación del tercer párrafo del artículo 14 constitucional, que prevé como garantía la exacta aplicación de la Ley en materia penal, no se circunscribe a los meros actos de aplicación, sino que abarca también a la propia Ley que se aplica, la que debe estar redactada de tal forma, que los términos mediante los cuales especifique los elementos respectivos sean claros, precisos y exactos ya que la autoridad legislativa no puede sustraerse al deber de consignar en las Leyes penales que expida, expresiones y conceptos claros, precisos y exactos, al prever las penas y describir las conductas que señalen como típicas, incluyendo todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado. Por tanto, la Ley que carezca de tales requisitos de certeza, resulta violatoria de la garantía indicada prevista en el artículo 14 de la Constitución General de la República.¹²³

Se ha establecido como las violaciones más comunes a este principio las definiciones legales ambiguas, las remisiones a fuentes no legislativas, el encarcelamiento de gente potencialmente peligrosa sin que hayan cometido delito y los delitos de vagancia y mal vivencia.¹²⁴

¹²² Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías de Seguridad Jurídica*. Primera Edición. México 2003. Pág. 70.

¹²³ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. I, Mayo de 1995. Página: 82. Tesis: P. IX/95. Tesis Aislada. Materia(s): Penal, Constitucional.

¹²⁴ Dondé Matute Javier. *Principio de Legalidad Penal. Perspectivas del Derecho Nacional e Internacional*. Porrúa. Segunda Edición. México 2010. Pág. 109.

En resumen, el Estado solamente puede castigar aquellas conductas que la norma contempla y por el monto que la misma le autoriza, lo que genera que no se le puede denominar delincuente a aquella persona que no se le haya probado la violación a una Ley penal vigente.

2.3.2.- EL PRINCIPIO DE EXCLUSIVA PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS.

Este principio también de origen en la ilustración parte del hecho de que las conductas que se puedan considerar dañosas para el grupo social, pero que a su vez no afectan ninguno de los bienes jurídicos que le interesa proteger, deben ser resueltos a través de los medios jurídicos distintos al Derecho Penal.

Parte del supuesto de que el Derecho Penal solo debe intervenir en aquellos casos en los que se amenaza una lesión o peligro para concretos bienes jurídicos y que el legislador esta impedido para emitir normas que castiguen a los miembros del grupo social solamente por inmorales, desviados o marginados, si las conductas que realizan no afectan bienes jurídicos, ya que se requiere un daño concreto a la sociedad o a otro individuo del grupo social.¹²⁵

A este principio también se le conoce como el principio de ofensividad o de lesividad, cuyo origen se da en base a que antes de su nacimiento nos encontrábamos frente a un Derecho Penal autoritario y anárquico, ya que no había un concepto claro de lo que era el delito y se castigaba cualquier hecho con penas aflictivas, inhumanas y trascendentales.

¹²⁵ Luzón Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Pág. 82.

Posteriormente una ola de tratadistas como Locke, Hume, Rousseau, Kant, Feuerbach, Birnbaum, Von Ihering, Binding y Von Liszt entre otros comenzaron a limitar el poder autoritario del Estado al imponer penas a los miembros del grupo social.

Sus posturas en lo general refieren que solo aquellas conductas que lesionen bienes jurídicos pueden ser penadas por el Estado, concepto base que ha ido evolucionado hasta llegar a convertirse formalmente en una restricción al Estado para hacer uso de su derecho a penar cuando no se han lesionado alguno de ellos, incluso, orilló al Estado a enunciarlos previamente.

De Toledo afirma que toda norma jurídica incriminatoria surge por y para amparar a algo y a alguien relacionados, lo cual expresa un interés, sea cual sea el lugar, tiempo y signo político de ese surgimiento, y sea cual sea el índole de su interés, la norma nace para que se preserve ese interés, y en el momento en que la norma alcanza su vigencia, el interés se transforma en jurídico y alcanza el rango de bien jurídico.¹²⁶

Por lo anterior estimo que la limitante se da al legislador y no precisamente al juzgador, pues es la norma la que claramente debe establecer el bien jurídico protegido y la pena que deba aplicarse en caso de que el mismo se lesione.

Así mismo estoy de acuerdo con lo sostenido por Raúl González en el sentido de que cada tipo debe establecer el bien jurídico que debe proteger, para que a través de este principio la sociedad y

¹²⁶ Toledo y Ubieta Emiliano Octavio de. *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Artes Gráficas Suárez Barcala. Madrid. 1990. Pág. 5.

cada uno de sus miembros sepan lo que contiene el ordenamiento punitivo.¹²⁷

En conclusión, este principio exige que toda norma jurídica-penal refleje de modo claro la lesión de un bien digno de protección jurídico-penal, ello facilita una separación visible entre Derecho Penal y moral privada y brinda una pauta hermenéutica para la definición precisa del ámbito de protección de la norma.¹²⁸

Debe procurarse, en respeto a este principio, no contemplar en los Códigos delitos de mera desobediencia, punir lesiones insignificantes, o de la tentativa no idónea, o de los denominados de peligro abstracto, lo que constituyen ejemplos de técnicas legislativas ineficientes para los fines de éste principio.¹²⁹

2.3.3.- EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD, EL PRINCIPIO DE INTERVENCIÓN MÍNIMA O ÚLTIMA RATIO Y EL PRINCIPIO DE CARÁCTER FRAGMENTARIO DEL DERECHO PENAL.

Estos tres principios se complementan entre sí y constituyen limitantes al poder punitivo del Estado frente a sus gobernados, por lo que en los siguientes renglones se hablará brevemente de cada uno de ellos en forma independiente, destacando de éstos sus aspectos generales más relevantes.

Por lo que se refiere al principio de intervención mínima, éste establece que el Derecho Penal solamente debe ser utilizado en

¹²⁷ González-Salas Campos Raúl. *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Editorial Oxford. Segunda Edición. México. 2001. Pág. 120.

¹²⁸ Rusconi Maximiliano. *Las Fronteras del Poder Penal*. Ciudad Argentina Editorial. Buenos Aires-Madrid. 2005. Pág. 13.

¹²⁹ *Ídem*.

aquellos casos en los que la solución del conflicto no pueda lograrse por alguno de los otros medios legales que contempla el sistema jurídico estatal tales como el derecho civil o el derecho administrativo, ya que debe partirse del entendido de que el Derecho Penal siempre será el último recurso.

Se le impone al legislador la obligación de que solamente en aquellos caso en los la lesión del bien jurídico no pueda ser prevenido, protegido, reparado o compensado mediante un diverso medio legal, entonces sí debe protegerse dicho bien penalmente, para ello deberá emitir la norma correspondiente, por lo que se supone que toda conducta catalogada como delito que lesiona un bien jurídico previamente se analizó y se llegó a la certera conclusión que es exclusivamente el Derecho Penal quien debe protegerlo.

Se entiende por este término como el último recurso que el derecho debe tener para proteger el orden jurídico, es decir, antes de aplicar una pena se deben agotar otros medio jurídicos, cuando así sea razonable, para salvaguardar los bienes jurídicos, y solamente cuando estos fallen, se podrá acudir a la pena y al Derecho Penal, como su última instancia protectora.¹³⁰

Con la utilización de esta limitante lo que se pretende es evitar que el Estado haga uso del Derecho Penal para sembrar un terror generalizado en la sociedad, ya que se convertiría en un Estado autoritario, alejado en nuestros días del modelo de Estado de derecho y de Estado democrático que tanto se pregona.

Este principio que es considerado entre competencia del poder público y función del Juez, es para Donini el principio más

¹³⁰ González-Salas Campos Raúl. *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Oxford. Segunda Edición. México. 2001. Pág. 99.

importante de la política criminal, es aquel de extrema ratio o subsidiariedad, el cual significa que, primero, esta la prevención, la política social, las sanciones extrapenales y solo entonces se puede recurrir a la pena, establece que la solución de los problemas sociales no pueden servir de apoyo para utilizar el Derecho Penal como arma principal, pues ya el hecho de colocar en ello muchas esperanzas es señal de un uso indebido de la pena y, por tanto, de la libertad de los ciudadanos.

La pena se justifica cuando existe aquella prevención, aquella política social, aquel aparato extrapenal, este juicio, sin embargo, se encuentra hoy a la libre gestión de los partidos políticos, del poder político, porque el jurista no posee todavía una verdadera ciencia de la subsidiariedad, finaliza diciendo que la construcción de esta ciencia, de modo de hacer efectivamente al menos un poco justiciable aquel principio es hoy una competencia de los estudios penales.¹³¹

De igual forma establece que este principio no incumbe sólo al legislador cuando construye los ilícitos, desde el momento en que ella regula la competencia de lo penal respecto a lo extrapenal, incumbe también a la frase de la aplicación de las sanciones pues el Juez debe aplicar la sanción menos grave, cuando la más grave no aparece como necesaria.

En nuestro país este principio se encuentra reconocido por el Poder Judicial Federal,¹³² pues ha determinado que el Congreso de la Unión, en términos de lo dispuesto por el artículo 73, fracciones XVI y

¹³¹ Donini Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Primera Edición. Ara Editores. Lima Perú. 2010. Pág. 402.

¹³² Novena Época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XIV, Agosto de 2001. Página: 248. Tesis: 2a. CLVIII/2001. Tesis Aislada. Materia(s): Constitucional, Penal.

XXI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., está facultado para dictar Leyes y establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse y si bien la creación de ilícitos responde a la necesidad de que éstos sean un instrumento para la defensa de los valores fundamentales de la comunidad, que sólo debe emplearse contra ataques graves a esos valores (última ratio) y en una forma controlada y limitada por el imperio de la Ley, por lo que una conducta que pone en peligro un bien jurídico, debe considerarse que los motivos, finalidades y espíritu son los de proteger a la sociedad contra su infracción, lo que confirma la potestad punitiva del Congreso de la Unión para establecer ilícitos, con la finalidad de salvaguardar un bien jurídico que estimó vital, concluyendo que el legislador tiene la facultad exclusiva de decidir cuáles conductas antisociales que se presentan en las relaciones sociales y jurídicas merecen ser catalogadas como delitos, desde luego atendiendo a razones de política criminal.

Se encuentra a su vez la limitante conocida como el carácter subsidiario del Derecho Penal, mismo que complementa al principio de ultima ratio, ya que ésta limitante establece que si el conflicto de la lesión del bien jurídico se puede realizar mediante el derecho civil o el administrativo, serán dichas vías quien debe conocer e imponer la sanción.

Este principio reza que en aquellos casos en que si la protección de los ciudadanos puede conseguirse en ciertos casos con medios menos lesivos y graves que los penales, no es preciso ni se deben utilizar éstos, ya que su intervención sería innecesaria e injustificable cuando bastan para proteger los bienes jurídicos el Derecho Civil, el Derecho Público o incluso medios extrajurídicos, por lo que la dureza de los medios que caracteriza al Derecho Penal deben,

junto con éste retrotraerse, la subsidiariedad, como limitante al poder punitivo, debe ser extensiva las propias sanciones penales, lo que significa que si con una sanción no dura es suficiente para reinsertar al individuo al grupo social, no deben aplicarse las más graves.¹³³

Ligado a los principios de subsidiaridad y al también conocido como de intervención mínima, se encuentra el principio denominado de carácter fragmentario, el cual argumenta que el Derecho Penal debe de proteger exclusivamente las conductas que se consideran como ataques graves a los bienes jurídicos.

De igual manera debe concretarse a proteger los bienes jurídicos considerados relevantes para el grupo social, o sea los más importantes.

Lo que debe de abstenerse de hacer el Derecho Penal, según reza este principio, es proteger todas las conductas y todos los bienes jurídicos.

Otra característica de este principio es que considera que el poder punitivo del Estado, mediante el ejercicio o uso del Derecho Penal, no debe estar encaminado a sancionar por igual los ataques que lesionen los bienes jurídicos que protege, sino que la sanción debe ser gradual en relación al daño que se causó.

González-Salas opina que este principio significa en un Estado democrático de derecho, que la ciencia penal solo debe de sancionar cierto tipo de conductas que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, en este sentido, solo deben sancionarse penalmente ciertas modalidades de ataques o algunos comportamientos

¹³³ Luzón Peña Diego Manuel. *Op. Cit.* Pág. 82.

específicos, únicamente los más peligrosos y repudiados por la sociedad, de acuerdo con una significación ética que la comunidad tiene respecto de esos comportamientos.¹³⁴

La conjunción y complemento de estos tres principios ordenan al Estado a que sus funciones punitivas se concreten a establecer en sus normas, qué es lo que los integrantes de su grupo social no deben hacer, y que en caso de que lo hagan, establecer las sanciones a que se hacen acreedores, pero de ninguna manera, y en estricto cumplimiento a este conjunto de principios y limitantes, el Estado no está facultado para que a través del Derecho Penal se abarquen la totalidad de conductas que el grupo social debe de realizar.

2.3.4.- EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD, EFICACIA O IDONEIDAD.

Es común que con la evolución dinámica que envuelve al grupo social se haga ineficaz una sanción que en el tiempo en que nació lo pudo ser.

Actualmente sabemos que muchas penas y delitos se encuentran en desuso por haberse probado debidamente su ineficacia, sin embargo, se siguen catalogando como tales.

Un ejemplo de ello lo era que hasta hace no mucho tiempo el contenido de la disposición Constitucional permitía la pena de muerte en nuestro país.

¹³⁴ *Op. Cit.* Pág. 97

Ejemplos como el referido podemos encontrar en nuestros Códigos penales.

Este principio consagra que el Derecho Penal solo puede y debe intervenir cuando sea mínimamente eficaz y adecuado para la prevención del delito, y por lo tanto, hay que renunciar a su intervención cuando sea político-criminalmente inoperante, ineficaz, inadecuado o incluso contraproducente para evitar delitos, ya que para eso hay que acudir a otra reacción que sea más eficaz.¹³⁵

Pues bien, la limitante que se señala le exige al Estado intervenir para sancionar un miembro del grupo social solamente en aquellos casos en que la pena a aplicar y el delito a tipificar llegue a ser eficaz, al igual le exige que todas aquellas penas y delitos que no tengan ese carácter deben salir del ámbito penal y enviarlos a aquellas ramas que puedan ser o sean más eficaces.

2.3.5.- EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Este principio se refiere a que el Estado se encuentra limitado para que, en el ejercicio de su derecho a castigar, contemple en sus normas penas que no guarden una debida proporción en relación al bien jurídico protegido que con la conducta del delincuente salió dañada.

Es una de las derivaciones nítidas del *principio nulla poena sine culpa*, que refiere lo ilegítimo de una amenaza de sanciones que no guardan una relación racional con la magnitud del

¹³⁵ Luzón Peña Diego Manuel. *Op. Cit.* Pág. 84.

ilícito ya sea por el tipo de ilícito en general o por el tipo de participación en el hecho.¹³⁶

Evidentemente se trata de una limitación que va dirigida al legislativo, pues la proporcionalidad entre la pena a aplicarse y el delito cometido debe darse en la norma en la que se contiene el bien jurídico protegido, las formas en que este se lesiona y la pena que debe aplicarse, la cual, debe ser proporcional tanto al bien jurídico protegido como al hecho materializado.

Para algunos autores como Cerezo Mir, se trata de una exigencia de respeto a la dignidad de la persona humana, la cual, de acuerdo al artículo 10 de la Constitución española son el fundamento del orden político y de la paz social junto con los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, y que la imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para conseguir fines sociales, en este caso preventivos, lo que implica un grave atentado a esa dignidad.¹³⁷

Por su parte, para Luzón,¹³⁸ responde al principio de igualdad, que exige tratar por igual lo igual, pero desigualmente lo desigual, lo que es propio del Estado democrático, ya que se trata de una exigencia de origen liberal y acorde con el Estado social, además el referido autor menciona que la limitante indica que la gravedad de la pena debe ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, se

¹³⁶ Rusconi Maximiliano. *Las Fronteras del Poder Penal*. Ciudad Argentina Editorial. Buenos Aires-Madrid. 2005. Pág. 13

¹³⁷ Cerezo Mir José. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe Argentina. 2001. Pág. 376.

¹³⁸ Luzón Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996. Pág. 86.

toma en cuenta la gravedad del injusto porque si se castigaran igual los hechos poco graves que los graves, no habría Mayor intimidación e inhibiciones para cometer delitos graves, cuya frecuencia podría aumentar y produciría una gravísima confusión en los esquemas valorativos de los ciudadanos y la sociedad, es necesaria para que la prevención general tenga un adecuado funcionamiento.

2.3.6.- EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.

Este principio se define como la barrera que auto establece la comunidad estatal en la intervención sobre un miembro que ha actuado culpablemente, debido al hecho de reconocer la preeminencia de su dignidad por sobre los intereses de la comunidad en la efectividad de la lucha contra el delito, representa una relación de medio a motivo, es decir, la consecuencia jurídica aplicada no se relaciona con el fin perseguido, sino con el motivo que provoca la persecución penal (hecho punible), en tanto que la pena, al autor se le formula un reproche con fundamentos ético sociales, por haber incurrido en una conducta no adecuada al derecho, presuponiendo la reprochabilidad personal, y puede ser aplicada solo dentro del marco de esa reprochabilidad, por ello éste principio limita todas las intervenciones estatales a una medida que sea considerada como una compensación aceptada por la conciencia jurídica general y adecuada al hecho culpable, es decir, limita la pena a la proporcionalidad de la culpabilidad, resultando apropiado para garantizar la dignidad del

ciudadano, no representa una finalidad de la pena, sino que reduce la aplicación de los fines de la pena.¹³⁹

Este principio de *nullun crimen sine culpa* se encuentra contemplado en nuestro Código Penal del Estado en sus artículos 26, 27, 28 y 29, los cuales establecen en conjunto que solamente podrá realizarse la imposición de las penas, si la acción u omisión juzgada ha sido realizada con dolo, culpa o preterintención.

Establece que se entiende que se obra con dolo cuando el agente intencionalmente ejecuta u omite un hecho que es sancionado como delito por el Código, mientras que obra con culpa quien realiza el hecho legalmente descrito, por inobservancia del deber de cuidado que le incumbe de acuerdo con las Leyes o reglamentos, las circunstancias y sus condiciones personales, o las normas de la profesión o actividad que desempeña, así mismo en el caso de representarse el hecho como posible y se conduce en la confianza de poder evitarlo.

Finalmente, establece una figura que no se encuentra en todos los Códigos Penales como forma de culpabilidad y que en el nuestro aún persiste, estableciendo que se obra preterintencionalmente, cuando por la forma y medio de ejecución se acredite plenamente que el resultado excedió el propósito del activo; en este caso podrá disminuirse la pena hasta las dos terceras partes de la sanción a imponer por el delito cometido.

Como puede observarse, no es suficiente que el miembro del grupo social realice las acciones u omisiones que se encuentran determinadas como delitos en el Código Penal y en las diversas Leyes

¹³⁹ Maurach Reinhart. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994. Págs. 110-111.

de las denominadas especiales, sino que además es requisito, para que se encuentre justificado el ejercicio del poder punitivo estatal, que la actividad se haya realizado con cualesquiera de las formas referidas, pues de lo contrario la consecuencia jurídica del delito no podrá ser aplicada.

Se le ha considerado como una exigencia al respeto de la dignidad humana, ya que al aplicarse una pena sin culpabilidad, o bien aplicarse una pena desproporcional a la misma, implica y supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para conseguir fines sociales, en este caso preventivos, lo que implica un grave atentado a su dignidad.¹⁴⁰

Este principio sin duda alguna contiene una doble limitación al poder punitivo estatal, uno se refiere a que la pena solamente debe aplicarse en aquellos casos en que el hecho se realice con dolo, culpa o preterintención, y el otro se refiere a que la pena debe ser aplicada proporcionalmente al grado de culpabilidad, en este caso, de la descripción legal de cada una de las formas de culpabilidad representa precisamente el grado de la misma, es decir, el mismo Código contempla penas diferentes para los que obran con dolo, con culpa y con preterintención, siendo esas penas la intensidad de la culpabilidad.

2.3.7.- EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD SUBJETIVA.

Este principio, también denominado de desvalor subjetivo de la acción, es similar, incluso es el mismo que el principio de culpabilidad, solamente que su desarrollo y denominación se da

¹⁴⁰ Cerezo Mir José. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe Argentina. 2001. Pág. 376.

tomando en cuenta la ubicación que se le dé al dolo y a la culpa en la sistemática de la teoría del delito.

En el principio de culpabilidad se ubica al dolo y a la culpa como formas de grado de la culpabilidad, en nuestro Estado habrá que agregarse a la preterintención como una tercera forma de culpabilidad como se vio en el punto anterior, mientras que la doctrina Mayoritaria actual ubica a éstas en la parte subjetiva del injusto típico.

Por lo tanto no puede hablarse del principio de culpabilidad, sino que se está en presencia del principio de responsabilidad subjetiva por contraposición a la objetiva.¹⁴¹

Por lo que se refiere a su descripción, objeto y alcances, estos temas fueron abordados en el punto anterior, ya que como se dijo, se trata solamente de la denominación del principio de acuerdo a la sistemática empleada para ubicar a la culpabilidad en las diversas teorías de delito.

2.3.8.- EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL.

Este principio es el que se encuentra consagrado en nuestro artículo 22 Constitucional el cual, en la parte que nos interesa establece que en nuestro país se encuentran prohibidas las penas trascendentales, lo que constituye una garantía Constitucional de las denominadas de Seguridad Jurídica.

Por penas trascendentales entendemos, según lo ha expuesto el Poder Judicial de la Federación como aquellas que pueden

¹⁴¹ Luzón Peña Diego Manuel. *Op. Cit.* Pág. 88.

afectar de modo legal y directo a terceros extraños no inculminados, pero no las que derivan de posibles trastornos que puedan sufrir los familiares de los reos, con motivo de la reclusión de éstos, puesto que, de adoptarse este criterio, todas las penas resultarían trascendentales, porque es evidente que de una u otra forma, en Mayor o menor grado, afectan a las personas allegadas a los sentenciados.¹⁴²

Pues bien el principio que se comenta consiste en que la pena que se vaya a imponer a un delincuente miembro del grupo social,¹⁴³ no debe repercutir en personas distintas a él, es decir, cuando no solo afecta o comprende al autor del hecho delictivo, sino que su efecto sancionador se extiende a los familiares del delincuente que coparticiparon en el delito.

Lo anterior significa que un límite adicional al Estado para el ejercicio del “*ius puniendi*” lo constituye la circunstancia de que solamente podrá castigar a aquella persona a quien se le haya demostrado su participación directa o indirecta en el hecho delictivo, y no podrá aplicarse a personas distintas a aquella por razones de dependencia familiar, laboral, etc.

Esto es, que la norma penal solamente debe de ser catalogada como penalmente responsable cuando la acción u omisión que se imputa sea estrictamente indispensable para la consumación del delito y no lo será en los casos en los que la acción u omisión constituyan una simple falta de un deber de control sobre el delincuente.

¹⁴² Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XV, Mayo de 2002. Página: 17. Tesis: 1a./J. 29/2002. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

¹⁴³ Lara Espinoza Saúl. *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 2005. Pág. 381.

2.3.9.- EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD O HUMANIZACIÓN Y DE RESOCIALIZACIÓN.

Este principio ha sido la evolución de la humanización del Derecho Penal que se iniciara en la época de la Ilustración, cuyo desarrollo se ha ido incrementando hasta nuestros días, mediante el cual se ha ido dejando de lado la aplicación de penas aflictivas a los delincuentes, sustituyéndose las mismas por aquellas que tienen como fin la resocialización.

Dicha evolución se convierte actualmente en un límite para el "*ius puniendi*" en el sentido de que las penas a aplicarse, deben estar encaminadas a respetar la del delincuente, así como procurar que las mismas no causen dolores físicos, se encuentra consagrada como garantía individual en nuestro sistema penal, pues el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prohíbe las penas de muerte, de mutilación, 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 y toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Paralelamente dichas penas son consideradas como tratamientos de resocialización para que el delincuente pueda reintegrarse al grupo social, lo cual en nuestro país se le considera garantía constitucional, pues se encuentra contemplada en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, el cual establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no

vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la Ley, además consiste en el fin primario y principal del tratamiento penitenciario en nuestro país.¹⁴⁴

Las penas incluso han disminuido en su duración y ha sido la pauta para el nacimiento de un sinnúmero de penas alternativas a la prisión que tienen como fin, resocializar al delincuente sin que éste ingrese al reclusorio, lo que cumple con los fines preventivo especiales de la pena y evita que se vuelva a delinquir.

Creo que este principio se puede dividir y perfectamente pudiéramos hablar de un límite al Estado consistente en que al penar se busque siempre la resocialización y la otra limitante consistente en que las penas no deben ser aflictivas.

Creo que las características de cada uno les pueden dar la suficiente autonomía.

Como podemos observar, de los diversos principios citados, que en el fondo no son otra cosa que límites impuestos al poder punitivo estatal, han evolucionado al igual que lo ha hecho el propio Derecho Penal y las teorías que pretenden justificarlo.

La razón es obvia, pues a cada teoría de justificación le corresponde un principio limitante, ambos aspectos doctrinales del Derecho Penal, se ven reflejados en la legislación vigente de la época en la que se emitieron.

Obviamente, ante lo dinámico de la sociedad se nos ha presentado el caso de que algunos bienes jurídicos con el transcurso de

¹⁴⁴ Zaragoza Huerta José. *Derecho Penitenciario Mexicano*. Elsa G. de Lazcano Editores. Primera Edición. México. 2010. Pág. 4.

los años dejan de ser relevantes para el grupo social y por el contrario, otros lo empiezan a adquirir relevancia, por lo que algunas conductas dejan de ser delitos mientras que otras lo empiezan a ser, como claros ejemplos podemos citar el relativo a la moral, la cual a la fecha queda protegida de una manera mínima por el Derecho Penal, y por el contrario, el desarrollo de la tecnología ha ocasionado que empiecen a protegerse por el Estado bienes jurídicos que anteriormente no pudieran percibirse sin el desarrollo de la tecnología actual.

Por fortuna, desde la etapa de la Ilustración hasta nuestros días se han conservado los que se consideran pilares de esa limitación estatal a castigar como lo es el del principio de legalidad, debiendo procurarse que en el desarrollo que llegue a tener el Derecho Penal en el futuro, el mismo abarque tanto a las conductas que deben proteger los nuevos bienes jurídicos como las limitantes a que se ha hecho referencia en los principios expuestos.

Dentro de la etapa evolutiva del Derecho Penal, actualmente se han considerado seriamente las corrientes tendientes a afianzar la idea de justicia sustentada en el hecho de que un Juez que “dialoga” con el ciudadano incluso cuando lo castiga, se obtiene una justicia que tiende a la composición de los conflictos, a la misma reconciliación, y no a la mera irrogación de un mal “merecido”¹⁴⁵.

Es un fundamento que se basa en la combinación armónica que debe haber entre el Derecho Penal y la democracia, en la que se plantea en la posibilidad de un control *in fieri*, *ex ante* y *ex post*, sobre las decisiones de la mayoría, en cuanto estas sean asumidas a la luz de la plena información a la opinión pública, información sobre los datos *in input*, sobre las razones que están en la base de la Ley, sobre

¹⁴⁵ Donini Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Primera Edición. Ara Editores. Lima Perú. 2010. Pág. 404.

los motivos y el análisis jurídico-social en virtud del cual se considera insuficiente la protección extrapenal, sobre la previsión de las consecuencias que la norma se fija; y luego información in output, sobre los resultados de la aplicación de la norma, premisas que cuando se tiene sobre ellas un verdadero control se obligaría al legislador a una actividad, en definitiva, no necesariamente más racional, pero si más verificable.¹⁴⁶

Como podemos concluir, partiendo del hecho de que uno de los principales problemas sociales que actualmente, y a lo largo de la historia nos han acechado, es sin duda la delincuencia, la cual, desde un enfoque social, es el fracaso del medio familiar y social para brindar a ese individuo los medios adecuados para un sano desarrollo,¹⁴⁷ descripción con la cual estamos completamente de acuerdo y a la que le agregaría un culpable más, el gobierno.

De nada sirve reconocer la existencia de los problemas mencionados, incluso de nada sirve tampoco que sean reconocidos por el Estado si no se hace algo por solucionarlos, pues es igual de malo enfrentarlos y no ponerlo a los ojos de la sociedad ya que sería como validar que su reclamo de justicia no tiene respuesta.

La principal forma de afrontarlo como gobierno es a través del mecanismo mencionado en el presente capítulo que lo es el “*ius puniendi*”, con todas las modalidades que ello implica.

Entre ellas, se encuentra un programa de difusión de la cultura jurídica que brinda a la población información accesible para reforzar la cultura plena de la legalidad, partiendo de la consideración

¹⁴⁶ Donini Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Primera Edición. Ara Editores. Lima Perú. 2010. Pág. 406.

¹⁴⁷ Marchiori Hilda. *Personalidad del Delincuente*. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 2005. Pág. XII.

de que el conocimiento de nuestras instituciones y su funcionamiento es una de las mejores formas de consolidar el estado de derecho,¹⁴⁸ aseveración que se comparte en el sentido de que, muchas veces el desconocimiento de las instituciones y lo difuso que consideran sus derechos, prefiere la gente no hacerlos valer, por lo la difusión que sobre el tema se hace por este medio y la difusión que pudiera posteriormente generarse.

Así las cosas, se requiere de un trabajo conjunto entre el Estado y los operadores del derecho, quienes partiendo de los problemas detectados en las diversas consultas públicas y que fueron expuestos en los renglones precedentes, nos damos a la tarea de solucionarlos como objetivo final, o al menos en un objetivo no tan ambicioso, el de aminorarlos, lo que justifica la realización de abordar el presente tema en la presente investigación.

Finalmente, si el problema central doctrinal radica en determinar si la justificación que el estado tiene para sancionar a quien comete un delito a través de la aplicación de penas de diversa índole, dentro de las que destacan la de la privativa de la libertad, problema que trata de superarse a través de figura de la prevención del delito, la cual trata de informarnos por cual hay que optar en caso de que estemos en presencia de una prevención especial y una prevención general, podemos concluir que, sin entrar en detalles sobre cual debe prevalecer sobre la otra, el trabajo en beneficio de la comunidad como proceso de reinserción es más benéfico para el sentenciado y que una vez que el mismo haya sido impuesto como pena el mismo es una estructura penal de prevención del delito, incluso, dicha figura por sí misma y no impuesto como pena, también es una estructura no penal de prevención del delito.

¹⁴⁸ Poder Judicial de la Federación. *Manual del Justiciable Materia Penal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D. F. 2003. Pág. 6

CAPÍTULO TERCERO

LAS SANCIONES PENALES

3.1.- Las Sanciones Penales. 3.2.- Las Penas. 3.2.1.- Las Penas en el Código Penal del Estado de Nuevo León. 3.3.- Las Medidas de Seguridad. 3.3.1.- Las Medidas de Seguridad en el Código Penal del Estado de Nuevo León. 3.4.- La Reparación del Daño Como Tercer Vía del Derecho Penal. 3.4.1.- La Ejecución de la Reparación del Daño en el Estado de Nuevo León.

3.1.- LAS SANCIONES PENALES.

El tema de las sanciones penales, desde la sistemática del estudio del Derecho Penal en su parte general, es uno de los que concluyen su estudio, pero es uno de los más importantes, ya que es a través de ésta como se pretende hacer efectivo a aquel, en otras palabras el Derecho Penal tiene una de sus principales armas para su funcionamiento eficaz en la pena.

El estudio de las sanciones penales abarca lo que sería su fundamento y su naturaleza, sus diversas especies, el arbitrio judicial y los diversos criterios para individualizarla.

Adicionalmente estudia la eficacia, forma de ejecución y las formas de extinción de las sanciones penales.

Las sanciones penales deben determinar las diversas formas en que serán reintegrados a la sociedad los derechos infringidos por el delincuente, al estar previamente establecidas en una norma legal se traducen en una reacción estatal contra el delito, por eso, las sanciones penales deben entenderse como el resultado de un sentir social en un determinado tiempo y espacio.

Históricamente se ha hablado de una doble vía en el Derecho Penal, es aquel binomio comprendido por las penas y las medidas de seguridad como instrumentos del Derecho Penal para aplicarse a los delincuentes que hayan cometido un delito, imponiéndose una, otra o ambas como una de las consecuencias por la conducta delictiva.

Antiguamente se creía que la única arma que el Estado tenía para contrarrestar a la delincuencia lo era la pena o bien la medida de seguridad, por lo que se consideraban modelos penales monistas, ya sea de penas o de medidas de seguridad exclusivamente.

Con la evolución del Derecho Penal a lo largo de la historia se introdujeron, a manera de complemento de las penas, lo que hoy se conoce como medidas de seguridad, naciendo así el modelo de la doble vía en el Derecho Penal, el cual, como ya se dijo, contempla penas y medidas de seguridad, las cuales pueden ser impuestas en forma autónoma, ya sea que se apliquen puras penas o puras medidas de seguridad, pero también pueden ser complementarias, es decir, el Juez además de la pena aplicada le puede agregar una medida de seguridad.

Actualmente la Mayoría, sino es que la totalidad de los sistemas penales, en su estructura se contemplan como su pilares

estas dos consecuencias jurídicas.

Afirma Roxin que pena y medida son por tanto el punto de referencia común a todos los preceptos jurídico penales, lo que significa que el Derecho Penal en sentido formal es definido por sus sanciones, afirma que un precepto pertenece al Derecho Penal no precisamente porque regule normativamente mandatos o prohibiciones, ya que eso también lo hacen muchos preceptos civiles y administrativos, sino que pertenece a éste porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.¹⁴⁹

De un tiempo a la fecha, se ha hablado de una tercera vía del Derecho Penal, la denominada justicia restaurativa o reparativa encaminada a la dignificación de las víctimas, mediante la cual se ha pretendido elevar a una tercera vía del Derecho Penal, que busca, a través de la reparación a la víctima del delito, la reinserción del reo.

Se ha llegando incluso a establecer, que los progresos del reconocimiento protagónico de las víctimas debe superarse constantemente y avanzar hasta llegar a afirmarse que en caso de duda, en muchas de las veces debería proclamarse a favor de las víctimas, superando el axioma tradicional de *in dubio pro reo*,¹⁵⁰ el cual en esencia establece que en ausencia de prueba plena debe absolverse al acusado, situación que veo imposible de que pueda materializarse en nuestro derecho a corto plazo.

Zaffaroni es de la idea de que la única manifestación de la coerción penal es la pena y que las medidas no constituyen más que

¹⁴⁹ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Pág. 41.

¹⁵⁰ Beristain Antonio. *El Derecho Penal se Humaniza. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Penal. Tomo I*. Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005. Pág. 21.

una denominación en la que en forma peligrosamente indiscriminada se engloban penas y medidas administrativas, criticando como equivocado el esquematismo que parte del supuesto de que al hablarse de las sanciones penales, se establece que la pena es una retribución y la medida de seguridad una resocialización, de que la pena corresponde a la culpabilidad y la medida a la peligrosidad, de que la pena traduce un desvalor ético-social y la medida no, de que la pena hace a la seguridad jurídica y la medida a la defensa social, insiste en que las medidas de seguridad no ofrecen ninguna diferencia sustancial con la pena¹⁵¹.

Es necesario abordar de una manera muy general el tema relativo a la denominación que se les da a las sanciones penales como una consecuencia del delito, pues a menudo tanto en su denominación como en su naturaleza y características las penas y las medidas de seguridad se pueden confundir con sanciones de diversas ramas del derecho.

Se tiene como un ejemplo a la multa, la cual puede ser del Derecho tanto del Penal como del Derecho Administrativo, en el primer caso, cuando se aplica como pena por la comisión de un delito si se trata de una figura del Derecho Penal, en el segundo de los casos no.

Por lo que se refiere a una medida de seguridad tenemos la prohibición al manejo de vehículos automotores, pues existe una sanción administrativa contemplada en el Reglamento Metropolitano de Tránsito y Vialidad como en el Código penal en aquellos casos en que en diversas ocasiones se le haya sorprendido al miembro del grupo

¹⁵¹ Zaffaroni Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo I.* Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1996. Pág. 93.

social manejando en Estado de ebriedad.¹⁵²

La diferenciación entre unas y otras deriva del denominado principio de la independencia de la pena criminal, ya que respecto a otras sanciones tiene efectos jurídicos de fondo y forma, siendo el hecho de que a las penas criminales solamente les pueden ser sometidos para su aplicación circunstancias de hecho constitutivas de ilícitos y recogidas en un tipo penal, para no atentar contra el principio de *nulla poena sine lege*, su aplicación solamente se puede realizar mediante un procedimiento jurisdiccional formal, solo éstas son sujetas de registrarse en el libro de antecedentes penales.¹⁵³

En nuestro Código Penal del Estado, las sanciones penales se les denominan como consecuencias jurídicas del delito y se encuentran contempladas en los artículos 45 bis, en las disposiciones generales del Libro Primero Título Cuarto, Capítulo I, el cual establece que son consecuencias jurídicas de responsabilidad por la comisión del delito las sanciones, las medidas de seguridad y la reparación del daño y perjuicio.

Ahora bien, en el presente capítulo analizaremos las

¹⁵² El artículo 68 del Código Penal estatal establece que en caso de delitos derivados de la conducción de vehículos en los que el sujeto activo se encuentre en Estado de voluntaria intoxicación, se aplicará como medida de vigilancia la prohibición para conducir vehículos automotores que requieran licencia para su conducción por un término de un año a seis años, independientemente de las sanciones que correspondan por el delito cometido. A quien haya sido sentenciado por ilícitos derivados de la conducción de vehículos por más de dos veces en un lapso de tres años, se le impondrá, como medida de vigilancia, la prohibición de conducir vehículos hasta por tres años, por su parte la Fracción I, inciso B) del Artículo 136 del Reglamento de Tránsito de Monterrey establece que las sanciones por faltas o violaciones al presente Reglamento, consistirán en: la suspensión de la licencia de conducir de tres a seis meses, y en caso de reincidencia dentro de los siguientes seis meses se suspenderá hasta 18 meses por manejar en Estado de ebriedad, o en Estado de ineptitud para conducir, bajo el influjo de drogas o sustancias tóxicas, en este caso, además de la sanción económica a que se haga acreedor.

¹⁵³ Maurach Reinhart. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994. Pág. 9.

características de cada una de ellas, con excepción de las penas, ya que éstas se verán en forma más detallada en el capítulo siguiente, por lo que en el presente capítulo solamente se enfocará a reproducir lo que nuestro Código Penal establece respecto a el

3.2- LAS PENAS.

Como se mencionó en los renglones previos, todo lo relativo a la pena se va a abordar de manera más específica en el siguiente capítulo, sin embargo, en el presente punto vamos a mencionar desde la forma en la que se encuentra descrita en nuestros Códigos.

La pena es una de las consecuencias jurídicas que se aplican al infractor de la norma penal, generalmente se encuentran establecidas en el mismo numeral en el que se describe la conducta típica.

Ejemplos como estos abundan en nuestros Códigos, como por ejemplo el del delito de sustracción de menores previsto en el artículo 284 del Código Penal del Estado de Nuevo León, el cual establece que a los padres, abuelos o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, que sin causa justificada, retengan o sustraigan al menor del lugar donde se encuentre, desplazándolo del control de quien tenga materialmente la custodia o la patria potestad, se les aplicará una sanción de dos a cinco años de prisión y multa de 10 a 30 cuotas y que se entiende que existe causa justificada, entre otras, en caso de ebriedad, toxicomanía, golpes, amenazas, falta de ministración de alimentos de forma reiterada o malos tratos.

Como puede observarse es en el mismo artículo en el que se establece tanto la conducta típica como la pena a aplicarse.

Otra modalidad en la forma en que la penalidad se encuentra prevista en nuestras Leyes, la encontramos en el delito de variación del nombre o del domicilio previsto en el artículo 253 del Código Penal del Estado de Nuevo León, el cual establece en su fracción I que comete dicho delito el que oculte su nombre o apellidos y tome otro imaginario o el de otra persona, al declarar ante la autoridad judicial, mientras que en su Fracción II nos dice que también lo comete el que para eludir la práctica de una diligencia judicial, una notificación de cualquier clase o citación de una autoridad, oculte su domicilio, designe otro distinto o niegue de cualquier modo el verdadero.

La diferencia en relación al delito de substracción de menores se da en que la pena se encuentra prevista en el artículo siguiente pues el diverso 254 establece que a los responsables del delito a que se refiere el artículo anterior, se los sancionará con prisión de tres días a un año, y multa de una a diez cuotas.

En el presente caso la sanción se encuentra en un artículo diferente, pero en la misma legislación, incluso en el mismo Libro, Título y Capítulo.

En algunas otras ocasiones la conducta típica se encuentra descrita en una legislación y la pena a aplicarse se encuentra establecida en una legislación diversa, legislaciones que de acuerdo a la descripción legal se relacionan directa o indirectamente con la figura típica.

Un ejemplo de ello lo podemos encontrar en lo que dispone el artículo 206 de la Ley de Amparo que dispone que la autoridad responsable que no obedezca un auto de suspensión debidamente notificado, será sancionada en los términos que señala el Código Penal aplicable en materia federal para el delito de abuso de autoridad, por cuanto a la desobediencia cometida; independientemente de cualquier otro delito en que incurra.

Como observamos, la pena a aplicarse en éste delito se encuentra prevista en una Ley distinta, pero es la Ley que la prevé hace expresamente la remisión a la sanción que ha de aplicarse.

Se tomó este ejemplo ya que por mucho tiempo se debatió esta situación en el sentido de que se vulneraba el principio de legalidad *nullum crimen, nulla poena sine lege*, conforme al cual el juzgador no puede dar a la Ley penal una extensión Mayor a la que le otorga el legislador.

El anterior debate fue resuelto por nuestro Máximo Tribunal de la Nación quien determinó que el artículo 206 de la Ley de Amparo, al establecer el tipo del delito de desobediencia al auto de suspensión debidamente notificado y hacer la remisión, para efectos de sanción, al de abuso de autoridad previsto por el artículo 215 del Código Penal Federal, no es violatorio de la garantía de exacta aplicación de la Ley en materia penal, ya que los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, en que descansa dicha garantía, se refieren a que un hecho que no esté tipificado en la Ley como delito, no puede conducir a la imposición de una pena, porque a todo hecho relacionado en la Ley como delito debe preverse expresamente la pena que le corresponda, en caso de su comisión. Tales principios son respetados en los preceptos mencionados, al

describir, el primero de ellos, el tipo penal respectivo, y el segundo, en los párrafos penúltimo y último, la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada. Así, la imposición por analogía de una pena, que implica también por analogía la aplicación de una norma que contiene una determinada sanción, a un caso que no está expresamente castigado por ésta, que es lo que proscribe el párrafo tercero del artículo 14 constitucional, no se surte en las normas impugnadas.¹⁵⁴

De lo anterior podemos concluir que para no romper o infraccionar al principio de legalidad en materia penal, es indispensable que junto a la descripción legal de la conducta antisocial deben estar claramente referidas las penas a aplicarse a dicha conducta, sin importar que éstas se encuentren en un ordenamiento distinto, siempre que de forma clara en la conducta típica se haga la respectiva remisión.

De igual manera operan los delitos que además de las penas de multa y de prisión contemplan la pérdida de algunos otros derechos como lo es en el delito de coalición previsto en el artículo 213 del Código Penal del Estado, el cual establece que comete este delito aquellos servidores públicos que se unan tomando medidas contrarias a una Ley, Decreto o Reglamento, para evitar su ejecución, o para hacer dimisión de sus puestos con el fin de impedir o suspender la Administración Pública en cualquiera de sus ramas, conducta que se encuentra penada en su diverso artículo 214 el cual establece que, además de las penas aplicables por los delitos que resulten cometidos, se les impondrán de dos a siete años de prisión, multa de treinta a trescientas cuotas y destitución e inhabilitación de dos a siete años para desempeñar un empleo, cargo o comisión públicos, en el que de igual

¹⁵⁴ Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. VI. Diciembre de 1997. Página: 217. Tesis: 1a./J. 46/97. Jurisprudencia. Materia(s): Penal, Constitucional.

manera la pérdida de esos derechos como pena, debe estar contemplada en la parte del Código donde se contiene descripción típica, como ocurre en este caso con la destitución e inhabilitación del servidor público culpable.

3.2.1.- LAS PENAS EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN.

De acuerdo al artículo 46, las sanciones aplicables por la comisión de delitos, son la prisión, la multa, el trabajo en beneficio de la comunidad, la Inhabilitación, suspensión y privación de derechos, la caución de no ofender, la amonestación, la publicación especial de sentencia, el confinamiento, la suspensión, disolución o intervención de sociedades; o prohibición de realizar determinados actos, la pérdida a favor del Estado, de los instrumentos del delito, cosas, bienes o valores provenientes directa o inmediatamente de su realización, así como de aquellos que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, sean de uso prohibido o lícito, la destrucción de cosas nocivas o peligrosas, las demás que fijen las Leyes; y la pérdida de los derechos de patria potestad o tutela, o derechos hereditarios o de alimentos, adicionalmente podrá ser condenado a la pérdida de tales derechos y continuarán vigentes los derechos hereditarios o de alimentos que la víctima tenga respecto del responsable del delito.

El artículo 48 establece que la prisión consiste en la privación temporal de la libertad, durante un lapso no menor de tres días ni Mayor de sesenta años, de acuerdo con las sanciones que se establezcan para cada delito; se cumplirá en los lugares o establecimientos que fijen las Leyes, los reglamentos o las autoridades administrativas, con la finalidad de ejercer sobre el interno una acción

de reinserción social.

La sanción de prisión produce la suspensión de los Derechos Políticos y los de tutela y curatela, y la facultad de ser Apoderado, Defensor, Albacea, Perito, Depositario o Interventor Judicial, Síndico, Interventor en Quiebras, Arbitro, Administrador y Representante de ausentes.

La multa, según su artículo 50 consiste en pagar al Estado la suma pecuniaria que se fije en la sentencia, y para la fijación del monto de la multa, el juzgador deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado.

El artículo 51 consagra la figura principal de nuestra investigación y lo define como la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al destinado al desarrollo de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que puedan exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

La inhabilitación, suspensión y pérdida de derechos, es de dos clases:

a).- La que por ministerio de Ley resulte de una sanción, como consecuencia necesaria de ésta y comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia; y

b).- La que por sentencia se impone como sanción, si se impone con otra sanción privativa de la libertad, comenzará al terminar ésta, y su duración será la señalada en la sentencia.

La inhabilitación consiste en la incapacidad decretada por el Juez para que un Servidor Público, excepción hecha de los altos Servidores Públicos de la Federación o de los Estados, pueda ocupar un cargo público de nombramiento o elección popular durante los términos que fije la Ley y que no será Mayor de seis años; La suspensión consiste en la privación temporal de los Derechos Civiles o Políticos que marca la Ley, por el lapso señalado en la misma, sin que pueda ser Mayor de seis años; y la pérdida de los Derechos Civiles o Políticos es la privación definitiva, en los casos especialmente señalados por la Ley.

La caución de no ofender consiste en la garantía que el Juez debe exigir al sentenciado, en los casos que proceda legalmente y lo estime conveniente, para que no cause un nuevo daño al ofendido, y que será fijada atendiendo a sus condiciones personales. Mientras que la amonestación consiste en la advertencia que el Juez hace al sentenciado sobre las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá la sanción que le corresponda como reincidente, en caso de que vuelva a delinquir, y podrá ser en público o en privado, según parezca prudente al Juez.

Por su parte, la publicación especial de sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno de los periódicos que circulen en la localidad, siendo el Juez quien escogerá el periódico y resolverá la forma en que debe hacerse la publicación, a costa del

delincuente o del ofendido, si éste lo solicitara, o del Estado, si el Juez lo estima necesario, se ordenará igualmente a título de reparación y a petición del interesado, cuando éste fuera absuelto, el hecho imputado no constituyera delito, o él no lo hubiere cometido.

El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del sentenciado, confinamiento que no podrá exceder de seis años.

El Juez podrá, con audiencia de la persona moral, aplicar las sanciones previstas en el inciso h) del artículo 46 o determinar la disolución extinguirá la persona moral, que no podrá volver a constituirse ni en forma encubierta, cuando algún miembro o representante cometa un delito con los medios que para tal objeto la misma entidad le proporcione, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, también podrá decretar su intervención, la cual consiste en remover a los Administradores de la Persona Moral, encargando su función temporalmente a un interventor designado por el Juez, y cesará cuando los órganos de la empresa substituyan a las personas que habían cometido el hecho delictuoso, pudiendo los Jueces convocar a la celebración de las asambleas o reuniones señaladas por la Ley, incluso pudiendo prohibirles la realización de determinadas operaciones, según lo amerite el caso.

En los casos de delitos dolosos, se decretará la pérdida en favor del Estado, de los instrumentos con que se cometan, respetando desde luego los derechos de terceros.

De lo anterior observamos que a grandes rasgos expusimos lo que le Código Penal del Estado de Nuevo León establece respecto a las penas.

3.3.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Esta figura se ha definido como la privación de algún bien jurídico (generalmente la libertad) que se impone al autor de un hecho típico y antijurídico, aunque no sea culpable, siempre que sea peligroso, (medida de seguridad pos delictiva), si la medida se basa en la pura peligrosidad, aunque no se haya cometido ni siquiera un hecho típico y antijurídico, se le denomina medida de seguridad pre delictiva.¹⁵⁵

Las medidas de seguridad son disposiciones contempladas en la Ley y son aplicadas por un Juez competente, cuya finalidad es la de evitar la comisión de delitos, siendo de esta manera su fin de carácter preventivo y curativo.¹⁵⁶

Las medidas de seguridad consisten en especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social o su segregación de la misma, a diferencia de las medidas preventivas, las medidas de seguridad recaen sobre la peligrosidad postdelictual, y en consecuencia solamente pueden ser impuestas por razón de delito, en sentencia judicial y de igual manera que la pena, debe ir acompañada de todo género de garantías tratando de evitarse todo posible peligro de arbitrariedad.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Segunda Edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá. 1999. Pág. 184.

¹⁵⁶ López Betancourt Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Decimoprimer Edición. México D. F. 2003. Pág. 270.

López Betancourt¹⁵⁸ clasifica a las medidas de seguridad en personales y patrimoniales, describiendo a las primeras como aquellas que van dirigidas a cambiar la conducta del individuo y éstas pueden ser detentivas, no detentivas y correctivas, las medidas patrimoniales son aquellas que surten sus efectos disminuyendo el patrimonio del inculgado.

Las detentivas son las que suprimen la libertad de movimiento del individuo como pudiera ser su remisión a colonias agrícolas o a centros de salud mental, mientras que las no detentivas, como su nombre lo indica, no suprimen la libertad de movimiento del individuo, solo la disminuyen, como pudiera ser en la prohibición de concurrir a ciertos lugares, mientras que las correctivas llevan un fin educacional como pudiera ser la asistencia a una escuela de trabajo.¹⁵⁹

A la imposición de las medidas de seguridad, ya sea en una norma por la autoridad legislativa, como en un sentencia emitida por una autoridad judicial, al igual que la imposición de cualquiera de las penas contempladas en los Códigos, es evidente que le deben resultar aplicables todos los principios que rigen a las penas, los cuales quedaron precisados en la parte final del Capítulo Segundo de esta investigación.

Hay quienes establecen que las medidas de seguridad y las penas son sinónimos, algunos otros como Roxin, establecen diferencias entre las mismas, tan es así que hasta considera que el nombre correcto del Derecho Penal debe ser suprimido por el de Derecho Penal y de medidas.

¹⁵⁷ Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Editora Nacional. Novena Edición. México. 1976. Pág. 590.

¹⁵⁸ López Betancourt Eduardo. *Op. Cit.* Pág. 270.

¹⁵⁹ *Ídem.*

Los primeros sostienen que si una medida de seguridad complementa a una pena, pues es en esencia una pena y no una medida de seguridad complementaria de ésta, por lo tanto pena y medida son sinónimos.

Se trata, para Ferrajoli, de un sistema sancionador dual o de doble vía, el cual se funda en la aplicación conjunta de penas y de medidas de seguridad, en el que las segundas se diferencian de las penas porque tienen un diferente presupuesto que no siempre es la comisión del delito, como ocurre con aquellas, sino porque se califica a la persona como socialmente peligrosa por ser probable que cometa cualquier delito futuro, se trata de medidas de defensa social, más parecidas a las medidas de prevención que a las penas, y refuerzan el paradigma constitutivo que da la relevancia a la naturaleza del sujeto desviado más que a su comportamiento, llegan a ser una duplicación de las penas, pues se añaden a las que se aplican e incluso, sustituyen las penas en los casos en que el sujeto es declarado inimputable, sostiene que son más aflictivas cuando su duración es indeterminada.¹⁶⁰

Su origen e impulso se da por la legitimación ideológica de la escuela positiva o antropológica del Derecho Penal, la cual sustituyó la responsabilidad por la peligrosidad y consideró al delito como síntoma de patología psicosomática, que como tal debe ser tratado y prevenido, más que reprimido, con medidas pedagógicas y terapéuticas dirigidas a neutralizar su etiología.

En la exposición de motivos del Código Rocco, sigue manifestando el autor, se definían como medios de prevención

¹⁶⁰ Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 778.

individual de la delincuencia, integradores de los medios represores de lucha contra la criminalidad en general, y de la pena en particular, y se justificó su creación por la necesidad de nuevos y más adecuados medios de lucha contra las agresiones al orden jurídico, a utilizarlas cuando las penas sean, por si solas, insuficientes para ese objetivo o cuando falten los presupuestos y condiciones de su aplicabilidad.¹⁶¹

Para Cerezo Mir, la aplicación de una medida de seguridad requiere en primer lugar que se haya cometido un hecho previsto como delito, pero que no pueda ser declarado culpable por el padecimiento de una anomalía psíquica, es decir, que su conducta sea típica antijurídica, por lo que al ser inimputable no puede obrar culpablemente, establece que las medidas de seguridad, en cuanto a la proporción de su duración y de su aplicación, no deben guardar relación con la gravedad de la infracción penal cometida, sino con la gravedad de las infracciones cuya comisión aparezca como probable en el futuro, es decir, con la peligrosidad del delincuente.

El referido en un segundo término considera que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de la comisión de nuevos delitos, es decir, que se le aprecie una peligrosidad criminal.

La finalidad que el Derecho Penal debe buscar en la medida de seguridad no es la curación, nos dice este autor, sino la eliminación de la peligrosidad.¹⁶²

Es conveniente precisar que no deben confundirse las

¹⁶¹ *Ídem.*

¹⁶² Cerezo Mir José. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe Argentina. 2001. Pág. 488-491.

medidas de seguridad con todas aquellas medidas que en función de la prevención emiten las autoridades estatales para tratar de prevenir la delincuencia.

En efecto, hay que recordar que las medidas de seguridad van encaminadas a un sujeto en específico, mientras que los programas o medidas preventivas del delito van dirigidas a la colectividad, el sujeto es peligroso, el grupo social en conjunto no lo es, por ello vale hacer la distinción.

Como podemos ver, las medidas de seguridad no están contempladas en los Códigos exclusivamente para los inimputables, como se perciben en un ámbito general, sino que las mismas también le resultan aplicables a los imputables, pues en muchos de los casos constituyen un complemento a las penas de prisión y de multa, incluso, pueden llegar a ser sustitutivos de la primera.

3.3.1.- LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN.

En nuestro Código Penal del Estado, dentro de las sanciones penales se encuentran las denominadas medidas de seguridad, que también se les cataloga como consecuencias jurídicas del delito y se encuentran contempladas en los artículos 86 en las disposiciones generales del Libro Primero Título Quinto, Capítulo I, el cual establece que son medidas de seguridad la internación y curación de psicóticos y enfermos mentales, la internación y educación de sordomudos, la internación y curación de farmacodependientes, alcohólicos, perversos sexuales e inadaptados, el tratamiento integral dirigido a la rehabilitación médico-psicológica; y las medidas de

vigilancia en la forma y términos que señale la Ley.

Sostiene en su artículo siguiente que Las medidas de seguridad, tendientes a lograr la readaptación o rehabilitación, serán decretadas por el Juez y por las autoridades administrativas en los casos en que el sujeto se encuentre cumpliendo la sentencia respectiva.

A su vez la legislación las clasifica en curativas, de internación y de vigilancia, siendo las primeras las que consisten en la sujeción al tratamiento terapéutico que corresponda, y se aplicará en establecimientos especiales o en secciones adecuadas.

Las de internación consistirán en el sometimiento a un régimen de trabajo y educación y se aplicarán en los Institutos que al efecto organice el Estado, mientras que las medidas de vigilancia consistirán en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él; la prohibición de concurrir a determinados lugares; la obligación de presentarse a las Organizaciones Especiales encargadas de vigilancia; la obligación de abstenerse de ingerir bebidas alcohólicas y abstenerse del empleo de sustancias estupefacientes o que produzcan adicción; así como abstenerse de conducir vehículos automotores que requieran licencia para su conducción.

Las medidas curativas se aplicarán por el tiempo que duren las medidas de seguridad impuestas.

En los casos en que se trate de alcohólicos, fármaco dependientes, perversos sexuales e inadaptados, se procurará que el tratamiento que se siga en relación con estos sujetos sea de aquellos que tengan el carácter de curativo, por lo que se refiere al alcoholismo

y a la fármacodependencia.

Podemos definir a las medidas de seguridad como aquellas consecuencias jurídicas que se contemplan en la Ley penal, para aplicarse a las personas que se considera peligrosas, pero siempre y cuando hayan realizado algunas de las conductas que se señalen como delito, pues no aplicarse fuera de estos términos violenta los derechos fundamentales de quien se le apliquen.

El Código de Procedimientos Penales del Estado, en su artículo Primero, inciso B), regula el procedimiento Especial relativo a los enfermos mentales y sordomudos, mismo que consta de las siguientes etapas:

I.- Preparación de la acción penal, con el fin de que el Ministerio Público, ajustándose a las disposiciones respectivas, esté en condiciones de obtener el cumplimiento de la pretensión investigadora del Estado, auxiliándose en su caso de la autoridad judicial.

II.- Preparación del proceso, que comprende del auto de radicación al de apertura del procedimiento especial. En esta etapa se resolverá la situación jurídica del inculpado.

III.- Primer etapa del procedimiento especial, comprende lo relativo al ofrecimiento y desahogo de pruebas para la resolución acerca de la inimputabilidad o no de la persona.

IV.- Segunda etapa del procedimiento especial, comprende lo relativo al ofrecimiento y desahogo de pruebas para la resolución sobre la participación o no del inimputable en los hechos que se le atribuyen.

V.- La actuación del Tribunal Superior de Justicia del Estado, cuando efectúen diligencias y autos tendientes a resolver los recursos y el pronunciamiento de las sentencias que procedan; y

VI.- Ejecución, que comprende el lapso entre el momento que cause ejecutoria la sentencia dictada, hasta la extinción de las medidas de seguridad impuestas.

Pudiera darse el caso que una persona imputable al estar siendo procesada pierda su capacidad de ser imputable para convertirse en inimputable, para lo cual los artículos 487 y 488 del Código de Procedimientos Penales del Estado establecen que inmediatamente que se advierta en cualquier etapa del procedimiento, que la persona o personas involucradas en la comisión de un hecho delictuoso, presenten signos de inimputabilidad por causas de psicosis, retraso mental o sordomudez, el Ministerio Público ejercerá acción penal cuando se encuentre en el período de averiguación previa, a efecto de que el Juez resuelva la situación jurídica, y en el caso en que se haya pronunciado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el Juez suspenderá el procedimiento y ordenará de oficio a petición del Ministerio Público, o de la defensa, la apertura del procedimiento especial, que se establece en el Capítulo Único del Título Décimo, denominado procedimiento relativo a los enfermos mentales y sordomudos.

Dicho procedimiento, de acuerdo a lo que disponen los artículos 489 a 492 de la Ley adjetiva citada, constará de dos etapas, y en ellas se dará plena intervención a las partes, siendo que la representación legal del indiciado o probable responsable, correrá a

cargo del defensor designado en autos y del tutor especial, que para tal caso deberá designar inmediatamente el Juez del proceso.

Tratándose de juicios orales, el Juez de Preparación de lo Penal practicará las actuaciones correspondientes a la primera etapa y dictará la resolución y procederá de igual forma en lo relativo a la segunda etapa del procedimiento especial en caso de que la resolución determine que el sujeto es inimputable.

La primera etapa tiene por objeto recabar todas las pruebas necesarias y las que ofrezcan las partes, para que el Juez esté en aptitud de resolver si se está ante un enfermo mental por psicosis, retraso mental o ante un sordomudo, para ello, se hará la declaratoria de apertura del procedimiento especial y se notificará a las partes y al tutor, los que dispondrán de cinco días comunes, contados desde el siguiente a la notificación, para ofrecer pruebas, que se desahogarán dentro de los treinta días siguientes y el mismo plazo regirá respecto de las pruebas que el Juez estime pertinentes.

Desahogadas las pruebas, el Juez pronunciará resolución dentro de los quince días siguientes a la recepción de la última prueba exclusivamente sobre la imputabilidad.

En caso de que la resolución determine que se está en presencia de un inimputable, el Juez dictará un auto en el que declare la apertura de la segunda etapa del procedimiento especial, se notificará a las partes y al tutor y se abrirá el período de pruebas, para precisar si el inculpado realizó o no la conducta que se le atribuye, y para tal efecto se abrirá un período de ofrecimiento y desahogo de pruebas para las partes y el tutor, plazo que será de cinco días comunes, desahogadas las pruebas ofrecidas, dentro de un plazo de

quince días, se dictará resolución que versará sobre la participación o no del inimputable en los hechos que se le atribuyen.

En caso de que se compruebe que el inimputable participó en los hechos, procederá el Juez a imponerle la medida de seguridad, aplicando en lo conducente los artículos 95 y 96 del Código Penal, si se comprueba que el inimputable no participó en los hechos, se decretará el sobreseimiento, poniéndolo en libertad, y recomendando a sus familiares someterlo a tratamiento curativo, o internarlo en su caso.

Si la resolución del Juez es en el sentido de que el sujeto es imputable, cerrará el procedimiento especial, y se abrirá el procedimiento común.

Con lo expuesto se aprecia claramente como para esta figura en nuestro Estado.

3.4.- LA REPARACIÓN DEL DAÑO COMO TERCER VÍA DEL DERECHO PENAL.

El denominado modelo dual o sistema de doble vía del Derecho Penal, el cual se refiere a la pena y a la medida de seguridad como medios de reacción del Estado frente a la criminalidad ha sido cuestionado, ya que actualmente existe una fuerte corriente que sostiene que debe o puede ser modificado a través de la inclusión de la reparación de daño a la víctima como una tercer vía para resolver los conflictos penales, sin que haya la necesidad de que se haga un uso drástico de algunas de las penas que actualmente se utilizan como la de la pena de prisión, multa etc.

Sobre el tema Roxin,¹⁶³ quien además es uno de sus principales promotores, menciona que es posible convertir a la pena de la reparación del daño en un tercer tipo de sanción, junto a la pena y la medida de seguridad en el Derecho Penal, para que se convierta en la conocida como “tercera vía de Derecho Penal”, quien sostiene que con esta incorporación los intereses de la víctima se ven mejor atendidos que con una pena privativa de libertad o multa que con frecuencia hacen fracasar la reparación del daño, y con ello se puede prescindir de la pena en los casos que se castigan con penas muy leves frente a una reparación total del daño, y en los casos graves, la reparación del daño podría generar que la ejecución de la pena sea condicional u obtenga una atenuación obligatoria.¹⁶⁴

Según la concepción apuntada, sigue refiriendo Roxin, la reparación del daño ya no es una figura exclusiva del derecho civil ya que aporta cuestiones esenciales para el logro de los fines de la pena, ya que tiene un efecto resocializador al obligar al autor a enfrentarse con las consecuencias de su hecho y a conocer los intereses legítimos de la víctima, aunado a que es muy útil para la prevención de la integración (contenido de la norma en su etapa de creación legislativa) ya que es una importante aportación para la recuperación de la paz jurídica.¹⁶⁵

De igual forma esta figura de la reparación puede llegar a conducir a una reconciliación entre la víctima y el autor del delito, lo que facilitaría la reintegración del culpable al núcleo social, además de que

¹⁶³ Refiere el autor que a la fecha se presenta la tercera vía no como una realidad, sino como un programa, para lo cual y con la finalidad de que lo mismo llegue a considerarse como una realidad, el legislador debe tomar en cuenta de una forma totalmente diferente el sistema actual de sanciones.

¹⁶⁴ Roxin Claus, Beloff Mary, Magariños Mario, Ziffer Patricia S., Bertoni Eduardo A., Ríos Ramón T. *Determinación Judicial de la Pena*. Editores del Puerto. Buenos Aires 1993. Pág. 48.

¹⁶⁵ *Ídem*. Pág. 49.

la reparación del daño sería una forma de eliminar la perturbación social originada por el delito.¹⁶⁶

Con esto, se ha dejado atrás la constante de que siempre se había estudiado y analizado unilateralmente al delito, esto es, desde el punto de vista del delincuente y ha dejado de lado la personalidad de la víctima, pues históricamente, incluso la criminología, ha estudiado al autor del delito, quien es?, su accionar delictivo, su peligrosidad, la criminología ha elaborado teorías sobre las causas que llevan a delinquir, ha realizado interpretaciones sociales, psicológicas de violencia, pero en todos los estudios la víctima del delito no había sido considerada, pero actualmente la víctima ha dejado de ser objeto de marginación y de ocultamiento,¹⁶⁷ lo que además se demuestra con el nacimiento de la victimología y las reformas a nuestro artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos..

La legitimación político jurídica de la reparación del daño para que pueda ser considerada como la tercer vía del Derecho Penal se encuentra en la subsidiariedad ya que, al igual que la medida de seguridad complementa o sustituye la pena como una segunda vía, esta tercer vía entrará en acción en los casos en que la reparación del daño satisfaga los fines de la pena o las necesidades de la víctima de igual o mejor forma que una pena no atenuada.¹⁶⁸

Esta reparación a la víctima, consiste en la posibilidad de atenuación o incluso, la posibilidad de la substitución de la pena, por una consecuencia jurídica diferente, más acorde a la entidad del delito cometido, y más adecuada al fin preventivo que persigue el Derecho

¹⁶⁶ Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997. Pág. 109.

¹⁶⁷ Marchiori Hilda. *Criminología. La Víctima del Delito*. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 2002. pág. 1.

¹⁶⁸ *Ídem*.

Penal, su propuesta radica en que si bien es cierto que se trata de una figura que reviste algunas características del derecho privado (carácter civil), siendo ésta su diferenciación principal con las penas y las medidas de seguridad que pertenecen al ramo del derecho público (carácter penal), se considera que es, al menos en su propuesta, un instrumento idóneo de solución de conflictos penales, es decir, de prevención de delitos futuros pasando a ser una institución funcionalmente penal.¹⁶⁹

En otras palabras, la reparación del daño a la víctima es una institución de origen del derecho privado, pero que puede ser aplicada al Derecho Penal cuando los fines preventivos de la pena se muestran, en supuestos concreto, difícilmente alcanzables, esto es, cuando la imposición de la pena o de la medida de seguridad resulte contraproducente en relación a los fines preventivos que el sistema penal persigue.¹⁷⁰

Esta institución de la reparación del daño a la víctima estimo que a la fecha es una institución fundamental del Derecho Penal,¹⁷¹ el cual no puede prescindir de ella, y comparto la opinión de

¹⁶⁹ Polaino Navarrete Miguel. *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 2001. Pág. 166.

¹⁷⁰ *Ídem*.

¹⁷¹ Mediante Decreto Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 21 de Septiembre del año 2000, se agregó al artículo 20 Constitucional un apartado B que eleva a rango Constitucional los derechos de las víctimas, mismo que mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de Junio del año 2008, el texto del apartado C del artículo 20 Constitucional actualmente dice lo siguiente: C. De los derechos de la víctima o del ofendido: **I.** Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y, cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal; **II.** Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la investigación como en el proceso, a que se desahoguen las diligencias correspondientes, y a intervenir en el juicio e interponer los recursos en los términos que prevea la Ley. Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa; **III.** Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia; **IV.** Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño, sin menoscabo de que la víctima u ofendido lo pueda solicitar directamente, y el juzgador no podrá absolver al

que es una figura útil y efectiva del Derecho Penal que resuelve muchos de los problemas que al mismo se le plantean.

La atención de la víctima, sus derechos, sus necesidades y su trascendencia dentro del drama penal en nuestro país, destaca en las reformas que nuestra Carta Magna, las cuales por fin elevaron a rango constitucional la protección de los derechos de las víctimas u ofendidos por el delito.¹⁷²

Desde el punto de vista de la Criminología surge la Victimología, que es una disciplina que plantea otro aspecto del difícil problema de la violencia, el referido a las personas que sufren el delito, ya que existía un desconocimiento de su problemática, del dolor que experimenta la víctima ante el delincuente y ante la reacción social institucional-social, rompiendo con la constante de la Criminología de analizar unilateralmente al delito desde el punto de vista del delincuente sin tomar en cuenta la personalidad de la víctima, tratando de evitar que la víctima siga siendo objeto de marginación y de ocultamiento.¹⁷³

Creo que la naturaleza la reparación del daño a la víctima no pudiera modificarse por el simple hecho de que el legislador le de

sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. La Ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño; **V.** Al resguardo de su identidad y otros datos personales en los siguientes casos: cuando sean menores de edad; cuando se trate de delitos de violación, secuestro o delincuencia organizada; y cuando a juicio del juzgador sea necesario para su protección, salvaguardando en todo caso los derechos de la defensa. El Ministerio Público deberá garantizar la protección de víctimas, ofendidos, testigos y en general todas los sujetos que intervengan en el proceso. Los Jueces deberán vigilar el buen cumplimiento de esta obligación; **VI.** Solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos, y **VII.** Impugnar ante autoridad judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, no ejercicio, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño.

¹⁷² Villanueva Castilleja Ruth. Labastida Días Antonio. *La Procuración de Justicia al Servicio de la Víctima del Delito*. Ediciones Delma. México. 1999. Pág. 1.

¹⁷³ Marchiori Hilda. *Criminología. La Víctima del Delito*. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México 2002. Pág. 1.

funciones penales en las Leyes respectivas, sino que la naturaleza de la misma podrá concebirse, desde la óptica penal, una vez que se implemente en el marco legal y que se pruebe su eficacia al materializarse su aplicación, eficacia que debe ser valorada desde ópticas preventivas especiales, ya que se corre el riesgo de que desde el punto de vista preventivo general, se llegue a reducir la pena de tal manera que se preste a imitaciones por parte de otros miembros de la sociedad por no tomarse en serio como lo refiere Roxin, y resultar común que la conducta antisocial se realice a expensas de que no se le descubra y en caso de que así sea, reparando el daño no habría ningún tipo de consecuencias jurídico penales.

Lo anterior a dado lugar a la creación de la denominada justicia conciliativa o conciliadora, justicia transformadora, justicia reparativa, justicia reparadora, justicia reintegrativa o justicia restitutiva, cuya definición correcta sigue siendo debatida por diversos autores y modelos de sistemas penales de diversos países, lo que importa, para efectos de este punto, es su surgimiento y no tanto por el momento su denominación correcta, por lo que nos limitaremos a exponer dos de su definiciones para finalizar el presente punto.

Para el autor italiano Ceretti, la justicia restaurativa es el paradigma de una justicia que comprende la víctima, el imputado, y la comunidad en la búsqueda de soluciones a las consecuencias del conflicto generado por el hecho delictuoso con el fin de promover la reparación del daño, la reconciliación entre las partes y el fortalecimiento del sentido de seguridad colectivo.¹⁷⁴

¹⁷⁴ Kemelmajer Aída. *En Búsqueda de la Tercer Vía. "La Justicia Restaurativa". Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Penal. Tomo I.* Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005. Pág. 274.

Para Marshall, la justicia restauradora es un proceso en el que todas las partes implicadas en un determinado delito, resuelven colectivamente como manejar las consecuencias del delito y sus implicaciones para el futuro.¹⁷⁵

3.4.1.- LA EJECUCIÓN DE LA REPARACIÓN DEL DAÑO EN EL ESTADO DE NUEVO LEÓN.

La reparación del daño es la restitución de la cosa obtenida por el delito y, de no ser posible, el pago del precio de aquélla, la indemnización del daño materia o moral causado incluye el pago de los tratamientos psicoterapéuticos y curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la reparación de la salud de la víctima y el resarcimiento de los perjuicios ocasionados.¹⁷⁶

Nuestro Código Penal establece que toda persona responsable de un hecho delictuoso, lo es también por el daño y perjuicio causado por el mismo y esta figura se encuentra regulada en sus artículos 141 a 148.

Por lo que se refiere a la ejecución de la sentencia, en lo relativo a la reparación del daño y perjuicio, a cargo del delincuente, corresponde al Juez del proceso previa solicitud de la víctima o del ofendido.

Atento a lo dispuesto por los artículos 516 al 516 bis 2 del Código de Procedimientos Penales del Estado, la autoridad concederá al sentenciado un término de tres días hábiles para que

¹⁷⁵ *Ídem*. Pág. 275.

¹⁷⁶ Amuchategui Requena Griselda. Villasana Díaz Ignacio. Diccionario de Derecho Penal. Segunda Edición. Editorial Oxford. México. 2006. Pag.149.

voluntariamente cumpla la condena al pago de la reparación del daño y perjuicio; en caso de incumplimiento y si la condena fuese la restitución de la cosa obtenida por el delito, el Juez dictará las providencias necesarias para restituir a la víctima u ofendido en el goce de sus derechos.

Si la condena fuese el pago de la reparación del daño y perjuicio, el Juez decretará el embargo de bienes propiedad del procesado que sean suficientes para cubrir el pago, si hubiere garantía otorgada por el inculcado o por terceras personas, por concepto de la reparación del daño y perjuicio, y la misma bastara para cubrir la condena por este concepto, el Juez procederá a hacerla efectiva mediante su entrega a la persona a cuyo favor se condenó al acusado al pago de la reparación del daño y perjuicio.

En el caso en que resultase insuficiente, el Juez se la entregará y acordará el embargo de bienes propiedad del sentenciado hasta por la cantidad faltante del total de la reparación del daño y perjuicio a que hubiere sido condenado.

El depósito recaerá en la víctima o el ofendido, o en la persona que éste designe, a quien se le entregarán los bienes previa aceptación del cargo y protesta de su fiel y legal desempeño, quedando exceptuados de embargo los bienes que establece el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León.

En el caso en que el condenado hiciera el pago llana de lo reclamado, el procedimiento de ejecución se suspenderá, en cuyo caso se levantará el embargo trabado en los bienes, procediendo a su devolución.

Tratándose de bienes inmuebles, el Juez de oficio procederá a su valorización, para lo cual girará oficio al Director de Catastro o a las autoridades que tengan estas funciones para la valuación del o de los inmuebles, y tratándose de bienes muebles la valuación será realizada por los peritos que soliciten las partes, los cuales serán designados de conformidad a las reglas establecidas en el Capítulo respectivo del presente Código.

De así requerirse, el Juez designará el perito, consultando primeramente en la lista de los peritos del Tribunal Superior de Justicia, y posteriormente, en caso de ser necesario, en la lista de la Procuraduría General de Justicia del Estado.

En el caso de los inmuebles, adicionalmente se girará oficio al Director del Registro Público de la Propiedad y del Comercio a fin de que remita certificado de gravámenes de los últimos diez años, si existen acreedores, se les citará personalmente para que comparezcan a deducir sus derechos.

Los bienes embargados serán vendidos en pública subasta, mediante la publicación de un edicto en el boletín judicial y otro en los estrados del juzgado, por lo que el Juez señalará fecha y hora precisa para su celebración, convocando a postores, quienes presentarán el certificado de depósito que cubra el diez por ciento del valor de los bienes dados en remate como requisito para ser aceptados como postores, el Juez pasará la lista de postores y rechazará a los que no reúnan dicho requisito.

La víctima u ofendido pueden participar como postores sin necesidad de exhibir el certificado mencionado.

En el orden en que se presentaron los postores harán públicamente su postura, pudiendo pujar y mejorarla, y el Juez fincará el remate a favor de la postura Mayor.

No habiendo postor quedará al arbitrio del ejecutante pedir en el momento de la diligencia que se le adjudiquen los bienes por las dos terceras partes del precio que sirvió de base para el remate o que se saquen de nuevo a pública subasta con rebaja del diez por ciento de la tasación.

Esta segunda subasta se anunciará y celebrará en igual forma que la anterior.

Para decretar adjudicados los bienes, el adjudicatario deberá exhibir mediante certificado de depósito dentro de los tres días siguientes, la diferencia entre el depósito presentado a efecto de ser aceptado como postor y el precio en que se fincó el remate.

En lo no previsto, el Juez se ajustará a las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles del Estado y las resoluciones dictadas en ejecución de sentencia para la reparación del daño y perjuicio no admiten recurso alguno.

Por su parte en el Código Procesal Penal lo relativo a la reparación del daño nos menciona en sus artículos 11, 98, 99, 12, inciso c fracción III, 135, 324, 326, 341, 388 a 394 y en lo relativo a la ejecución de la reparación del daño menciona del los artículos 479 a 488 que el Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima u ofendido del delito en todas las etapas del proceso penal y que por su parte, el Juez o Tribunal garantizará conforme a la Ley la vigencia de sus derechos durante el proceso y que el Ministerio Público deberá

promover durante el curso del proceso acuerdos reparatorios, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima u ofendido.

Se refiere a que la reparación del daño a cargo del imputado será exigible por el Ministerio Público, la víctima u ofendido o por el acusador privado, en su caso, dentro del mismo proceso penal, y que la víctima u ofendido podrá reclamar esa prestación en el proceso penal conforme lo dispone el Código o por la vía civil.

Así mismo, podrá acudir a la vía civil cuando en el proceso penal se haya dictado sentencia absolutoria o sobreseimiento en favor del imputado.

El momento para exigirla es en la audiencia de Juicio Oral, pues tiene el derecho a que se le repare el daño causado por el delito, pudiendo solicitarlo directamente al Juez, sin perjuicio de que él lo solicite; dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la acusación, la víctima u ofendido podrá reclamar la reparación de daños y perjuicios contra el imputado y contra terceros obligados.

La demanda de reparación de daños y perjuicios exigibles a terceros deberá presentarse por escrito y contener la identificación del imputado y de su defensor, el nombre y domicilio de los terceros demandados y el vínculo de éstos con el imputado, las pretensiones de la víctima u ofendido, los hechos en que basa su demanda; y los medios de prueba que ofrezca para ser desahogados en la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño.

Una vez agotado el debate entre las partes, el Juez decretará el cierre de la audiencia intermedia y dictará el auto de

apertura del juicio oral, el cual deberá contener entre otras cosas las pruebas que deberán producirse en el juicio oral y las que deban de desahogarse en la audiencia de individualización de las sanciones y de reparación de daño.

En caso de que se condene al imputado por algún delito materia de la acusación, en la misma audiencia se señalará fecha en que se celebrará la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño y demás consecuencias derivadas del delito, dentro de un plazo que no podrá exceder de cinco días.

Las partes, con aprobación del Tribunal, podrán renunciar a la celebración de la audiencia de individualización de sanciones y reparación del daño y demás consecuencias derivadas del delito y exponer sus argumentos sobre esos temas después de comunicado el resolutivo de condena y antes de cerrar la audiencia. En este caso, el Tribunal citará a una audiencia de explicación resumida de la sentencia condenatoria en donde serán aplicables, en lo conducente, las reglas previstas para la audiencia en el caso de sentencia absolutoria.

La fecha de la audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño y demás consecuencias derivadas del delito se le notificará, en su caso, a la víctima u ofendido y se citará a ella a quienes deban comparecer a la misma y deberán concurrir necesariamente el Ministerio Público, el imputado y su defensor.

La víctima, ofendido o el tercero civilmente demandado, podrán comparecer por sí o por medio de su representante o apoderado legal. Sin embargo, la audiencia no se suspenderá en caso de que éstos últimos no comparezcan personalmente o por medio de apoderado a pesar de haber sido legalmente citados.

Abierta dicha audiencia se le dará el uso de la palabra al Ministerio Público para que manifieste lo pertinente respecto a la individualización de las sanciones cuya imposición solicitó, acerca del daño provocado por el delito y su monto.

Enseguida, se le dará el uso de la palabra a la víctima u ofendido para que exponga lo conveniente respecto a los citados temas. Posteriormente, la defensa del imputado y, en su caso, el tercero civilmente demandado, expondrán los argumentos que funden sus peticiones y los que consideren conveniente exponer con relación a lo expuesto por el Ministerio Público y la víctima u ofendido.

Expuestos los alegatos iniciales de las partes, se procederá al desahogo de las pruebas debidamente admitidas, del Ministerio Público, víctima u ofendido, defensa y en su caso, del tercero civilmente demandado, en este orden. En el desahogo de los medios de prueba serán aplicables las normas relativas al juicio oral.

Desahogadas las pruebas, las partes harán sus alegatos finales. Expuestos éstos, el Juez en un plazo que no podrá exceder tres días procederá a dar lectura de la sentencia condenatoria y éstas se pronunciarán siempre en nombre del Estado de Nuevo León, y contendrán la mención del Tribunal y la fecha de su emisión, la identificación de la víctima u ofendido, y del imputado, la enunciación breve de los hechos y circunstancias que fueron objeto de la acusación en su caso, los daños y perjuicios reclamados, la pretensión reparatoria y las defensas del imputado, la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se probaron y la valoración de las pruebas que fundamentan dichas conclusiones, las razones que sirvieron para calificar jurídicamente cada uno de los

hechos y sus circunstancias, así como para fundar la resolución, la resolución que condene o absuelva a cada uno de los imputados por cada uno de los delitos que la acusación les atribuyó, en caso de que la sentencia fuere condenatoria, la fijación de la pena, de la reparación de los daños y perjuicios, así como el monto, en su caso, de las indemnizaciones a que hubiere lugar y la firma de quienes hayan intervenido en la resolución.

Por lo que se refiere a la ejecución, el Código nos dice que la sentencia que condene a restitución, indemnización o reparación de daños y perjuicios, cuando no sea inmediatamente ejecutada o no pueda serlo por simple orden del Tribunal que la dictó, se ejecutará por el interesado ante el Juez de Ejecución y que la responsabilidad civil por reparación del daño y perjuicio, no podrá declararse sino a instancia de la parte ofendida, contra las personas que determina el Código Penal para el Estado de Nuevo León.

Menciona que en el escrito que inicie el incidente, se expresarán sucintamente y numerados, los hechos o circunstancias que hubieren originado el daño y perjuicio, y se fijará con precisión la cuantía de éste, así como los conceptos por los que se demande, y con el escrito y los documentos que se acompañen, se dará vista al demandado por un plazo de tres días, transcurrido el cual se abrirá a pruebas el incidente por el plazo de quince días, si alguna de las partes lo pidiere.

No compareciendo el demandado o transcurrido el período de prueba en su caso, el Juez, a petición de cualquiera de las partes, oirá dentro de tres días, en audiencia, lo que éstas quisieran exponer para fundar sus derechos, y en la misma audiencia declarará cerrado el

incidente, que fallará al mismo tiempo que el proceso o dentro de ocho días, si en éste ya se hubiere pronunciado sentencia.

Cuando la parte interesada en la responsabilidad civil, no promoviere el incidente a que se refiere el presente capítulo, después de fallado el proceso respectivo podrá exigirlo por demanda puesta en la forma que determine el Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, según fuere la cuantía del negocio, y ante los Tribunales del mismo orden y que el fallo condenatorio en este incidente será apelable en ambos efectos, pudiendo interponer el recurso las partes que en él intervengan. Si el fallo fuere absolutorio, la apelación será en el efecto devolutivo.

La sentencia condenatoria será ejecutada por el propio Juez de Ejecución, que deberá ajustarse a las disposiciones sobre ejecución de sentencia del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León y que cuando en la sentencia se ordene el decomiso de algún objeto, el Tribunal le dará el destino que corresponda según su naturaleza, conforme a las normas que rigen la materia, mientras que las cosas aseguradas no sujetas a decomiso, restitución o embargo, serán devueltas a quien se le aseguraron, inmediatamente después de que la sentencia cause ejecutoria y que si fueron entregadas en depósito provisional, se notificará al depositario la entrega definitiva, mientras que las cosas aseguradas que sean propiedad del condenado podrán ser retenidas en garantía del pago de daños y perjuicios.

Finalmente dispone que si se suscita controversia sobre la restitución o su forma, se dispondrá que los interesados acudan a la jurisdicción civil.

De lo antes expuesto podemos darnos una idea de cómo

opera en nuestro Estado esta denominada tercer vía del Derecho Penal, pues vimos tanto su concepto como su ejecución.

Sobre las sanciones penales que se mencionan en este capítulo, la que nos interesa para los fines de esta investigación, son las primeras de las mencionadas o sea las penas, por lo que nuestro siguiente capítulo se encargará de analizar y exponer sus aspectos más importantes y que sean trascendentes para los fines que nuestra investigación persigue.

Con lo anterior, y si bien se trata de una descripción de la penas, no podemos dejar de concluir que con ello se da cumplimiento a publicitar el desarrollo y contenido de las mismas, lo que ocasiona que al menos la sociedad sepa que se hace para escuchar y atender su reclamo de justicia, y que también sepa que se hace algo por solucionar los problemas que expresa y que la sociedad no piense que no tiene respuesta, ya que se insiste, de nada sirve enfrentar la existencia de los problemas mencionados a través de investigaciones, reformas, cambios, etc, y no ponerlo a los ojos de la sociedad.

Íntimamente relacionado con lo anterior, se sigue a su vez la pauta del programa de difusión de la cultura jurídica que hace el Poder Judicial Federal, quien brinda a la población información accesible de nuestras instituciones y su funcionamiento para reforzar entre la sociedad la cultura plena de la legalidad y consolidar el estado de derecho.

Finalmente asumo la parte de la responsabilidad que como operador del derecho me corresponde para con el Estado y para con la sociedad, de tratar de solucionar, o al menos aminorar, los diversos problemas detectados en el sistema penal local, lo que estimo

se lograría a través de un trabajo conjunto entre nosotros, incluyendo desde luego a todos académicos y se cumple a su vez con el objetivo darle cumplimiento a las recomendaciones hechas por los Congresos Internacionales Penales y Penitenciarios, por los Congresos de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente.

CAPITULO CUARTO

LA PENA

4.- La Pena. 4.1. Antecedentes de la Pena. **4.2.-** Definición de la Pena. **4. 3.-** Las Características de las Penas. **4.4.-** Las Clases de Penas. **4.4.1.-** La Pena de Prisión. **4.4.2.-** Las Penas Alternativas a la Prisión. **4.4.2.1.-** La Diversión o la Derivación. **4.4.2.2.-** El Perdón o Dispensa. **4.4.2.3.-** LA Suspensión de la Ejecución de la Condena. **4. 2. 4.-** LA Amonestación. **4.4.2.5.-** LA Caución de Conducta o Fianza. **4.4.2.6.-** La Reparación. **4.4.2.7.-** La Multa. **4.4.2.8.-** El Trabajo al Servicio de la Comunidad. **4.4.2.9.-** La Inhabilitación o Privación de Derechos. **4.4.2.10.-** El Toque de Queda "Curfew Order". **4.4.2.11.-** Monitoreo Electrónico. **4.4.2.12.-** La Semilibertad. **4.4.2.13.-** Prohibición de Ir a Lugar Determinado. **4.4.2.14.-** La Confiscación.

4.- LA PENA

Afirma Francesco Carnelutti¹⁷⁷ que es obligación de los juristas construir una teoría general de las sanciones, de todas las sanciones, lo que está por hacerse para la totalidad de los actos humanos ya que solo entendiendo cuál es la naturaleza de cada sanción se podrá imponer, adecuadamente la pena aflictiva de privar de libertad al hombre, en la eterna relación de crimen y castigo, que justifica la juricidad en todo el Derecho Penal en la inacabable lucha entre el bien y el mal.

Compartiendo lo expuesto en la presente obra, aunado a lo concluido por Paul Wolf, toda discusión relacionada con la pena debe de salir del marco metodológico tradicional y pasar a una nueva dimensión ya que los conocimientos teóricos sobre la pena deben ser situados en la realidad social del momento histórico de la praxis real del

¹⁷⁷ Citado por Reynoso Dávila Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 1996. Pág. 1

Derecho Penal, siendo ésta su punto de partida y su orientación metodológica.¹⁷⁸

No podemos dejar de lado la importancia de precisar el significado de la pena y todo su entorno, para ello referiremos inicialmente una síntesis histórica de la pena, y concluiremos con las penas actuales en nuestro Estado de Nuevo León,¹⁷⁹ ello sin dejar de analizar las principales características que las mismas deben poseer, ya que compartiendo las ideas de Rafael Preciado,¹⁸⁰ los penalistas al abordar temas como los que nos ocupan, partimos de los siguientes tres aforismos:

1.- Nullum crime sine culpa.

2.- Nullum crime sine lege; y

3.- Nulla poena sine lege.

Las reglas referidas requieren una explicación basada en las Leyes, costumbre y jurisprudencia como fuentes formales del Derecho Penal, ya que la ciencia jurídica dogmática parte del derecho positivo y para su debida comprensión deben ser indagados sus fundamentos de toda índole.

4.1. ANTECEDENTES DE LA PENA.

¹⁷⁸ Citado por García García Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal. 2005. Pág. XIV.

¹⁷⁹ Véase el punto 3.2.1. *Las Penas en el Código Penal del Estado de Nuevo León*. Del Capítulo Tercero de esta investigación a fin de no ser reiterativos en el presente Capítulo.

¹⁸⁰ Preciado Hernández Rafael. *Ensayos Filosófico-Jurídicos y Políticos*. Primera Edición. Editorial Jus S. A. México Distrito Federal. 1977. Pág. 133.

Se hace necesario, para poder comprender una debida definición de la pena, hacer un viaje al pasado y a lo largo de la historia para saber hasta dónde nace o donde aparece por primera vez en la humanidad esta figura del Derecho Penal.

Existen registros de que estamos en presencia de una forma primitiva de castigar a quienes por cualquier medio causaban u originaban un daño a la tribu o grupo al que pertenecían; su objeto, según se comenta, era deshacerse por completo del sujeto infractor o responsable de ese daño.

Adoptándose en consecuencia, como una forma ejemplar de castigo hacia ese miembro del grupo social y la más común, el de eliminar al sujeto de dicho grupo, ya sea quitándole la vida o en el mejor de los casos para éste, desterrándolo; lo que no nos da otra cosa por pensar que lo que el grupo social hacía se trataba materialmente de una venganza hacia el infractor, así, la pena resulta una consecuencia lógica del delito.

De las diversas obras que se han consultado en cada uno de temas de que trata la presente investigación, hemos podido constatar que las figuras que a lo largo de la historia se han considerado como penas son iguales o incluso, peores que los mismos delitos que castigan.

Hay que tomar en cuenta que el delito en muchas de las veces que se comete tiene la característica de que es ocasional, mientras que la pena siempre que se aplica es premeditada por estar organizada por el Estado.

Las clases de penas han sido a lo largo de la historia atroces en muchos casos, basta recordar las penas capitales en las que se usaban hachas, espadas, rocas o piedras, recordar las diversas técnicas de ejecución como la horca la asfixia en el lodo, la hoguera, la lapidación, la rueda, las torturas etc., hacer un recuento de las mismas no sería muy agradable para el Derecho Penal ni para los fines de esta investigación, pues hablaríamos de mutilaciones, enterramiento de vivos, marcar la cara de los delincuentes, entre otros.

El común denominador de la penas en la antigüedad era causar un dolor físico a los delincuentes, mientras que en la actualidad es tratar la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir,¹⁸¹ es decir, se busca que la misma sea más humana, para la historia la pena deriva de la venganza y para la filosofía de la necesidad de contar con una sociedad civilizada.

Lamentablemente la pena de muerte o pena capital está todavía presente en casi todo el mundo ya sea para tiempos de paz o exclusivamente para tiempos de guerra mientras que algunos Estados la han abolido por completo¹⁸²; lo que nos arroja que a la fecha sigamos

¹⁸¹ El artículo 18 de nuestra Constitución Federal en su segundo párrafo establece que el sistema penitenciario se organizara sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la Ley. las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. Por su parte el artículo 17 de la Constitución del Estado establece en su segundo párrafo que el Ejecutivo del Estado organizará el régimen penitenciario 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 sentencias en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

¹⁸² En nuestro país mediante el decreto denominado "**EL CONGRESO GENERAL DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN USO DE LA FACULTAD QUE LE CONFIERE EL ARTÍCULO 135 DE LA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA Y PREVIA LA APROBACIÓN DE LA MAYORÍA DE LAS HONORABLES LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS, DECLARA REFORMADOS LOS ARTÍCULOS 14, SEGUNDO PÁRRAFO Y 22 PRIMER PÁRRAFO, Y DEROGADO EL CUARTO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**" publicado en el Diario oficial de la Federación el 9 de Diciembre del año 2005 se reformó el artículo 22 de la

contando víctimas de la pena de muerte sin dejar de lado que de igual manera en diversas partes del mundo existen penas corporales, debiendo añadir la cifra negra de las funciones policiales y judiciales.

El pensamiento jurídico y filosófico en materia de penas no es ajeno a dichas atrocidades pues en algunos casos legitimó o simplemente guardó silencio ya que casi siempre apoyó a la pena de muerte.

No es hasta sino en la época de la ilustración¹⁸³ cuando en el concepto de la pena dejó de ser primordial el causar un dolor físico a los delincuentes, en la referida época se transformó radicalmente al moral, el derecho y la política.

La idea clave del movimiento penal ilustrado es construir un modelo de justicia y de organización política estrictamente racional no fiduciaria ni de Dios ni de la historia o tradición,¹⁸⁴ son los orígenes de la elaboración dogmática del Derecho Penal, sobre todo a finales del denominado siglo de las luces pugnando por un lado entre el monopolio

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer el artículo 22 en su primer párrafo que quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, 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.

¹⁸³ La Ilustración o el Siglo de las Luces, fue la tendencia de pensamiento y literatura en Europa y América durante el siglo XVIII hasta la revolución francesa. Los escritores estaban convencidos de que emergían de siglos de oscuridad e ignorancia a una nueva edad iluminada por la razón, la ciencia y el respeto a la humanidad. Sus precursores pueden remontarse al siglo XVII e incluso antes. Abarcan las aportaciones de grandes racionalistas como René Descartes y Baruch Spinoza, los filósofos políticos Thomas Hobbes y John Locke y algunos pensadores escépticos galos de la categoría de Pierre Bayle o Jean Antoine Condorcet. Otra base importante fue la confianza engendrada por los nuevos descubrimientos en ciencia, y asimismo el espíritu de relativismo cultural fomentado por la exploración del mundo no conocido. Fue la ideología y la cultura elaborada por la burguesía europea en su lucha con el absolutismo y la nobleza. Las características de la Ilustración pueden resumirse en las siguientes: El racionalismo, la búsqueda de la felicidad, la creencia en la bondad natural del hombre, el Optimismo; y el Laicismo. Fuente <http://www.profesorenlinea.cl/universalhistoria/Ilustracion.htm>.

¹⁸⁴ Prieto Sanchís Luis. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México Distrito Federal. 2003. Pág. 12-19.

del *ius puniendi* para el Estado y por el otro limitar la desbordante y arbitraria facultad punitiva del poder.

Una de las ideas del referido movimiento lo fue la secularización y como consecuencia el separar la moral del derecho, siendo relevantes las tres teorías destacadas por Ferrajoli¹⁸⁵ relativas a dicha separación siendo el primero el relativo al de la separación del Estado y el derecho, el segundo se refiere a que el proceso verse solamente en relación a los hechos prohibidos por el derecho y por último, el que más nos incumbe, el relativo a la pena, el cual establece que la pena en sí, al igual que su ejecución, no deben tener contenidos ni fines morales.

Se pugnó por una concepción utilitaria y racionalizadora del Derecho Penal, buscando penas que fueran eficaces para evitar futuros hechos ilícitos, reservando las penas solamente para aquellos hechos que lesionara los bienes jurídicos más fundamentales y que fueran una respuesta a hechos externos y no solo sancionara vicios de la personalidad, ideas que en aquella época alentaron una serie de reformas legislativas.

Según Franz Van Liszt¹⁸⁶ la palabra pena solo se encuentra desde principios del siglo XIV, su etimología es muy dudosa, establece que la pena es el mal que el Juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

¹⁸⁵ Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 222-223

¹⁸⁶ Citado por Reynoso Dávila Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 1996. Pág. 7

Francesco Antoliseil¹⁸⁷ manifiesta que la palabra pena es sinónimo de castigo, indicando en general el dolor, el sufrimiento que se impone a quien ha violado un precepto.

Carlos Fontán Balestra¹⁸⁸ afirma que la pena tiene también función de castigo, pero entendida la palabra castigo no como malo sufrimiento, sino como llamado a la reflexión e imposición de una medida tendiente a evitar que el hecho se repita.

Las más importantes consecuencias de lo anterior fueron el que el orden penal se concibió como un medio del sistema jurídico sin fines propios o distintos de los que constituye la tutela del resto de las normas y la consecuencia de que la pena es siempre una *ultima ratio* y no siempre la más eficaz, ya que se evitarían muchos delitos con educación, trabajo y un mejor reparto de las riquezas.¹⁸⁹

El principal expositor de la ilustración en el Derecho Penal y que para algunos autores como Prieto Sanchis representa la línea que divide al antiguo Derecho Penal del moderno Derecho Penal lo es el maestro Beccaria.

En su obra “tratado de los delitos y de las penas” nos refiere que como consecuencia de que el soberano es el único que puede castigar, solamente las Leyes pueden decretar las penas de los delitos y ningún magistrado puede a su arbitrio decretar una pena, y esta no debe ser más que la necesaria para mantener el vínculo del contrato social;¹⁹⁰ establece que la finalidad de la pena es impedir que reo cause

¹⁸⁷ *Ídem.*

¹⁸⁸ *Ibidem.*

¹⁸⁹ Prieto Sanchís Luis. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México Distrito Federal. 2003. Pág. 32.

¹⁹⁰ Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición actualizada tomada de la Catorceava Edición facsimilar. México D. F. 2005. Págs. 10-11.

nuevos daños a sus ciudadanos y retraer a los demás de cometer otros iguales, es decir, su finalidad no es atormentar y afligir un ente sensible ni deshacer un delito ya cometido.¹⁹¹

Igualmente establece que la pena debe ser graduada en base al daño que se hace a la sociedad y no en base a la intención de quien comete el delito,¹⁹² resaltando el concepto ilustrado de la utilidad de la pena que define las reglas para que sea aplicada buscando siempre su eficacia, entendida como aquellas que servirán para prevenir hechos similares ya sea en la voluntad del actor o en los demás miembros de la sociedad y se establece también el concepto de proporcionalidad que propone la creación de una escala graduada de delitos y otra paralela de las penas correspondientes.¹⁹³

Ya el Derecho Penal no se encargará de atender vicios de la personalidad de los agentes, sino que responderá a hechos concretos, y se reservó para ser usado solamente en aquellos casos en los que se dañe seriamente a los bienes más preciados de la sociedad.

La pena humana sustituye a la penitencia religiosa, al castigo divino y se convirtió en una visión futura y no pasada, es decir, dentro del concepto de utilidad se habla de prevención general y de prevención especial.

Esta etapa es también conocida como la etapa humanista, pues el Derecho Penal fue abandonando la crueldad en sus penas y como lo mencionamos, buscó en la misma otros fines como lo es la prevención y resocialización.

¹⁹¹ *Ídem*. Pág. 31.

¹⁹² *Ibidem*. Pág. 24.

¹⁹³ Prieto Sanchís Luis. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México Distrito Federal 2003. Pág. 37.

Este pensamiento dio pausa a la creación de las denominadas escuelas modernas del Derecho Penal, entre las que destacan la escuela clásica,¹⁹⁴ la escuela positivista,¹⁹⁵ las teorías unitarias del delito,¹⁹⁶ la tercera escuela,¹⁹⁷ el sistema causalista,¹⁹⁸ el sistema finalista¹⁹⁹ y el sistema funcionalista.²⁰⁰

¹⁹⁴ Es considerada como la primera corriente moderna del Derecho Penal, su principal expositor lo es Francisco Carrara, quien propuso que el delito, por tratarse de una violación a normas legales, debía ser estudiado como un ente jurídico y no como un hecho, y que por haberse violado la Ley debía sancionarse, propuso que la pena debe ser proporcional a la responsabilidad del infractor, y que ésta debe preverse por el delito, constituyendo inicialmente una amenaza en abstracto, mientras que en concreto era la sanción aplicada, habla del binomio moral y fuerza como elementos del delito, refiriéndose como la voluntad y la acción corporal respectivamente los cuales deben estar inmersos en la propia Ley para que éste se configure.

¹⁹⁵ Su principal expositor lo fue Enrique Ferri, establece de manera general que el delincuente no puede ser sancionado con una pena, sino que debe aplicársele una medida de seguridad, ya que no obra con la capacidad suficiente para entender el contenido de la norma y por lo tanto no se le puede reprimir, dicho comportamiento obedece, refiere el autor, a que un conjunto de fenómenos sociales, físicos y antropológicos dan como producto al delito y son precisamente dichos fenómenos los que impiden que el autor del delito pueda entender el contenido de la norma y por consecuencia su actuar no es de manera libre.

¹⁹⁶ Esta escuela niega rotundamente el estudio del delito en forma seccionada, postura contraria a la escuela analítica o atomizadora, es decir, postula que no es posible que el delito se estudie en cada uno de sus elementos, pues establece que se trata de un todo que no puede ser dividido entre sus expositores podemos mencionar a Francisco Antolisei y Kiel, es también conocida como la teoría unitaria o totalizadora.

¹⁹⁷ Sus expositores principales son Carnevale y Alimena, quienes toman elementos de la escuela clásica y de la escuela positivista.

¹⁹⁸ Es el maestro alemán Franz Von Liszt quien es el creador de esta sistemática penal, pues estudia no solamente al delito sino a todo el Derecho Penal aplicando el método natural, se basa en el estudio causal de la acción humana, la cual es concebida como un hecho completamente natural libre de todo valor y sentido, por lo que el estudio de lo que motivó esa acción u omisión (culpabilidad), al hablar del delito, se estudia en la parte subjetiva del mismo. Es el inicio de lo que hoy conocemos como la dogmática penal, pues parte su estudio del contenido de la Ley.

¹⁹⁹ Es el maestro alemán Hanz Welsel quien es el creador de esta sistemática penal, su estudio se basa en el estudio de que a diferencia del sistema causal, la acción humana tiene una finalidad, y no se trata de un hecho completamente natural libre de todo valor y sentido, por lo que el estudio de lo que motivó esa acción u omisión se estudia en la tipicidad del mismo. Establece que todos los valores que se encuentran protegidos en las normas penales deben ser aquellos que son relevantes desde un punto de vista ético-social y solo en algunas ocasiones desde un punto de vista jurídico-particulares, puntos de vista que deben ser respetados por los legisladores al momento de prohibir y sancionar una conducta mediante la tipificación de un nuevo delito, procurando sancionar la inobservancia de las Leyes del Estado más que la lesión de bienes particulares, en lo relativo a la pena, la misma debe aplicarse tomando en cuenta la culpabilidad y no la peligrosidad del autor.

La pena según la Escuela clásica hizo un culto del libre albedrío, la pena constituye una expiación, es un mal retributivo, estudió principalmente al delito de la individualidad del delincuente, la pena tiene por objeto reparar la lesión causada al derecho, para los hombres de esta escuela el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad, la ofensa que el delito causara a un individuo no se compara con la pena, el daño que la pena debe reparar es la ofensa causada a la sociedad al haberse violado sus Leyes, disminuyendo la opinión de su propia seguridad en los ciudadanos y creando el peligro del mal ejemplo, al par que turbando la tranquilidad de todos y ese concepto de reparación lleva implícitas las tres resultantes: la corrección del culpable, el estímulo de los buenos y la advertencia a los mal inclinados.²⁰¹

La pena según la Escuela Positiva la pena es una de las sanciones posibles a aplicar a quien ha delinquido, la responsabilidad del delincuente derivada de su convivir en sociedad puede acarrearle una pena en virtud de la salvaguarda de la defensa social, las concepciones penales positivistas modernas se inclinan abiertamente hacia el principio de la defensa social como fundamento de la pena.²⁰²

Jacobs nos menciona que la prestación que realiza el Derecho Penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho Penal

²⁰⁰ Es un movimiento ampliamente difundido en Estados Unidos, teniendo como a sus representantes más destacados a Malinowski, Merton y Parsons, se entiende como el conjunto de hechos fisiológicos que se producen o suceden en un organismo, un aparato o un sistema, y estudian primordialmente las funciones sociales orientadas a la conservación de la estructura social, y concibe una realidad estática y conservadora de la realidad social, esta estructura social requiere de organismos, instituciones y regulaciones jurídicas que la hagan funcionar, las cuales deben evolucionar para que la estructura siga funcionando, ya que de lo contrario, si no funciona lo que le da vida a la estructura, tampoco funciona ésta.

²⁰¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 968.

²⁰² *Ídem*. Pág. 969

confirma, por tanto, la identidad social El Delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a concebirse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación.²⁰³

Para los fines de la presente investigación haremos hincapié en el denominado sistema funcionalista, por considerar que es el que más se adecua a la época en la que nos encontramos y dada la tarea principal que el trabajo comunitario busca en el Derecho Penal como lo veremos más adelante.

Este sistema, desde el punto de vista del Derecho Penal, se entiende como aquel que pone énfasis en la problemática criminal y propone un estudio dogmático del delito estrechamente relacionado a la política criminal donde la función de la pena y la función del Derecho Penal responden a una praxis social que permita consolidar la estructura social, el funcionalismo es la corriente penal que se ocupa de la función que la política criminal²⁰⁴ debe tener en el campo del derecho

²⁰³ Jakobs Günter. *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 2006. Pág. 4

²⁰⁴ Para Orellana, la política criminal es la ciencia de la legislación que tiene por objeto las reglas fundamentales que deben ser observadas por los legisladores en la creación y reforma de los Códigos bajo criterios, lógicos, científicos, de necesidad, de utilidad, de posibilidad, de oportunidad y convivencia.

punitivo, por ser la ciencia que se encuentra más cerca de las realidades sociales como la criminalidad, por lo que la teoría del delito en su desarrollo debe ver a esta ciencia, por lo que una vez que exista claridad en la comisión de los delitos, se puede enfrentar al mismo a través de las Leyes que el legislador expedida.²⁰⁵

Para esta sistemática, la política criminal y el sistema jurídico deben transitar unidos, ya que la pena es una característica primordial del Derecho Penal como consecuencia del delito, por lo que la dogmática penal debe estar orientada político-criminalmente en los principios rectores de una teoría de la pena, donde la política criminal se ubica entre la teoría y la práctica, buscando como la primera desarrollar una estrategia en la lucha contra el delito, mientras que como práctica depende más de las realidades que de las conceptualizaciones teóricas, por lo que toda reforma penal orientada a sus consecuencias debe tener en cuenta los aspectos funcionales de cada una de sus penas, la pena en consecuencia es un instrumento de control estatal, cuyo fin es la resocialización y la prevención tanto especial como general,²⁰⁶ en la que no tiene como principal beneficiario al delincuente, sino salvaguardar el orden jurídico como condición esencial para la vida en comunidad mediante la protección de bienes jurídicos.²⁰⁷

En conclusión, en este sistema el Derecho Penal encuentra su justificación en la protección de bienes jurídicos fundamentales para la convivencia en común y que aseguren condiciones que satisfaga una vida ordenada y pacífica, bienes que no sea posible proteger por otras instancias del derecho, premisa la

²⁰⁵ Orellana Wiarco Octavio A. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Porrúa. México. 2005. Pág. 167.

²⁰⁶ *Ídem*.

²⁰⁷ *Ídem*. Pág. 188.

anterior del que debe partir la política criminal para lograr la resocialización a través de la función de la aplicación de la pena.²⁰⁸

Conviene ahondar un poco en lo que se debe entender por la política criminal, la cual para Battaglini es la ciencia que estudia los medios con los cuales el Estado ha de combatir, mediante el derecho, (penas y medidas de seguridad) la delincuencia. Para Manzini, es la doctrina de la posibilidad política- la realidad alcanzable- con relación al fin de la prevención y de la represión de la delincuencia. Para Liszt es un conjunto sistemático de principios -garantizados por la investigación científica de las causa del delito y de la eficacia de la pena- según las cuales dirige el Estado y la sociedad la lucha contra el crimen.²⁰⁹

Así las cosas, por política criminal entiendo a la reacción estatal momentánea para combatir y prevenir al delito, valiéndose para ello de las demás figuras del Derecho Penal.

Se destaca al igual una etapa de la pena en la que además se le concibió desde el punto de vista económico,²¹⁰ refiriéndose históricamente a aquellas etapas en las que se utilizó la pena con este énfasis citando así como ejemplos los siguientes:

a).- Cuando la pena de muerte se aplicó fue cuando la mano de obra no se requería.

b).- Se aplicó la pena de galeras cuando era necesaria la expansión militar, el comercio y la transportación.

²⁰⁸ *Ídem.* Pág. 176.

²⁰⁹ Citado por Barrita López Fernando A. *Manual de Criminología.* Porrúa. México. 1996. Pág. 268.

²¹⁰ García García Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal.* Primera Edición. Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal. 2005. Pág. 40.

c).- La pena de la deportación se aplicaba cuando había necesidad de colonizar.

d).- El presidio en obras públicas y el presidio militar se implementaron cuando hubo necesidad de construir ciudades o fortalezas.

e).- Posteriormente, con el auge del capitalismo, al requerirse mucho más la fuerza de trabajo se aplicaron las penas privativas de libertad en las denominadas cárcel-fabricas, casa de trabajo o casas de corrección.

Sobre el tema Darío Melossi y Massimo Pavarini concluyen que, dentro del aparato institucional de la organización coactiva-carcelaria y coactiva-económica la fabrica es para el obrero como una cárcel (pérdida de libertad y subordinación) y la cárcel es para el internado como una fabrica (trabajo y disciplina), es decir, que los detenidos deben ser trabajadores y los trabajadores deben ser detenidos.²¹¹

Sin embargo, y no obstante lo probado de todo lo anteriormente expuesto, a lo largo de la historia han existido pensadores que se atrevieron a negar la utilidad de la pena, poniendo de ejemplo a Thomas More²¹², quien decía que el *ius puniendi*, según él, no es sino un privilegio de la clase rica, incompatible con una distribución más equitativa de la riqueza y una vez que desapareciera el Estado con él dejarían de existir delitos y penas.

²¹¹ Melossi Darío y Pavarini Massimo. *Cárcel y Fábrica los Orígenes del Sistema Penitenciario. (Siglos XVI-XIX)*.Primera Edición. Editorial Siglo XXI S. A. México. 1980. Pág. 232.

²¹² Citado por Arriola Juan Federico. *La Pena de Muerte en México*. Editorial Trillas. Tercera Edición. México Distrito Federal. 1998. Pág. 64.

4.2.- DEFINICIÓN DE LA PENA.

La raíz etimológica de la palabra pena lo es del griego *poiné*,²¹³ que significa castigo corporal, y del latín *poena* que significa la privación o aflicción prevista por una Ley positiva para el culpable de una infracción a ella.²¹⁴

Filosóficamente, según nos lo refiere Abbagnano al abordar en su obra el concepto que estudiamos, la definición de la pena varía según las justificaciones que se la han dado y la finalidad de la misma siendo:

- 1.- El del orden social;
- 2.- El de la salvación del reo; y
- 3.- La defensa de los ciudadanos.

Por lo que se refiere al primero de los mencionados no dice al respecto que es el más antiguo y le atribuye el oficio del restablecimiento del orden propio de la justicia, siendo difundido en este

²¹³ Poder Judicial de la Federación. *Etimología Jurídica*. Quinta Edición. México Distrito Federal. 2008. Pág. 381.

²¹⁴ Abbagnano Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Cuarta Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2204.

sentido por Aristóteles²¹⁵ y Anaximando de Mileto,²¹⁶ Kant²¹⁷ y Hegel,²¹⁸ función que también se le asigna desde el punto de vista religioso según lo expuesto por Plutonio y San Agustín²¹⁹ así como Santo Tomás.²²⁰

Al hablar de que la finalidad de la pena es la salvación del reo nos refiere que se trata de un concepto ligado al que se acaba de comentar siendo el más ilustre defensor de este concepto Georgias²²¹ quien siguiendo la escuela de Platón²²² hablaban de la purificación del delincuente requerida por el mismo culpable, concepto que fue avalado por Hegel²²³ y Santo Tomás,²²⁴ pero negado por Kant.²²⁵

²¹⁵ Aristóteles considera que el fin de la pena consiste en restablecer la proporción que da coherencia a la justicia, pues establece que “cuando uno haya recibido golpes y el otro los haya inferido, o bien cuando uno haya matado y el otro haya muerto, el daño y el derecho no tienen entre sí una relación de igualdad, pero el Juez intenta remediar esta desigualdad con la pena que inflige reduciendo la ventaja obtenida”.

²¹⁶ Mileto estableció que “todos los eres deben, según el orden del tiempo, pagar unos a los otros la pena de su injusticia”.

²¹⁷ Afirmó que “aún cuando la sociedad civil se disolviera con el consentimiento de todos sus miembros, el último asesino que se encontrara en prisión debería ser juzgado a fin de que cada uno lleve la pena de su conducta y la sangre derramada no recaiga sobre el pueblo que no haya reclamado tal punición”.

²¹⁸ Consideró a la pena “como la verdadera conciliación del derecho consigo mismo”

²¹⁹ Establecen Plutonio y San Agustín que “nosotros cumplimos la función que por naturaleza es propia del alma, mientras no nos desviemos en la multiplicidad del universo, y si nos desviamos pagamos la pena, ya sea con nuestra misma desviación, ya sea con la suerte desgraciada que nos espera más tarde”.

²²⁰ Santo Tomás dice “ya que el pecado es un acto contra el orden, y quien peca obra contra un orden, luego debe ser abatido, ese abatimiento o castigo es la pena”.

²²¹ Su tesis enuncia que es mejor recibir la injusticia que cometerla y sufrir la pena es lo mejor para quien ha cometido un injusticia.

²²² Establece que “si se comete una culpa debe llegarse lo más rápidamente posible a donde se puede pagar la pena, o sea ante un Juez, como si se tratara de un médico, para que la enfermedad de la justicia no resulte crónica y no haga que el alma se gaste y se vuelva incurable, pues el que paga la pena padece un bien”

²²³ Establece que la pena no es solamente la conciliación de la Ley consigo misma, sino que además es la conciliación del delincuente con su Ley conocida y válida para él y en su protección, conciliación con la cual el delincuente encuentra la satisfacción de la justicia y su hecho propio.

²²⁴ Dijo que la pena era medicinal y que cuando una pena no basta para contener al hombre se aplica otra, como lo hacen los médicos cuando una medicina es ineficaz.

²²⁵ Refirió que la pena nunca debe ser decretada como un medio para lograr un bien, ya sea en provecho del criminal mismo, ya sea en provecho de la sociedad civil, sino que debe ser aplicada solo porque ha cometido un delito”.

Por último Abbagnano refiere que el atributo que se le da a la pena como defensa social existen dos puntos de vista, siendo el primero el que refiere que la pena es un móvil o estímulo para la conducta del ciudadano, este es el concepto que más ha sido abordado por los filósofos y el segundo el de que la pena es una condición física que pone al delincuente en la imposibilidad de dañar, al respecto expusieron Aristóteles,²²⁶ Hobbes,²²⁷ Samuel Pufendorf,²²⁸ Bentham,²²⁹ y en especial Beccaria en su obra de los delitos y de las penas, quien establece que el origen de las penas es desde que los individuos se cansaron de las guerras y decidieron vivir en sociedad, sacrificando una parte de su libertad y recibiendo una segura tranquilidad, dejándola en depósito en la soberanía de la nación que se fundó, siendo necesario defender ese depósito de las usurpaciones de los individuos en lo particular, por lo que para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles para contener el ánimo despótico de cada hombre, siendo esos motivos sensibles las penas establecidas contra los infractores de aquellas Leyes, señala que la finalidad de las penas no es atormentar y afligir a un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, sino el de impedir al reo causar nuevos daños a los ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, que sean eficaces en cuanto a que sean más durables sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo, concluye que para que una pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe esencialmente ser pública, pronta,

²²⁶ Anotaba que todos los que no tienen por naturaleza una índole liberal, y son los más, se abstienen de actos vergonzosos solo por las penas, “obedecen a la necesidad más que a la razón y a las penas más que al honor”

²²⁷ Afirma que “es ineficaz la prohibición que no vaya acompañada por el temor a las penas, y es por lo tanto ineficaz una Ley que no contenga ambas partes, la que prohíbe cometer un crimen y la que castiga al que lo comete”.

²²⁸ Menciona que sin excluir la enmienda del reo “la tarea principal de la pena es alejar con su severidad, a los hombres de sus pecados”

²²⁹ Consideró a la pena como una de las especies de sanciones, que tienen la función de ser estimuladoras de la conducta humana en cuanto “transfieren la conducta y sus consecuencias a la esfera de las esperanzas y de los temores: de las esperanzas de unos excedentes de placeres, de los temores que prevén anticipadamente un exceso de dolor”

necesaria, la más pequeña de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las Leyes.²³⁰

El problema del cuándo o del que castigar es aparentemente el más sencillo de todos los problemas de la legitimación del Derecho Penal, la respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico-filosófico es la expresada por la máxima *nulla poena sine crimmine* que constituye el axioma de nuestro sistema, la pena, según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pifendorf y Thomasuis, es una sanción infligida *on malum actionis*, o *amtegressi delicit*, o *propter delictum*, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica²³¹.

Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito que tiene la pena, que es la primera garantía del Derecho Penal y que, como escribe Hart, la pena no expresa el fin, sino el criterio de distribución y de aplicación de las penas, gracias a él la pena no es un prius, sino un posterius, no una medida preventiva o ante delictum, sino una sanción retributiva o post delictum²³².

En el Código Penal del Estado de Nuevo León, específicamente en sus artículos 45 bis al 149, no se encuentra una definición de pena, ya que el primero de los mismos al abordar este tema solamente lo refieren como las “*consecuencias jurídicas de*

²³⁰ Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición actualizada tomada de la Catorceava Edición facsimilar. México D. F. 2005. Págs. 7, 31, 132.

²³¹ Citado por Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000. Pág. 368

²³² Ídem.

responsabilidad por la comisión del delito” siendo éstas las sanciones, las medidas de seguridad y la reparación del daño y perjuicio, para posteriormente definir y clasificar cada una de ellas como lo vimos en el capítulo anterior de esta investigación.

La Real Academia Española la define como el castigo impuesto conforme a la Ley por los Jueces o Tribunales a los responsables de un delito o falta.²³³

Para Jakobs, la pena 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, sino solo con la estabilización de la norma lesionada.²³⁴

Llama la atención lo que cita Reynoso, cuando refiere que el penado no debe ser tratado como bestia, puesto que es hombre; pero tampoco la conmiseración hacía él, que es justa y santa, debe desvirtuar la eficacia de la pena hasta convertirla prácticamente en recompensa. Cuando en este punto se llega a ciertos excesos, la pena desmoraliza al penado y al mismo pueblo. Al penado, porque la suavidad destruye en su alma el sentimiento de reprobación del crimen, le habitúa a comodidades y goces que no podrán tener en la vida libre, y le impulsa, en muchos casos, a la reincidencia; al pueblo, porque el ejemplo de una pena que viene a constituir el mejoramiento de vida y bienestar es un ejemplo desmoralizador y una invitación al delito.

Reitera que ¡Cómo es posible que en los ilícitos civiles el infractor sea sancionado y condenado a indemnizar por daños y

²³³ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa Calpe Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

²³⁴ Jakobs Günter. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A. Madrid. 1997. Pág. 8.

perjuicios! y en los ilícitos penales, que son mucho más graves, no se condene al infractor, sino, antes bien, se le proteja con medidas tutelares, considerándolo, tal vez, hasta víctima (a la que, a lo mejor, hay que indemnizar).²³⁵

No cabe duda que a lo largo de la historia, e incluso en la actualidad ha habido un sin fin de disputas entre filósofos y juristas en torno al concepto de la pena y sus fines, siendo igualmente cierto que la Mayoría de las Leyes positivas en el mundo la pena tiene una concepción mixta de las funciones expuestas.

De todo lo expuesto en el presente punto puedo concluir que en mi concepto, la pena es la sanción impuesta por la autoridad judicial a quien se le ha demostrado la comisión de un delito, cuyos mínimos y máximos están previamente establecidos en una norma penal.

4. 3.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS.

Mucho se ha hablado sobre los diversos principios y las diversas características de las penas, pero dichas características y principios no son otra cosa que aquellas que se vieron en el Capítulo Segundo de esta Investigación en el que se abordó el tema de los límites al *"ius puniendi"*.

Por ello, las características de las penas y los principios de las penas sea cual sea la denominación que se les dé, fluctúan entre los que aquí denominamos el principio de legalidad, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, el principio de subsidiaridad,

²³⁵ Reynoso Dávila Roberto, *Penología*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2003. Pág. 11

intervención mínima o última ratio, el principio de carácter fragmentario del Derecho Penal, el principio de efectividad, eficacia o idoneidad, el principio de proporcionalidad, el principio de culpabilidad, el principio de responsabilidad subjetiva, el principio de responsabilidad personal y el principio de humanidad o humanización y de resocialización, resultando innecesario ahondar en el presente tema por estar ya desarrollado.

4.4.- LAS CLASES DE PENAS

Cuello Calón hace una clasificación de las penas en atención al fin que se propone, y en atención a la materia sobre la cual recae la aflicción penal.²³⁶

Por lo que se refiere a las primeras las divide en penas de intimidación que son las que se aplican a los individuos no corrompidos en quienes aún existe el resorte de la moralidad que es preciso reforzar con el miedo de la pena, las penas de corrección que son aquellas que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero reputados corregibles, y las otras son las penas de eliminación de seguridad para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso, para Seguridad Social, colocar en situación de no causar daño a los demás.

Por lo que se refiere a las segundas, o sea a la clasificación que se hace en atención a la materia sobre la cual recae la aflicción penal, se dividen en corporales, que son aquellas que recaen sobre la vida o la integridad corporal, en privativas de libertad, que privan al reo de su libertad de movimiento como la pena de prisión, las penas restrictivas de libertad, que limitan la libertad del penado

²³⁶ Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Editora Nacional. Novena Edición. México. 1976. Pág. 583.

especialmente en cuanto a la facultad de elegir lugar de residencia, privativas o restrictivas de derechos, que pueden recaer sobre derechos de carácter público o sobre derechos de familia, pecuniarias, que recaen sobre la fortuna del condenado e infamantes, que privan del honor a quien las sufre.

Refiere el autor, y con lo cual estamos de acuerdo, que la Mayoría de las penas corporales y las penas infamantes han desaparecido de los países cultos.

Por su parte, Antolisei, al hacer una clasificación de las penas las clasifica en penas principales y penas accesorias, siendo las primeras las que son infringidas por el Juez, mientras que las segundas siguen de derecho a la condena, como efectos de ella.²³⁷

Para los efectos y fines de la presente investigación no vamos a entrar en detalles en relación a la clasificación que doctrinalmente se hace de las diversas penas, ya que la propia evolución del Derecho Penal nos ha llevado al punto de que actualmente su centro de discusión se limite al estudio de la efectividad de dos clases de penas, la pena de prisión y los sustitutivos de la pena de prisión, por lo que nos concretaremos a hacer una análisis de éstos.

4.4.1.- LA PENA DE PRISIÓN.

La pena privativa de libertad ha sido definida como la restricción de la libertad deambulatoria por un tiempo determinado,

²³⁷ Antolisei Francisco. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis. Octava Edición. Bogotá. 1988. Pág. 503.

dejando a salvo todos los derechos que no sean compatibles con la pérdida de esa libertad deambulatoria.²³⁸

Es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades modernas, siendo el eje del sistema represivo de todos los países, y como su nombre lo indica priva al penado de su libertad de movimiento recluyéndole y sometiéndole a un régimen especial de vida y generalmente a la obligación de trabajar.²³⁹

Por lo que se refiere a la pena de prisión, como ya se dijo al seleccionar este trabajo de investigación, de las diversas investigaciones que se han realizado sobre los defectos de la pena de prisión, en su inmensa Mayoría han arrojado resultados negativos, pena que además ha dejado efectos sobre todo en aquellos internos cuyas penas son cortas, crisis que incluso ha llegado a desestabilizar todo el sistema penal dado el abuso que de la misma se ha hecho.²⁴⁰

Paralelamente, en la actualidad se ha optado por el incremento de las penas e incorporar conductas delictivas a los Códigos penales y Leyes especiales tratando con ello que la delincuencia disminuya, regla que no ha sido efectiva e incluso ha ocasionado un Mayor deterioro en la certidumbre de que la pena de prisión sea la mejor vía para prevenir la delincuencia, incluso a la prisión se le han atribuido los defectos de que corrompe, enloquece, deteriora, disocia, embrutece, aniquila físicamente y destroza moralmente al penado, también se le acusa de que destroza la familia, que es cara y

²³⁸ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Págs.216.

²³⁹ Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Editora Nacional. Novena Edición. México. 1976. Pág. 691.

²⁴⁰ Barrieta López Fernando. *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa. México D. F. 1996. Pág. 176.

antieconómica, estigmatiza, que es el lugar de agrupaciones criminales así como que resulta ser contradictoria a la sociedad.²⁴¹

Aunado a lo anterior, los internos también tienen que lidiar con los abusos, corrupción y violencia que imperan dentro de los centros penitenciarios, mismos que han generado que los internos se unan entre ellos hasta llegar a formar verdaderos grupos de poder, los cuales en algunas ocasiones llegan a equipararse al poder que legalmente tienen las autoridades penitenciarias.

Por otro lado existe la falta de autosuficiencia económica de los centros penitenciarios para poder proporcionar los tratamientos adecuados a los reclusos y la denominada contaminación criminógena en la que no existe alternativa para el hombre preso más que tratar de llevar armónicamente, al menos desde la perspectiva del primo delincente, una convivencia con verdaderos delincuentes reincidentes que al igual se encuentran internos, incluso con aquellos que sin ser reincidentes son internos verdaderamente peligrosos, lo que termina convirtiendo al interno no peligroso en homicida al repeler las múltiples agresiones físicas y/o psicológicas que le proporciona el interno reincidente o peligroso.

Así mismo no podemos dejar de lado lo que nos refiere Hilda Marchiori en sentido de que una de las Mayores situaciones de estrés desde el punto de vista existencial es la pérdida de la libertad, el encierro, la incomunicación con el núcleo familiar y con la comunidad, el cambio radical de modo de vida, de relaciones interpersonales, las limitaciones psicomotrices, las limitaciones culturales y especialmente la percepción existencial del tiempo.²⁴²

²⁴¹ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999. Págs. 2-5.

²⁴² Marchiori Hilda. *El Estudio del Delincuente*. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 2001. Pág. 1-10.

El ingreso a una institución penitenciaria, del cual dependerá en gran parte el futuro del individuo que en ella ingresa tanto dentro como fuera del mismo, implica un cambio existencial de modo de vida que afectará su respeto y esencialmente su salud tanto física como mental, que incluso llega a hacernos la interrogante de si el individuo que llega a la institución y el que sale es el mismo.

Sin duda no obstante de ser ineficaz, a la fecha es uno de los Mayores medios de control social que tiene el Estado, el cual sin duda, deberá ir disminuyendo cuando a su vez se cuente con un mejor sistema de prevención y de medidas alternativas que permitan una verdadera prevención tanto especial como general del delito.

Así las cosas tenemos que la prisión consiste en la restricción de la libertad de tránsito y de la restricción de una verdadera convivencia social a que se hace acreedor una persona que cometió un delito y a la cual le son inherentes la pérdida de todos aquellos derechos que las restricciones mencionadas impliquen.

4.4.2.- LAS PENAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN.

La evolución del Derecho Penal y los cambios que de acuerdo a su realidad actual en cuanto a sus fines ha tenido, han generado una reacción a la ineficacia de la pena de prisión, lo que ha motivado que se una revirada a los denominados sustitutivos de la prisión, o penas alternativas a la pena de prisión.

Si bien es cierto que éstas no han llegado a ser totalmente sustitutivas de la prisión, ello desde el punto de vista del contenido de la

norma penal emitida por el legislativo que contiene la pena a aplicarse al tipo que describe, éstas sí han llegado a ser efectivas y han tenido bastante aceptación cuando las mismas son consideradas como beneficios, es decir, una vez que la pena es individualizada por el juzgador en la sentencia, atendiendo a las circunstancias tanto del hecho como del delincuente, estima que la reclusión del delincuente no es necesaria y le aplica alguno de los beneficios que la misma Ley le permite y que por lo general se trata de sustitutivos de la pena de prisión.

No han tenido la misma aceptación y eficacia como penas autónomas, y por ello es que no se han plasmado en la norma penal por el legislativo, y una de sus principales causas se debe al hecho de que actualmente en nuestro país la tendencia de la política criminal es al aumento de las penas y la inclusión de nuevas conductas antisociales en los Códigos, debido a que se está pasando por una crisis de delincuencia sin precedentes, por lo que vamos en sentido contrario a la tendencia universal, misma que sugiere una política criminal reduccionista,²⁴³ la cual considera que el Derecho Penal, y en particular la pena de prisión, no es el instrumento principal para reducir o contener la criminalidad.

²⁴³ Los límites a la intervención penal o política reduccionista se materializa a través de los denominados instrumentos reduccionistas y son la descriminalización que consiste en dejar sin sanción determinada clase de ilícitos penales, la despenalización consistente en que el bien jurídico que es protegido por las normas penales pasa a ser protegido por el derecho civil o el derecho administrativo, la descarceración consiste en que, sin salir de la tutela del Derecho Penal, la lesión del bien jurídico que protege ya no se castigada mediante penas privativas de libertad sino que a través de medidas alternativas a la prisión, y el último instrumento reduccionista lo es la limitación de la severidad de la prisión, el cual consiste en que una persona que ya ha sido condenada a purgar una determinada pena de prisión, la misma se vea reducida, ya sea por la remisión de ésta o por la libertad condicional mediante la cual obtiene su libertad aún y faltándole una parte de su condena con la condición de que realice cierto comportamiento previo y posterior al inicio de la condena y que realice determinados comportamientos.

El desarrollo de estos sustitutivos se debe a que se ha logrado probar su eficacia preventiva, tanto especial como general, aunado a las ventajas que desde el punto de vista económico le resultan al Estado, pues son más baratas que la pena de prisión, es decir, son una buena combinación entre el aspecto económico y los fines preventivo-especiales y/o preventivo-generales del Derecho Penal.

Entre las alternativas más frecuentes a la pena de prisión pueden señalarse las siguientes:

4.4.2.1.- DIVERSIÓN O DERIVACIÓN.

Este sustitutivo de la prisión consiste en que los órganos encargados de la ejecución no proceden a denunciar o a causar por el delito sin establecer condiciones o subordinándolo a determinadas exigencias, como puede ser la reparación.

4.4.2.2.- PERDÓN O DISPENSA.

Consistente en que el Juez no dicta condena por el delito realizado, sin que éste suela comportar antecedentes.

Se trata de Institución admitida en algunas legislaciones, que permite al Tribunal sentenciador perdonar, o mejor dicho, no aplicar al reo la pena correspondiente al delito que ha cometido, teniendo en cuenta que su imposición resultaría poco útil para el autor del hecho delictivo e inclusive para la sociedad.

No se trata de una absolución, puesto que el acto delictivo es declarado, pero se deja sin imposición de pena; ni de un indulto en el que lo que se hace es dejar sin ejecución la totalidad o una parte de la pena impuesta; ni de una pena cuya ejecución se deja en suspenso, para lo cual se necesita la previa imposición de una pena.

El perdón judicial requiere la declaración y reconocimiento del hecho delictivo, no aplicándose la pena por las razones antes dichas. Constituye una facultad discrecional, de aplicación fundamentada, que corresponde al Tribunal sentenciador. Se limita a no aplicar pena ninguna al delito cometido. De otro modo el perdón judicial se confundiría con la aplicación en suspenso de una pena.²⁴⁴

En nuestro Código penal se encuentra contemplada esta figura en el artículo 121, el cual establece que también extingue la sanción, el perdón que en sentencia otorgue el Juez al condenado, en aquellos casos en que la comisión del delito tenga una relevante, objetiva, fundada y humanamente aceptable explicación de no poderse exigir otra conducta, y la personalidad del activo no revele peligrosidad a juicio de peritos.

4.4.2.3.- SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA CONDENA.

Consistente en que la pena de prisión impuesta, no se va a ejecutar, dicha suspensión a la ejecución está condicionada a que la persona no cometa un nuevo delito durante determinado tiempo, así mismo, se le imponen una serie de requisitos y conductas que paralelamente debe cumplir.

²⁴⁴ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 42.

Al Juez se le exige que dicte la sentencia condenatoria aunque dicha condena no vaya a ser ejecutada, ello no impide que la misma quede asentada en los registros de antecedentes penales hasta en tanto se determine si cumplió el sentenciado o no con los requisitos que le fueron impuestos.

También se le conoce con el nombre de “probación” y consistente en que la persona es asistida y supervisada durante un tiempo, observando por parte de las autoridades un Mayor control de sus actividades y obligándolo a participar en determinadas tareas de tratamiento.

Se caracteriza por que el Juez, una vez que comprueba la responsabilidad del acusado no le impone pena alguna, sino una serie de condiciones de carácter educativo y rehabilitador que debe cumplir dentro de un determinado tiempo, la sentencia no es dictada, por lo tanto no entra a los registros, por lo que transcurrido el plazo señalado por el Juez, el inculcado regresa al Tribunal y dependiendo de su comportamiento se determina si se impone o no una pena o se deja sin efectos el procedimiento.²⁴⁵

En esta figura, según Landrove, el condenado queda dispensado del cumplimiento de las penas previstas en la sentencia, pero el apercibimiento de que si no cumple determinadas condiciones durante un cierto tiempo, tendrá lugar la suspensión suspendida y no será extensiva a la responsabilidad civil derivada del delito o falta penados.

²⁴⁵ Berdugo Gómez De La Torre Ignacio, Arroyo Zapatero Luis, García Livas Nicolás, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecabras José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Editorial Praxis. Segunda Edición. Barcelona España. 1999. Pág. 346.

Refiere que la suspensión de la ejecución se acuerda una vez que es firme la sentencia condenatoria y se acredita la concurrencia de los requisitos, de igual forma podrá otorgarse la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno, en el caso de él que penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo y que la condición que debe cumplirse siempre será la de no volver a delinquir durante el plazo de suspensión.²⁴⁶

4. 4. 2. 4.- AMONESTACIÓN.

Consiste en una reprobación oral realizada por el Juez por el delito realizado; se trata, al decir de Ceniceros,²⁴⁷ de una medida de naturaleza moral y conminatoria, la cual tiene dos características conjuntas:

a).- Es una represión o extrañamiento solemne, público;

b).- Es un apercibimiento, advertencia o escarmiento para el futuro, en el que el Juez previene la reincidencia.

Opera como alternativa en casos de delitos leves, que en lo general no ameritan prisión, y la misma puede ser pública o privada, siendo la primera la que hace el juzgador en presencia de diversa gente y por lo general en un lugar público, además de que el mismo puede ser publicado en los estrados del lugar, mientras que la amonestación privada se concreta a materializarla el juzgador con la sola presencia del sentenciado y no se publica en ningún estrado.

²⁴⁶ Landrove Díaz Gerardo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cuarta edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1996. Págs. 69-70.

²⁴⁷ Citado por Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición. Editorial Porrúa S. A. México D. F. 1999. Pág. 73.

Se contempla en nuestro Código Penal Estatal en el numeral 55 y refiere que la amonestación consiste en la advertencia que el Juez hace al sentenciado sobre las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá la sanción que le corresponda como reincidente, en caso de que vuelva a delinquir.

Finaliza estableciendo que esta amonestación se hará en público o en privado, según parezca prudente al Juez.

4.4.2.5.- CAUCIÓN DE CONDUCTA O FIANZA.

Se trata de un depósito en efectivo que hace el reo ante el Juez que lo obliga a comportarse de determinada manera, generalmente es usada para garantizar que se presentará ante la autoridad cuantas veces se lo ordenen.

En caso de que no se cumplan por parte del reo las obligaciones a las que fue sujeto, dicha fianza se pierde y pasa a ser propiedad del Estado, es de carácter pecuniario y en muchas ocasiones es permitido que alguna persona distinta al reo sea la que deposite la caución.

La caución y la fianza tienen carácter de providencias civiles dispuestas en garantías de los intereses meramente patrimoniales que se puedan tomar en consideración en el proceso penal, sólo en relación a las condiciones puestas por la Ley para la inscripción de la hipoteca legal o de secuestro preservativo y para su cesación.

La seguridad que da una persona ante el Juez de que otra observará buena conducta o de que no ejecutará el mal que se teme, obligándose a la satisfacción de la cantidad o reparación que se fije, en caso de que lo ejecute, es, para nosotros, la caución de buena conducta. Es toda medida encaminada a asegurar o garantizar el cumplimiento de una obligación.

Las cauciones o garantías tienen su aplicación en todos los campos del Derecho, siendo varias las formas en que puede presentarse.

La caución en Derecho Penal es, al igual que en las demás ramas judiciales, una medida de prevención o aseguramiento. Con ella se trata de precaver la comisión de un delito.

El moderno Derecho sancionador ve en la caución, más que una pena, uno de los sustitutos de las penas cortas de prisión, tan combatidas por los penalistas, y, sobre todo, contempla en ella una excelente medida de seguridad.²⁴⁸

4.4.2.6.- REPARACIÓN.

Es la obligación de compensar a la víctima por parte del autor del delito, su auge en los últimos tiempos ha sido impresionante a tal grado de llegar a considerarse como una tercer vía del Derecho Penal.²⁴⁹

²⁴⁸ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 857.

²⁴⁹ Ver punto 3.1.3. de la presente investigación denominado La Reparación del Daño como Tercer Vía del Derecho Penal.

Actualmente en muchos países es un requisito para obtener algún beneficio y también es aplicada como alternativa a la prisión, estamos de acuerdo con Rodríguez Manzanera de que a la Mayoría de las víctimas no les importa tanto el castigo al ofensor y que éste vaya a la cárcel, sino que prefieren que se les regrese lo robado, se le indemnice en daños y perjuicios, o se les dé una satisfacción.

4.4.2.7.- MULTA.

Consiste en la obligación de pagar una cantidad de dinero, es una de las penas consideradas como pecuniarias y que directamente inciden en el patrimonio del delincuente, esta pena en nuestro Código generalmente viene junto a la pena de prisión, por eso se dice que junto con ésta es la pena más extendida, y se le ha considerado el sustituto ideal de aquélla.

Me parece acertada y se comparte la opinión de Rodríguez Manzanera, quien establece que una excelente solución adoptada por los sistemas penales de varios países, lo es la aplicación del sistema día-multa, en el cual el reo debe pagar de acuerdo a sus ingresos diarios, pudiendo esto comprobarse fiscalmente.

Lo anterior permite que el Juez dicte las sentencias en días de ingreso y no en cantidades concretas de dinero, lo que además logra la actualización automática de los Códigos sin necesidad de que los mismos sean cambiados cada vez que fluctúa la moneda, o que ésta pierda poder adquisitivo.

Nuestro Código Penal en su artículo 50 refiere que la multa consiste en pagar al Estado la suma pecuniaria que se fije en la sentencia.

Y que para la fijación del monto de la multa, el juzgador deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado. Cuando éste no pudiera pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, el juzgador fijará en substitución de la misma, jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, que no podrán exceder de noventa.

4.4.2.8.- TRABAJO AL SERVICIO DE LA COMUNIDAD.

Al condenado se le impone la obligación de trabajar determinadas horas sin recibir retribución, de este tema nos encargaremos en el capítulo siguiente.

4.4.2.9.- INHABILITACIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS.

Consistente en la privación del ejercicio de algún derecho por determinado tiempo, como puede ser la conducción de vehículos, el ejercicio de determinada profesión, el acceso a cargos públicos u otros principalmente los derechos de familia o derechos cívicos.

La pena de inhabilitación es una de las aceptadas para sancionar una conducta punible, pudiendo funcionar, de muy diferentes maneras. La pena de inhabilitación es muy antigua y nos son conocidas, a través de los textos que desafiando el tiempo han llegado hasta nosotros, los efectos que en Roma producía el instituto de la

capitis diminutio, ha existido en todas las Leyes penales de los diferentes países siendo análogos- por regla general- los Derechos cuya privación comprende.

En el orden represivo recibe el nombre de inhabilitación aquella especie de pena que suprime o solo restringe, con relación a la persona, el goce de su libertad jurídica; ella, por su esencia o naturaleza es pena que limita o suprime el ejercicio de un derecho que antes se poseía o se ejercitaba con el máximo de plenitud.

Soler, la concibe como incapacidades referidas a esferas de determinados derechos, en tanto que Rodolfo Moreno dice que en el orden represivo se llama inhabilitación la pena que suprime o restringe a la persona en el goce de su capacidad jurídica.

Por su parte, Juan P. Ramos y José María Paz Anchorena en penología, entienden que la inhabilitación, como pena de Derecho Penal, está determinada a sustraer al condenado del goce o ejercicio de ciertos derechos, de los que se ha vuelto indigno o que sería peligroso dejarle.

Como pena, la inhabilitación pertenece al grupo que Francisco Carrara decía que no afligían ni el cuerpo ni la bolsa y que denominaba penas mortales.

Su antigüedad en orden a su origen, ha traído a la inhabilitación ciertas consecuencias, ya que el largo rodar en el tiempo ha ido desgastando sus aristas, acusando a veces todavía un cierto y marcado dejo de inexorabilidad en franca contraposición con la

tendencia moderna del Derecho de reprimir, dejó aquél que la hace aparecer desprovista de proporcionalidad.²⁵⁰

En nuestro Código Penal, dicha figura se encuentra contemplada en sus artículos 52 y 53, los cuales respectivamente establecen que la inhabilitación, suspensión y pérdida de derechos, es de dos clases: la que por ministerio de Ley resulte de una sanción, como consecuencia necesaria de ésta y la que por sentencia se impone como sanción.

En cuanto a la primera clase, la inhabilitación, suspensión y pérdida de derechos, comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia.

Para la segunda clase, si se impone con otra sanción privativa de la libertad, comenzará al terminar ésta, y su duración será la señalada en la sentencia.

La inhabilitación consiste en la incapacidad decretada por el Juez para que un servidor público pueda ocupar un cargo público de nombramiento o elección popular, durante los términos que fije la Ley y que no será Mayor de veinte años.

La suspensión consiste en la privación temporal de los Derechos Civiles o Políticos que marca la Ley, por el lapso señalado en la misma, sin que pueda ser Mayor de seis años.

La pérdida de los Derechos Civiles o Políticos es la privación definitiva, en los casos especialmente señalados por la Ley.

²⁵⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 801.

Por su parte el segundo de los artículos mencionados nos refiere que la sanción de prisión produce la suspensión de los Derechos Políticos y los de tutela y curatela, y la facultad de ser Apoderado, Defensor, Albacea, Perito, Depositario o Interventor Judicial, Síndico, Interventor en Quiebras, Arbitro, Administrador y Representante de ausentes.

4.4.2.10.- TOQUE DE QUEDA “CURFEW ORDER”.

El cual consiste en obligar a la persona a permanecer en determinado lugar durante determinadas horas al día, previéndose en algunos casos la posibilidad de control electrónico.

En nuestro Código Pernal se encuentra contemplado en el arábigo 60 y se establece como confinamiento, el cual consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.

De igual forma refiere que el ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del sentenciado, confinamiento que no podrá exceder de seis años.

Por su parte, el artículo 201 de nuestro Código Procesal Penal establece la prohibición de salir del país, de la localidad o del ámbito territorial y es cuando el Juez o Tribunal emitan esta medida cautelar, exigirá al imputado que haga entrega de su pasaporte o permiso de estancia e internamiento en el país, en caso de que sea extranjero, informará a la Secretaría de Relaciones Exteriores dicha circunstancia y el tiempo que durará la medida.

4.4.2.11.- MONITOREO ELECTRÓNICO.

Se trata de que al reo se le coloque en su cuerpo una especie de transmisor en forma de reloj o de pulsera que debe portar permanentemente para que siempre este vigilado.

Son de las más novedosas aportaciones que la tecnología le ha dado al Derecho Penal, pues el monitor referido revela la presencia o ausencia del sujeto a través de la señal que emite el transmisor.

Respecto a esta figura, nuestro Código de Procedimientos Penales en su artículo 139 establece que cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, acudirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste resuelva de plano el arraigo con vigilancia de la autoridad, misma que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. Cuando se trate de delitos que no sean considerados como graves por el Código Penal para el Estado de Nuevo León, el indiciado podrá solicitar sea autorizada la utilización del brazalete electrónico en su persona, en substitución del arraigo. El Juez resolverá lo correspondiente. El arraigo o la utilización del brazalete electrónico se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, no pudiendo exceder de treinta días, prorrogables por igual término a petición del Ministerio Público. En caso de prórroga, el Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

Igualmente establece que el indiciado que voluntariamente se someta a la utilización del brazalete electrónico podrá realizar todas las actividades personales sin dejar de pernoctar diariamente en su domicilio, para lo cual la autoridad podrá disponer de la vigilancia de la policía.

Al respecto el Código Procesal Penal del Estado establece en su artículo 184 fracción V que a solicitud del Ministerio Público, de la víctima u ofendido, una vez que el imputado escuchó la formulación de imputación y tuvo la oportunidad de contestar el cargo mediante su declaración, el Juez o el Tribunal podrán imponer al imputado, después de escuchar sus razones, la colocación de localizadores electrónicos en la persona del imputado, sin que pueda emplearse violencia o lesionar su dignidad o integridad física; entre otras de las siguientes medidas cautelares.

Por su parte el artículo 203, al referirse a la imposición de localizadores electrónicos nos menciona que la medida cautelar consistente en la imposición de localizadores electrónicos se llevará a cabo con pleno respeto de la dignidad del imputado, quien puede ser oído para determinar el sitio anatómico donde éste será colocado, siempre y cuando no interfiera en la señal que deba emitir o en las características del diseño del mismo.

De igual forma menciona que el imputado será responsable del daño que ocasione al localizador electrónico o la pérdida del mismo y estará obligado a pagar su costo. Tendrá además, la obligación de informar al Tribunal cualquier enfermedad o padecimiento que presente, del que tenga conocimiento, que pueda ocasionar una afectación a su salud o al eficaz desempeño del localizador. Será su deber informar al Juez o Tribunal cualquier

circunstancia que se presente la cual pueda interferir con el eficaz funcionamiento del localizador electrónico.

Finalizando que el imputado que se someta a la utilización de un localizador electrónico podrá realizar todas las actividades personales, con excepción de aquellas que le sean restringidas por la imposición de una medida cautelar, sin dejar de pernoctar diariamente en su domicilio.

4.4.2.12.- SEMILIBERTAD.

Consistente en la obligación de pasar determinadas horas del día en la prisión ya que la libertad solamente se ve restringida sin que se llegue a privársele de ella por completo, tiene como finalidad el que el sentenciado pase determinados periodos en sociedad y determinados periodos en prisión.

Algunas de sus clases que han tenido más éxito son:

a).- El Arresto de fin de semana que consiste en la obligación del reo de pasar los días correspondientes a la semana recluido en la institución penitenciaria, generalmente se aprovechan las celdas que quedan libres por los reclusos, que en fase preliberacional, van los fines de semana a su casa.

b).- El arresto nocturno, que se implementa para que el reo pase las noches en la prisión y en el día pueda salir a trabajar o a estudiar.

c).- El arresto domiciliario, en el cual se le prohíbe al reo salir de su domicilio particular; y

d).- El arresto vacacional que consiste en que durante las vacaciones que le corresponden en su trabajo o en la escuela el reo este privado de su libertad.

En nuestro Estado existe el Reglamento Interior de las Instituciones Abiertas del Estado de Nuevo León, el cual es reglamentario de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales, en lo referente a la organización, funcionamiento, sanciones y medidas disciplinarias de las Instituciones Abiertas del Estado, así como el perfil y requisitos del interno propuestos para este tipo de Institución, regula asimismo, el tratamiento de readaptación, basándolo en salidas temporales del interno para actividades laborales, culturales y de esparcimiento, dada su mínima peligrosidad.

En las Instituciones Abiertas el tratamiento de readaptación se basa en salidas temporales del interno para actividades laborales, culturales y de esparcimiento, dada su mínima peligrosidad.

Sólo podrán ingresar a una Institución Abierta los sentenciados no reincidentes, cuyos estudios de personalidad arrojen un grado de peligrosidad mínima, con un trabajo donde podrán iniciar a laborar en cuanto sean trasladados a la Institución Abierta, con salud mental y física óptimas, sin problemas victimológicos, y sin adeudos en lo que se refiere a reparación del daño, así como arraigo familiar en la entidad.

Además el interno deberá solicitar a la Dirección de Prevención su ingreso a la Institución Abierta, señalando por escrito que

considera reunir los requisitos señalados en este Reglamento y comprometiéndose a cumplir su tratamiento readaptatorio, así como a respetar las Leyes y demás ordenamientos jurídicos vigentes en bien de la comunidad.

Los permisos de salida de la Institución serán a partir de las 6:30 horas y el regreso no podrá exceder a las 20:00 horas, dichos horarios se podrán desfasar, siempre que el interno demuestre fehacientemente que por motivos de trabajo y/o estudio o desplazamiento requiere diverso horario.

Todo interno que se encuentre en alguna Institución Abierta será sujeto a un régimen de trabajo, ya sea en el interior o exterior de dichas instituciones tomando éste como el tratamiento y medio para promover su buena resocialización y readaptación, permitiéndole atender tanto sus necesidades como las de su familia y su sostenimiento en la Institución.

4.4.2.13.- PROHIBICIÓN DE IR A LUGAR DETERMINADO.

Se le prohíbe al infractor que asista a un determinado lugar cuando dadas sus características y el hecho imputado se corre el riesgo de que pueda cometer nuevos delitos en ese lugar o pueda correr peligro su integridad física.

Los lugares por lo general son, cantinas, bares, prostíbulos, billares, palenques, etc.

Al respecto el Código Procesal Penal del Estado establece en su artículo 204 la prohibición de acudir a determinados lugares y convivir con personas determinadas.

Nos refiere que dicha medida cautelar consiste en la prohibición de acudir a determinados lugares o convivir con personas determinadas quedará sujeta a la vigilancia de la policía, quien deberá llevar a cabo la inspección y medidas de vigilancia necesarias para la supervisión de esta prohibición, mismas que deberán sujetarse al respeto pleno de los derechos fundamentales del imputado.

Refiere a su vez que el Juez o Tribunal determinará la periodicidad de los reportes que emita la policía de vigilancia, la que estará obligada a comunicar de inmediato al Ministerio Público cualquier violación de la prohibición impuesta y éste informarla, por cualquier conducto autorizado, con la misma inmediatez al Juez o Tribunal. El cual podrá ordenar que el imputado sea de inmediato llevado a su presencia y determinar, con audiencia del Ministerio Público, del imputado y su defensor, la imposición de una medida cautelar más severa.

Las mismas reglas serán aplicables cuando la medida cautelar tenga relación con la prohibición al imputado de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas.

Finalizando que la omisión en que incurra la policía de rendir los informes necesarios en la vigilancia de estas medidas, será comunicada al superior jerárquico del encargado de la vigilancia para que deslinde la responsabilidad correspondiente e informe al Tribunal las medidas que adopte en ese sentido.

La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos impide al penado volver al lugar en que haya cometido el delito, o a aquél sitio en el que resida la víctima o su familia, si fueren distintos, se trata, pues, de una restricción de la libertad ambulatoria del derecho a circular por el territorio nacional constitucionalmente proclamada, en esencia, reproduce el contenido de la ya desaparecida pena de destierro, lo positivo de esta sanción suele anotarse por la doctrina la liberación que produce en la víctima, su familia o coterráneos de la presencia del delincuente; evitándose con ello, además, la posible comisión de otros hechos delictivos en función de reincidencias o venganzas. Se trata, en definitiva, de neutralizar la peligrosidad del condenado y de favorecer la tutela de sus víctimas evitando el regreso de aquél, durante cierto tiempo, al lugar de los hechos o de residencia de éstas o de sus familiares. Piénsese, por ejemplo, en el disfrute, por el condenado a una pena de prisión, de un permiso de salida.²⁵¹

4.4.2.14.- LA CONFISCACIÓN.

La confiscación, del latín *confiscatio* proviene de *fiscus*, que originariamente era una canasta destinada a contener dinero, luego se dio ese nombre al tesoro del Estado o tesoro común y en Roma al tesoro imperial.

Consistía en declarar proscrito a un individuo desafecto al gobierno o a los gobernantes, podía ser un opositor franco o encubierto, algún enemigo personal del gobernante o de sus allegados, o rival de algunos de ellos, o demasiado prominente por su fortuna, por sus hechos, por sus virtudes o por su prestigio personal y cualquiera

²⁵¹ Landrove Díaz Gerardo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cuarta edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1996. Págs. 81-82.

podía acusarlo y, si prosperaba la acusación, su nombre era inscrito en la tabla de las proscipciones que se exhibía en el Foro.

La proscipción consistía en declarar a un ciudadano fuera de la Ley, es decir, privado de todos los derechos civiles y políticos, sin protección de ninguna clase contra cualquier atentado, por caprichoso, arbitrario o inicuo que fuese, sus bienes eran *confiscados* y la cuarta parte de ellos la recibía el acusador o los acusadores, como premio y compensación, frecuentemente eran asaltados sus domicilios y saqueadas sus residencias.

Lo que dio origen a la Declaración de inviolabilidad de la propiedad en las nacientes naciones democráticas de fines del siglo XVIII fue la necesidad de amparar la propiedad frente a los gobiernos que, desde la época romana, emplearon la confiscación de bienes como un instrumento de opresión y persecución política.

En el sistema romano, aunque tenía carácter penal, no era condena judicial propiamente dicha, y se conservó en Europa o, por lo menos, se aplicó hasta tiempos recientes.

En esa forma se dio el paso definitivo de carácter institucional mediante el cual se sustituye la confiscación de bienes por la expropiación, la confiscación de bienes queda definitivamente abolida, la expropiación por causa de utilidad pública o con fines de utilidad pública queda definitivamente consagrada.

Para que haya expropiación es necesario que el desapoderamiento de los bienes obedezca a causas de utilidad pública o interés general, que esa utilidad pública o ese interés general sean fijados y calificados por la Ley, que el móvil del acto sea impersonal,

como lo es la utilidad pública así como también lo es el interés general, que el objeto de la expropiación sea destinar el bien expropiado a la utilidad pública o al interés general que constituyó la causa de la expropiación y que debe aparecer expresamente determinado en forma concreta por la Ley.

Para que haya confiscación se requiere que el desapoderamiento de los bienes obedezca a causas de carácter personal o particular con relación al propietario, que se invoque como causa del desapoderamiento las faltas cometidas por el propietario, que no aparezca determinada y calificada por la Ley la causa de utilidad pública o de interés general que justifica el desapoderamiento, que, además de invocarse las faltas cometidas por el propietario, se ejecute el desapoderamiento como medida de castigo, penalidad o represión merecida por el propietario, aunque se le pague indemnización previa; lo que da al acto el significado de una pena impuesta a un culpable.

Siempre que una pretendida expropiación tenga como fundamentos actos u omisiones que se considera punibles, en vez de la utilidad pública y el interés general, se trata de una pena y no de un acto administrativo.

Siempre que el desapoderamiento va dirigido contra una persona o entidad determinada, en vez de ser estrictamente impersonal y objetivo, sin otra mira que entregar a la utilidad pública o a los fines de interés general un bien particular, se trata de una confiscación y no de una expropiación de bienes.

Siempre que el acto administrativo vaya en perjuicio de alguien y no en beneficio público, la confiscación de bienes se revela

por su naturaleza y carácter, aunque se presente encubierta bajo otra apariencia jurídica.²⁵²

En nuestra legislación nacional esta figura se encuentra prohibida por el artículo 22 Constitucional, el cual establece que quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, 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. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

Estableciendo a su vez que no se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos, ni cuando la decrete una autoridad judicial para el pago de responsabilidad civil derivada de la comisión de un delito. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes en caso de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109 Constitucional, la aplicación a favor del Estado de bienes asegurados que causen abandono en los términos de las disposiciones aplicables, ni la de aquellos bienes cuyo dominio se declare extinto en sentencia. En el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las siguientes reglas: será jurisdiccional y autónomo del de materia penal y procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas, respecto de los bienes siguientes: a) Aquellos que sean instrumento, objeto o producto del delito, aún cuando no se haya dictado la sentencia que determine la responsabilidad penal, pero existan elementos suficientes para determinar que el hecho ilícito sucedió. b) Aquellos que no sean instrumento, objeto o producto del

²⁵² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990. Pág. 822.

delito, pero que hayan sido utilizados o destinados a ocultar o mezclar bienes producto del delito, siempre y cuando se reúnan los extremos del inciso anterior. c) Aquellos que estén siendo utilizados para la comisión de delitos por un tercero, si su dueño tuvo conocimiento de ello y no lo notificó a la autoridad o hizo algo para impedirlo. d) Aquellos que estén intitulados a nombre de terceros, pero existan suficientes elementos para determinar que son producto de delitos patrimoniales o de delincuencia organizada, y el acusado por estos delitos se comporte como dueño. Toda persona que se considere afectada podrá interponer los recursos respectivos para demostrar la procedencia lícita de los bienes y su actuación de buena fe, así como que estaba impedida para conocer la utilización ilícita de sus bienes.

En otras palabras, se trata de la pérdida de la cosa a favor del Estado de determinados bienes u objetos que son propiedad del sentenciado o se encuentra conduciéndose como dueño, Rodríguez Manzanera menciona dos tipos de confiscación, la confiscación general, es decir, la que recae sobre todos los bienes presentes y futuros del condenado, misma que a la fecha ha desaparecido por completo de las legislaciones y la llamada confiscación especial, que consiste en la pérdida de los instrumentos del delito (*instrumenta sceleris*) y de los beneficios del delito (*producto sceleris*) a favor del Estado.

Se trata por lo general de una pena accesoria y no utilizada como alternativa de la prisión.

Nuestro Código Penal, en base a la permisón del artículo 22 Constitucional Federal refiere en su artículo 64 que el delito doloso determina la pérdida, en favor del Estado, de los instrumentos con que se cometan, respetando los derechos de terceros, mientras que el diverso 149 refiere que tratándose de delitos dolosos los Jueces

decretarán en la sentencia definitiva la pérdida, a favor del Estado, de los instrumentos del delito, de las cosas, bienes, objetos o valores provenientes directa o inmediatamente de su realización que no se entregaron por no haberse presentado persona alguna con derecho a reclamarlo; o de aquéllos que constituyan para el agente un provecho derivado del mismo delito, sean de uso prohibido o lícito, aunque pertenezcan o estén en poder de un tercero, cuando éste se halle en alguno de los casos a que se refiere el Artículo 409 del presente Código, independientemente de la relación que dicho tercero tenga con el delincuente, en su caso. Tratándose de armas de fuego se estará a lo dispuesto en las Leyes relativas.

Igualmente dispone que una vez puestos a disposición del Ejecutivo del Estado, se realizará pública subasta de ellos por la dependencia a quien se le haya encomendado tal tarea y el importe que se obtenga se destinará al mejoramiento del sistema integral de justicia, con deducción de los gastos realizados para la consecución de la subasta. Los nocivos o peligrosos se destruirán; se conservarán aquellos que puedan ser destinados a la prestación de un servicio público o factibles de ser otorgados en donación o comodato a instituciones de educación pública para fines didácticos, de docencia, de investigación o bien a instituciones públicas o privadas de beneficencia o asistencia social.

Y que las cosas, bienes, objetos o valores que estén a disposición de las autoridades investigadora o judicial, distintos a los antes mencionados, de no reclamarse dentro del plazo de sesenta días naturales, contados a partir de que se notifique a los interesados, se venderán en pública subasta y el precio que se obtenga se destinará al mejoramiento del sistema integral de procuración de justicia con deducción de los gastos realizados.

Como puede observarse de todo lo anterior, el Derecho Penal tiene un amplio panorama de sanciones de las cuales se puede echar mano para buscar cumplir los fines que persigue a través de la pena de prisión, las cuales si se implementan de manera eficaz y se regulan debidamente, pueden dar mejores resultados que la pena referida, incluso los sustitutivos en muchos de los casos resultan ser más económicos para el Estado.

Estoy de acuerdo que estamos en presencia de un objetivo difícil de conseguir el pretender excluir la pena de prisión como medio para hacer efectivos los sustitutivos de la misma, pues no lo permite la presión social que actualmente existe por lograr una seguridad pública inmediata, por lo que, por el momento tenemos que aceptar que en caso de incumplimiento a alguna de las penas sustitutivas, incluso el del trabajo en beneficio de la comunidad que es nuestro tema principal, debe aplicarse la pena de prisión.

Lo anterior no impide que se pueda intentar explotar las posibilidades que ofrece el aplicar las alternativas a la prisión con el objetivo de reducir el uso de la misma, justificando así el uso de la prisión como amenaza en caso de incumplimiento del sustitutivo ya que sea cual sea el ángulo con el que se le mire, se trata de una intimidación, característica afín a cualquier pena.

Pues bien, una vez que se abordó el tema del Derecho Penal en lo general, tema en el cual vimos cuales son las partes que lo componen así como los objetos que cada una de dichas partes estudia, así como también se expuso la manera en que se justifica, o bien, se pretende justificar que el Estado puede aplicar penas a conductas que estima nocivas a ciertos bienes jurídicos que decide proteger,

incluyendo los límites a esa facultad, e incluso vimos cuáles son éste tipo de sanciones que pueden aplicarse, pasamos a analizar nuestra figura principal de la presente investigación que lo es el Trabajo Comunitario o el Trabajo en Beneficio de la Comunidad el cual desarrollaremos en los capítulos siguientes.

Como conclusión podemos determinar que en nuestro sistema penal, por lo que se refiere a las penas existen dos tipos, la de prisión y las demás, siendo la primera la que se trata de evitar su aplicación bajo ciertas circunstancias y modalidades, lo que evidentemente nos lleva a la creación de dos sistemas penitenciarios en lo que se refiere al tema que se analiza, siendo el primero de ellos el del sistema de prisión y el segundo el del sistema de los sustitutos de la pena de prisión.

En base a lo expuesto no podemos dejar de lado lo que nos refiere Hilda Marchiori en sentido de que una de las mayores situaciones de stress desde el punto de vista existencial es la pérdida de la libertad, el encierro, la incomunicación con el núcleo familiar y con la comunidad, el cambio radical de modo de vida, de relaciones interpersonales, las limitaciones psicomotrices, las limitaciones culturales y especialmente la percepción existencial del tiempo.²⁵³

El ingreso a una institución penitenciaria del cual dependerá gran parte el futuro del individuo que en ella ingresa, tanto dentro como fuera del mismo, implica un cambio existencial de modo de vida que afectará su respeto y esencialmente su salud tanto física como mental, que incluso llega a hacernos la interrogante de si el individuo que llega a la institución y el que sale es el mismo.

²⁵³ Marchiori Hilda. *El Estudio del Delincuente*. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 2001. Pág. 1-10.

Contestar la interrogante del párrafo anterior no tendría ningún problema, y en consecuencia no se justificaría su elaboración, así como el de la presente investigación, si contáramos con un programa penitenciario funcional, así mismo si tuviéramos un programa de penas alternativas eficiente, programas que nos garantizaran una debida readaptación del delincuente al que le sea necesario aplicar la pena privativa de libertad habitual y una debida ejecución de la pena que se aplica a quien no ocupe la pena de prisión.

Ambos programas son insuficientes y ante dicha situación es verdaderamente importante la necesidad de frenar los traumas y demás problemas señalados a los que se enfrenta al ingresar un individuo a la prisión cuya conducta antisocial puede ser penada con una pena alternativa a la prisión.

Lo anterior se robustece al tomar en cuenta que no me parece aventurado estimar que para dar cumplimiento a la necesidad reconocida en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁵⁴ la cual establece que las penas mantengan una vertiente que posibilite la reinserción del individuo, pues también se puede lograr si existen medios alternos a la prisión.

Además se debe dar cumplimiento a los distintos Congresos Internacional Penales y Penitenciarios, así como los

²⁵⁴ Al respecto, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el artículo y el diverso artículo 17 de la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Nuevo León contemplan las bases generales de los sistemas penales entre los cuales se destaca por lo que se refiere al tema de nuestra investigación el de que el sistema se organizara sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para lograr la reinserción social del delincuente; también establecen que las mujeres y los hombres purgaran su condena en lugares distintos, a su vez refieren sobre la obligación de establecer instituciones para el tratamiento de adolescentes que cometan conductas consideradas como delitos y que los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios mas cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

diversos Congresos de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente que recomiendan la diversidad de establecimientos para la ejecución de condenas, lugares distintos para la ejecución de penas breves de prisión, por su parte Kimberg²⁵⁵ ha postulado que los delincuentes jóvenes y no depravados deben ser sometidos a un tratamiento educativo en semilibertad o en institución asistencial.

Así las cosas, y partiendo de que los criterios fundamentales de clasificación penitenciaria son: salud física y mental, situación jurídica, edad y sexo, existiendo además diversos criterios subclasificadores como: reincidencia, educación, profesión, peligrosidad, corregibilidad, procedencia geográfica, conducta, aprovechamiento de su tiempo pronóstico comportamental, afinidad, etcétera,²⁵⁶ y que tanto con las recomendaciones a que se refiere el párrafo anterior como con la clasificación penitenciaria se pretende evitar y/o reducir la contaminación criminógena por no ser recomendado desde la óptica de los tratamientos de readaptación o reinserción social, de la prevención general e incluso, de la prevención especial, podemos concluir que una vez que se cuente con estos sistemas debidamente funcionales nos va a resultar más que evidente que el no ingreso a la institución penitenciaria no nos va a representar más este problema.

²⁵⁵ Citado por Gutiérrez Ruiz Laura Angélica. *Normas Técnicas Sobre Administración De Prisiones*. Segunda Edición, Editorial Porrúa. México D. F. 2000. Pág. 22.

²⁵⁶ Gutiérrez Ruiz Laura Angélica. *Normas Técnicas Sobre Administración De Prisiones*. Segunda Edición, Editorial Porrúa. México D. F. 2000. Pág. 20.

CAPITULO QUINTO

EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

5.1- Introducción 5.2.- Antecedentes 5.3.- Definición del Trabajo en Beneficio de la Comunidad 5.4.- Naturaleza Jurídica del Trabajo en Beneficio de la Comunidad 5.5.- Características principales del Trabajo en Beneficio de la Comunidad 5.6.- Aspectos Generales del Trabajo en Beneficio de la Comunidad 5.7.- El Trabajo en Beneficio de la Comunidad en Otras Legislaciones 5.8.- El Trabajo en Beneficio de la Comunidad en Nuestra Legislación 5.9.- Fundamento Constitucional del Trabajo en Beneficio de la Comunidad 5.10.- El Trabajo Comunitario en Relación con la Víctima del Delito.

5.1.- INTRODUCCIÓN.

Se cree, por la Mayor parte de la sociedad, que la pena de prisión es una medida más o menos eficaz para una supuesta prevención del delito, lo que acoge indebidamente nuestra legislación

penalizando nuevas conductas y aumentando penas a las ya establecidas.

En los centros penitenciarios se llevan a cabo tratamientos y programas que se aplican a los reos mismos que tienen por objeto el de reinsertar al individuo que ha cometido un delito a la sociedad, tratando de evitar la denominada contaminación criminógena.

Dentro de los tratamientos aplicados en los centros penitenciarios se encuentran los llamados tratamientos básicos, siendo aquellos procesos dirigidos a incrementar y/o mejorar las potencialidades laborales, capacitativas y educativas de los internos, dentro de los que se encuentran contemplados el trabajo y la educación, destacándose al trabajo como el pilar en el tratamiento penitenciario según una clasificación de tratamientos con fines tanto didácticos como prácticos que en el año de 1990 elaborara el Dr. Carlos Tornero Díaz²⁵⁷ y que no se ha superado en la actualidad.

No es ajeno para nosotros el saber que el Estado le ha apostado a la prevención de la delincuencia, al endurecimiento de las penas y a la penalización, dejando de lado una serie de aspectos no penales que también son preventivos del delito y que incluso pueden llegar a ser más efectivos, entre los que destacan la educación y desde luego el trabajo.

Las diversas investigaciones que se han realizado sobre los defectos de la pena de prisión en su inmensa Mayoría han arrojado resultados negativos, pena que además ha dejado efectos sobre todo en aquellos internos cuyas penas son cortas, crisis que incluso han

²⁵⁷ Gutiérrez Ruiz Laura Angélica. *Normas Técnicas Sobre Administración De Prisiones*. Segunda Edición, Editorial Porrúa. México D. F. 2000. Págs. 42-45.

llegado a desestabilizar todo el sistema penal dado el abuso que de la misma se ha hecho.²⁵⁸

Paralelamente, en la actualidad la regla general es incorporar conductas delictivas a los Códigos penales y Leyes especiales tratando con ello que la delincuencia disminuya, regla que no ha sido efectiva e incluso ha ocasionado un Mayor deterioro en la certidumbre de que la pena de prisión sea la mejor vía para prevenir la delincuencia, incluso a la prisión se le han atribuido los defectos de que corrompe, enloquece, deteriora, disocia, embrutece aniquila físicamente y destroza moralmente al penado, también se le acusa de que destroza la familia, que es cara y antieconómica, estigmatiza, y que es el lugar de agrupaciones criminales así como resulta ser contradictoria a la sociedad.²⁵⁹

Aunado a lo anterior, los internos también tienen que lidiar con los abusos, corrupción y violencia que imperan dentro de los centros penitenciarios, abusos que han generado que los internos se unan entre ellos hasta llegar a formar verdaderos grupos de poder, los cuales en algunas ocasiones llega a equipararse al poder que legalmente tienen las autoridades penitenciarias.

Por otro lado, un factor adicional lo constituye la falta de autosuficiencia económica de los centros penitenciarios para poder proporcionar los tratamientos adecuados a los reclusos, lo cual es ocasionado además, por la crisis económica de la que no hemos salido en muchos años.

²⁵⁸ Barrieta López Fernando. *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa. México D. F. 1996. Pág. 176.

²⁵⁹ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999. Págs. 2-5.

A lo anterior hay que agregarle la denominada contaminación criminógena en la que no existe alternativa para el hombre preso más que tratar de llevar armónicamente, al menos desde la perspectiva del primo delinciente, una convivencia con verdaderos delincuentes reincidentes que al igual se encuentran internos, incluso con aquellos que sin ser reincidentes son internos verdaderamente peligrosos.

En algunas ocasiones el propio instinto de supervivencia humana termina convirtiendo al interno no peligroso en homicida al repeler las múltiples agresiones físicas y/o psicológicas que le proporciona el interno reincidente o peligroso, quien además en algunas ocasiones ha llegando a suicidarse dentro de la prisión por no aguantar las agresiones referidas.

No hemos terminado de comprender lo que de una u otra manera se nos ha dicho desde la época de Platón de que la educación previene el delito, pues ya desde su época nos advertía en un planteamiento no tan alejado de la realidad pero tampoco de todo cierto, de que el vicio radica en la ignorancia, y que los que delinquían era por falta de educación por tratarse de una de sus consecuencias.²⁶⁰

Por su parte Beccaria muchos siglos después estableció que el más seguro, pero el más difícil medio de evitar los delitos es perfeccionar la educación.²⁶¹

No se deja de lado el clamor popular que exige un sistema penal que sea rápido, justo y sobre todo confiable, el cual además debe

²⁶⁰ Citado por Arriola Juan Federico. *La Pena de Muerte en México*. Tercera Edición. Trillas. México D. F. 1998.

²⁶¹ Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición Actualizada Tomada de la Catorceava Edición Facsimilar. México D. F. 2005. Pág. 129.

tener una operación y definición que sea entendible para todos aquellos que no son conocedores de los términos jurídicos, pues en la totalidad de los casos en que alguna persona se ve afectada, su principal lema de “batalla” o más bien de “protesta” lo es el de “queremos que se haga justicia”, término que incluso aún es desconocido para los expertos en Derecho.

A su vez, el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., y su relativo numeral 17 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León disponen que el sistema de ejecución de sentencias privativas de libertad se basara en el trabajo.

Sobre esta garantía constitucional Palacios nos refiere que la readaptación social no sólo es un derecho de los llamados de seguridad jurídica, ya que es también un derecho de los denominados de libertad.

Es de seguridad jurídica porque el hombre que ingresa a prisión para cumplir una pena tiene derecho a que el sistema se organice para su provecho, no para su sufrimiento y que la seguridad jurídica radica, además, en saber (de acuerdo con la literalidad del fallo y a la luz de la Ley secundaria) aritméticamente cuándo y cómo podrá exigir su derecho a la externación.

Refiere que es un derecho de libertad porque con el paso del tiempo todo ser humano que se encuentre recluido tiene derecho a ser libre otra vez, argumenta que el fondo ético de la sanción privativa de libertad campea en la noción de readaptación social, pues con su búsqueda la sociedad pretende algo más que conseguir su interés

egoísta de protegerse, pues busca, dentro del mal que significa sufrir los efectos de la sanción, causarle un bien al condenado.

Concluye que la importancia del bien jurídico tutelado sería el criterio orientador de la penalidad para cada delito, de manera que el Juez no sea el único actor obligado a graduar de manera proporcional su decisión, sino también el legislador.²⁶²

No podemos dejar la de lado, ya que incide directamente en el tema de nuestra investigación, los múltiples delitos culposos en los que el sentenciado, por no tener los medios económicos suficientes para garantizar los requisitos legales que le permitan obtener un beneficio, ingresa a la prisión, estando además algunos casos en los que el delito no obstante de ser doloso, la pena aplicada se puede cambiar por algún beneficio y no se cuenta con los requisitos, por carecer de requisitos económicos para que pueda obtenerlos.

De lo todo lo anterior trataremos de poder demostrar con la presente investigación lo siguiente:

1.- Que a la fecha sigue siendo deficiente la regulación del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León.

2.- Que a la fecha sigue siendo aún más deficiente, la regulación de la ejecución del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León.

²⁶² Palacios Pámanes Gerardo Saúl. *La Cárcel Desde Adentro. Entre la Reinserción Social del Semejante y la Anulación del Enemigo*. Editorial Porrúa. México. 2009. Pág. 70

3.- Que el trabajo comunitario debidamente regulado, tanto en su aplicación como en su ejecución puede lograr una completa reinserción social sin que sea necesario el ingreso a la prisión, evitando así por completo la tan temida contaminación criminógena.

4.- Que este proceso de reinserción es más eficaz, llevará mucho menos tiempo y será más barato para el Estado.

5.- Que este proceso de reinserción es más benéfico para el sentenciado.

6.- Que el trabajo comunitario impuesto como pena es una estructura penal de prevención del delito.

7.- Que el trabajo comunitario por sí mismo y no impuesto como pena, también es una estructura no penal de prevención del delito.

8.- Que para lograr que las penas sean efectivas, antes de hacerlas norma vigente, deben estudiarse de la misma forma en que se ha estudiado al Derecho Penal para saber en qué partes de éste es necesario que sean ubicadas.

9.- Que el trabajo comunitario, al igual que el Derecho Penal, tiene una parte objetiva y una parte subjetiva.

10.- Que el trabajo comunitario, de igual forma que el Derecho Penal, tiene una parte general y una parte especial.

11.- Que el trabajo comunitario, así como el Derecho Penal, tiene una parte sustantiva y una parte adjetiva.

12.- Que el trabajo comunitario, al igual que el Derecho Penal, tiene una parte ejecutiva.

13.- Que el trabajo comunitario para que realmente sea efectivo, debe estar contenido en la parte general, en la parte especial, en la parte adjetiva y en la parte ejecutiva del Derecho Penal de nuestro Estado.

Si demostramos lo anterior se cumplirá con el objetivo de la presente investigación que en esencia es la aplicación futura de la sanción del trabajo en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la prisión, para lo cual se abordaran las siguientes cuestiones:

a).- En primer lugar se expondrán los antecedentes, su definición y la naturaleza jurídica del trabajo en beneficio de la comunidad.

b).- En segundo lugar, se analizará el marco legal que contempla el trabajo en beneficio de la comunidad.

c).- Posteriormente se valorará la regulación del trabajo en beneficio de la comunidad en la legislación penal y sus respectivos problemas.

d).- Finalmente se sugieren las modificaciones necesarias para que pueda cumplir con su función principal que es la de sustituir el uso de la prisión.

5.2.- ANTECEDENTES

El Trabajo y privación de libertad, nos dice al respecto Téllez Aguilera, han sido históricamente dos institutos estrechamente vinculados. En la Edad Media la obligación de trabajar también fue elemento constitutivo de determinadas penas, sin olvidar que será en la Edad Moderna, sobre todo a partir del siglo XVI, cuando las primeras manifestaciones prisionales, las conocidas "Houses of Correction", tengan al trabajo como elemento más característico, aparte de estos antecedentes más o menos remotos, la primera manifestación doctrinal a favor de una "esclavitud temporal del trabajo y de la persona a la sociedad común", esto es, a lo que posteriormente se ha venido en llamar "penas vinculadas a la comunidad" (community sanctions) lo encontramos en el Dei delitti de Cesare Beccaria (1764) quien la consideraba la pena más apropiada para los delitos de hurto, fue en el siglo XIX cuando sobre sólidas bases doctrinales, entre los que destacan autores como Von Litz, Garófalo y Luis Silvela, cuando algunos ordenamientos comienzan a acoger esta nueva modalidad punitiva para sustituir la multa por trabajos de repoblación forestal de donde pasaría a convertirse en una vía sustitutiva y paralela de la multa en algunos textos penales, pero, sería en los años sesenta cuando varias propuestas de reforma en Alemania, Holanda e Inglaterra recogen la idea de convertir el trabajo en favor de la comunidad en una pena autónoma (ya principal ya sustitutiva de las penas de prisión) y diversos países fueron asumiendo esta modalidad penal.²⁶³

²⁶³ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 113-116.

Estamos de acuerdo en lo establecido por Rodríguez Manzanera en el sentido de que las penas laborales, de larga Historia, llegaron a convertirse en una vergüenza para la humanidad; los caminos, las minas, las galeras, vieron extinguirse a millares de hombres agotados y destruidos, y es hasta hace poco en que se ha pensado en el trabajo como substitutivo de la pena de prisión y por lo tanto, realizado en libertad.²⁶⁴

Pero no fue sino hasta los principios de los años setenta cuando en Inglaterra surge lo que actualmente se conoce como la sanción que consiste en prestar trabajos a favor o a beneficio de la comunidad, dicha figura, en una primera impresión parecía solucionar los graves problemas penitenciarios que en la referida época acogía el gobierno de Inglaterra, elogiándose en consecuencia su nacimiento.

Se creía que podía sin problemas sustituir a la prisión y a su vez se creía que conseguiría rehabilitar al delincuente introduciéndolo en el mundo del trabajo y, además, se consideraba que sería una sanción que restauraría a la colectividad el beneficio que debía obtener o nunca haber resentido por el daño sufrido como consecuencia de la comisión de un delito.²⁶⁵

Desde entonces diversas legislaciones, especialmente las europeas así como diversos autores de las ciencias penales y criminológicas, ha procedido a adoptarlas, las primeras en sus diversos marcos legales y los segundos a profundizar en su estudio y funcionamiento de esta sanción de trabajo en beneficio de la comunidad

²⁶⁴ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición. Porrúa S. A. México D. F. 1999. Pág. 82.

²⁶⁵ Cid Moliné José, *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 93

siempre enfocada a tratarla primordialmente como una pena alternativa a la prisión.

Aunque el trabajo en beneficio de la comunidad se ha extendido en los últimos años a muchos países, la experiencia más consolidada ha sido la que se produce en Inglaterra, quien como ya se mencionó, es pionera en esta asunción, pues introdujo en 1972 la Community Service Order que se define como aquella respuesta social no definitiva frente al delito, que consiste en la prestación de un determinado número de horas de trabajo no remunerado en beneficio de la comunidad por quien ha sido declarado culpable de un delito castigado con pena de prisión, y que, una vez informado el Tribunal sentenciador, presta su consentimiento a la medida, de tal suerte que si no lleva a cabo el trabajo señalado, sin causa razonable, se retrotrae el procedimiento penal al momento en que se acordó la medida, y dado el origen británico de la institución, los Estados Unidos de Norteamérica no han quedado ajenos a su influencia, siendo reseñable los programas instaurados en tal sentido en Nueva York.²⁶⁶

Dados los antecedentes referidos y en atención a que el trabajo obligatorio en libertad presenta múltiples ventajas, pues el reo no pierde la continuidad de su vida familiar y social, siendo pena barata y productiva es uno de los principales motivos por los que fue recomendado por el Congreso Internacional Penitenciario de Londres y ha sido muy utilizado en los países socialistas, gracias al control estatal de las industrias, y de los sindicatos.²⁶⁷

En el estudio de Young²⁶⁸ se considera que la razón para introducir nuevas alternativas, como el trabajo en beneficio de la

²⁶⁶ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 116-117.

²⁶⁷ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición. Porrúa S. A. México D. F. 1999. Pág. 83.

comunidad llamado “Community Service Order” en Inglaterra, fue la voluntad de reducir el uso de la prisión y sobre ello se plantean dos cosas, ¿qué motivaciones influían la voluntad de reducir el uso de la prisión? y, segundo, ¿por qué se necesitaban nuevas alternativas para cumplir con este objetivo?

Sobre la primera pregunta o sea las motivaciones para reducir el uso de la prisión, baraja el autor Cid Moliné cuatro hipótesis:

a).- El humanitarismo, ya que en los años sesenta habían aumentado las críticas a la prisión.

b).- La ineffectividad rehabilitadora de la prisión, que había pasado a ser discurso oficial.

c).- La masificación en las cárceles ya que la población reclusa no había dejado de crecer desde 1948; y

d).- Las razones económicas que representan un elevado costo de la cárcel frente a las penas alternativas y la posibilidad de que éstas fueran aplicadas por los servicios sociales ya existentes.

Considera que, si bien es cierto que la totalidad de las razones expuestas son importantes, fue la motivación económica la más decisiva para implementarla, opinión con la cual estoy de acuerdo, no obstante, estimo que en mucho influyó el hecho que desde aquellas fechas, al igual que en la actualidad, se haya detectado la ineffectividad

²⁶⁸ Dicho estudio junto con el de Wooton fue la base de la introducción del trabajo en beneficio de la comunidad en Inglaterra, según cita que al respecto hace Cid Moliné José, *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 95.

rehabilitadora de la prisión, solo que al igual que hoy en día, no podía aceptarse abiertamente ante la opinión pública.

En cuanto a la segunda pregunta, o sea la necesidad de nuevas alternativas para reducir el uso de la cárcel, el autor considera que las alternativas clásicas en Inglaterra la multa y la probation tenían problemas de aplicación, la multa tanto por las dificultades de ejecución como por el recurso a la cárcel para garantizar su cumplimiento y la probation porque había disminuido mucho la confianza en su eficacia rehabilitadora y, en todo caso, se veían insuficientes para absorber el incremento de la criminalidad que se produce a partir de finales de los años cincuenta.

Como explica Young, la peculiaridad del trabajo en beneficio de la comunidad frente a otras alternativas que se fueron introduciendo en esos años es que quienes la apadrinaron consideraban que la nueva sanción tendría capacidad de adecuarse a filosofías penales que podrían considerarse opuestas, pues en primer lugar se la veía como una alternativa de Mayor severidad que la multa o la probation y, por tanto, con capacidad para sustituir a la prisión en la prevención de la delincuencia, y en segundo lugar se consideraba que el trabajo en beneficio de la comunidad permitiría dar una respuesta a las necesidades de la víctima, cuyas preocupaciones empiezan a ser más atendidas a partir de finales de los años cincuenta.

Por último, se creía que el trabajo en beneficio de la comunidad podría ser más eficaz en la rehabilitación que la “probation”, en la medida en que esta última estaría anclada en una concepción individual de la rehabilitación, descargando todo el peso en el propio infractor, mientras que el trabajo en beneficio de la comunidad permitiría reforzar los lazos entre el individuo y la comunidad, a través de la

relación del infractor con personas que voluntariamente dedicaban parte de su tiempo a satisfacer necesidades de la colectividad.

Una vez vistos los antecedentes de lo que ahora es el trabajo en beneficio de la comunidad procederemos a definirlo.

5.3.- DEFINICIÓN DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Esta pena de trabajo en beneficio de la comunidad ha sido definida de diversas formas, así por ejemplo Téllez Aguilera nos dice que la misma consiste en prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas".²⁶⁹

Los trabajos en beneficio de la comunidad obligan al penado a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública²⁷⁰, establece que sólo es aplicable cuando consienta en ello el penado, de lo contrario se vulneraría la constitución que prohíbe la aplicación de penas consistentes en trabajos forzados.

²⁶⁹ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 126.

²⁷⁰ Berdugo Gómez De La Torre Ignacio, Arroyo Zapatero Luis, García Livas Nicolás, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecabras José Ramón. *Lecciones De Derecho Penal Parte General*. Editorial Praxis. Segunda Edición. Barcelona España 1999. Pág. 359

Dice Eugenio Cuello Calón²⁷¹ que un sustituto de la pena corta de prisión es la prestación de trabajo penal sin reclusión que tendría la ventaja de evitar al condenado las maléficas influencias de la prisión y constituiría una fuente de ingresos para el Estado, consiste en el compromiso contraído por el delincuente de observar buena conducta en el porvenir, del que responde mediante la prestación de un trabajo personal, opera como sustituto de la multa no pagada o de la prisión.

Sergio García Ramírez²⁷² dice que el trabajo penal en libertad marca una de las grandes esperanzas penológicas, en cuanto mantiene el Estado normal del sujeto y permite, a la vez, el tratamiento ambulatorio, la reparación del daño gracias al trabajo del reo y la persistencia corriente de la familia de éste, sus escollos son, por lo demás, el hecho de que en demasiados casos el tratamiento sería impracticable sin institucionalización, y la escasa preparación de la sociedad, en su conjunto, para aceptar de buen grado este género de medidas, en algunas comunidades la venganza privada reemplazaría a la justicia, acusada de benevolencia rayana en la lenidad.

Para el Código Penal del Estado el trabajo en beneficio de la comunidad consiste según se desprende de su arábigo 51 en la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada.

En el Código penal Federal, el artículo 27 establece que el trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales.

²⁷¹ Citado por Reynoso Dávila Roberto. *Teoría General De Las Sanciones Penales*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 1996. Pág. 148.

²⁷² Ídem. Pág. 149.

En mi opinión, el trabajo en beneficio de la comunidad es la pena impuesta al delincuente consistente en la realización obligatoria de un número determinado de jornadas de trabajo a favor de la comunidad, a las cuales se ha dado el consentimiento previo de que no serán retribuidas mediante pago alguno.

5.4.- NATURALEZA JURÍDICA DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

Al abordar su estudio en la presente investigación, y en atención a la definición del trabajo en beneficio de la comunidad debemos tener en cuenta varios aspectos en atención a su naturaleza jurídica.

Pues bien, no podemos negar que aun y cuando se requiera de su consentimiento para su aplicación, tal y como se verá en los renglones precedentes, no podemos negar que se trata de una pena.

Dentro de las diversas clases de penas esta figura encuadra en las privativas de derechos pues se advierte de su definición que una de sus consecuencias es la pérdida de la percepción salarial a que constitucionalmente se tiene derecho por la prestación de un trabajo.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la nación ha establecido en la tesis de rubro **“TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD, NO ES UN BENEFICIO EL”** que la pena sustitutiva

de jornadas de trabajo en favor de la comunidad, prevista en los artículos 24, punto 2 y 27 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal, no es un beneficio, sino una pena, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5o. Constitucional, párrafo tercero, que establece: "Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123".²⁷³

También ha establecido en la tesis de rubro **JORNADAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD, ES UNA PENA IMPUESTA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL Y NO RELACIÓN LABORAL CON EL ESTADO** que de acuerdo con el contenido del artículo 27 del Código Penal para el Distrito Federal, la substitutiva de jornadas de trabajo en favor de la comunidad, constituye una penalidad, por referirse al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, y no relación laboral con el Estado, como equivocadamente los interpreta la autoridad responsable, puesto que el Código Penal remite a la Ley Federal del Trabajo, únicamente en lo que se relaciona con las jornadas extraordinarias y su forma de cumplirse, pero de ninguna manera para modificar o dejar de aplicar el quinto párrafo del artículo 29 del Código Penal para el Distrito Federal, que establece la substitución de un día multa por cada jornada de trabajo no remunerada en favor de la

²⁷³ Octava Época. Instancia: Primera Sala Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación 54, Junio de 1992 Página: 11. Tesis: 1a./J. 1/92. Jurisprudencia. Materia(s): Penal. Contradicción de tesis 21/89. Entre las sustentadas por el Primero y Segundo Tribunales Colegiados en Materia Penal del Primer Circuito. 13 de Enero de 1992. Mayoría de 4 votos, con voto en contra de la señora Ministra Victoria Adato Green. Ponente: Clementina Gil de Lester. Secretario: José Luis Guzmán Barrera. Tesis de Jurisprudencia 1/92. Aprobada por la Primera Sala de este alto Tribunal en sesión privada de primero de Junio de mil novecientos noventa y dos, por unanimidad de cinco votos de los señores ministros: Presidente Santiago Rodríguez Roldán, Luis Fernández Doblado, Victoria Adato Green, Samuel Alba Leyva y Clementina Gil de Lester. México, Distrito Federal, a dos de Junio de mil novecientos noventa y dos. Nota: Esta tesis también aparece publicada en el Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, Primera Parte, tesis 360, pág. 199.

comunidad; por consiguiente, si tales jornadas de trabajo se establecen sin remuneración, por tratarse de una pena impuesta por la autoridad judicial, resulta antijurídico desnaturalizar tal sanción, al considerarla como relación de trabajo.²⁷⁴

Finalmente y en este mismo sentido, consideró en la tesis de rubro **TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD Y SEMILIBERTAD CONDICIONADA. AL TENER EL CARÁCTER DE PENAS, ES EL JUZGADOR QUIEN DEBE DECIDIR ESPECÍFICAMENTE, CUÁL DE LAS DOS OTORGA (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE GUANAJUATO)** que el artículo 49 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece que al dictar sentencia definitiva, el Tribunal del conocimiento resolverá lo relativo al trabajo en favor de la comunidad o la semilibertad condicionada, figuras a las que la mencionada legislación sustantiva penal les da la categoría de penas, según se desprende del contenido de su artículo 38, fracciones II y III y, por otra parte, el artículo 100 del Código citado establece que el juzgador fijará las penas y medidas de seguridad. En congruencia con lo anterior, es evidente que el órgano jurisdiccional decidirá específicamente cuál de los sustitutivos referidos otorgará, sin que tal cuestión pueda quedar al arbitrio del sentenciado, ya que ello sería contrario a lo dispuesto por el indicado artículo 100. Por lo tanto, el Juez del conocimiento determinará cuál de dichas formas de sustitución otorga, ya que si establece genéricamente la procedencia de ambas, de facto sería el sentenciado el que decidiera el sustitutivo aplicable, en contra de lo previsto en el citado artículo 100 del Código Penal para el Estado de Guanajuato.²⁷⁵ Y complementando ese criterio la tesis de

²⁷⁴ Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990. Página: 367. Tesis: I. 1o.P. J/8. Jurisprudencia Materia(s): Penal.

²⁷⁵ Novena Época. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXI, Febrero de 2005. Página: 296. Tesis: 1a./J. 105/2004. Jurisprudencia Materia(s): Penal.

rubro **JORNADAS DE TRABAJO NO REMUNERADAS A FAVOR DE LA COMUNIDAD. LA SUSTITUCIÓN DE LA MULTA POR ÉSTAS, NO CONSTITUYE UN BENEFICIO SINO OBLIGACIÓN SUBSIDIARIA EN CASO DE INSOLVENCIA TOTAL O PARCIAL DEL SENTENCIADO** que establece que las jornadas de trabajo no remuneradas a favor de la comunidad, además de tener el carácter de pena, también pueden ser un sustitutivo de la multa de conformidad con el párrafo tercero del artículo 36 del Código Penal para el Distrito Federal, cuya aplicación es potestad del Juez de la causa al individualizar la pena y sin que para ello se requiera de la solicitud del Ministerio Público en su pliego acusatorio. No obstante, la denegación de ese sustitutivo no lesiona los intereses del quejoso, puesto que acorde con el artículo 39 de la referida codificación sustantiva, únicamente opera cuando se acredite que el sentenciado no puede pagar la multa o sólo puede cubrir parte de ella, lo que significa que no constituye una opción para éste, de tal manera que indefectiblemente se encuentra obligado a pagarla salvo el caso en que se acredite su insolvencia total o parcial, supuesto en el cual, en sustitución de la multa que no pudo pagar, se le obliga a prestar jornadas de trabajo a favor de la comunidad sin remuneración; de consiguiente, tal sustitutivo penal no alcanza el rango de beneficio porque no se resuelve en una alternativa favorable para el sentenciado sino en una obligación subsidiaria que de manera alguna podría beneficiarle, dado que de actualizarse la hipótesis, ello impediría la extinción de la multa por prescripción y, en tal orden, es inaceptable conceder el amparo para dar vida jurídica a dicho sustitutivo penal a todas luces en perjuicio del sentenciado.²⁷⁶

En la misma categoría lo encuadra la autora Sanz Mulas, quien al referirse en específico a las penas privativas de derechos,

²⁷⁶ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Mayo de 2007. Página: 1793. Tesis: I.10o.P. J/11. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

entendiendo por estas como todas aquellas que no afectan el derecho a la libertad ni al patrimonio del delincuente, han evolucionado en la época actual de una manera sorprendente, lo cual es benéfico para la figura que se analiza y que creemos encuadra su naturaleza en este tipo de penas, la autora referida atribuye esta evolución al hecho de que en sociedades como las actuales, la capacidad de obrar, el acceso a la información pública, el ejercicio de una profesión o de una actividad artesanal o comercial y hasta el uso del permiso de conducir son condiciones fundamentales del trabajo y de la supervivencia,²⁷⁷ y que al privarse del trabajo llegan a conseguirse los fines preventivos generales y especiales que caracterizan a las penas, por ello, sostiene la misma autora que las penas privativas de derechos deben estar sujetas al principio de jurisdiccionalidad de manera que sean infligidas por el Juez no de una forma automática sino de conocimiento de causa; es decir, sobre la base de su exacta comprensión y connotación del hecho.²⁷⁸

Sobre este tema Téllez Aguilera refiere que la naturaleza jurídica de los trabajos en beneficio de la comunidad nos indica que no obstante ser obvio, en el sentido jurídico del término es una pena y que no ha dejado de encontrar opiniones en contrario, que el propio Código Penal Español la cataloga como de privativa de derechos y el hecho de que se exija de consentimiento es un requisito garantista sin que ello suponga destruir la coactividad propia de las penas, y que los derechos que restringe son los derechos al salario y descanso semanal los que se ven directamente afectados por esta modalidad punitiva.²⁷⁹

²⁷⁷ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Págs.

²⁷⁸ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Págs.

²⁷⁹ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 119-121.

En el Código Penal del Estado de Nuevo León, en el artículo 45 bis fracción I establece que son consecuencias jurídicas de responsabilidad por la comisión del delito las sanciones, por su parte en el inciso c) de su artículo 46 establece que las sanciones aplicables por la comisión de delitos son entre otras el trabajo en beneficio de la comunidad, mientras que al hablar de las sanciones en particular nos dice en su artículo 51 que el trabajo en beneficio de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al destinado al desarrollo de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que puedan exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El número de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad será fijado por el Juez, considerando las circunstancias del caso y que el trabajo en beneficio de la comunidad puede ser pena autónoma en los casos en que así lo determine este Código, pena substitutiva de la prisión o de la multa o bien, puede ser de imposición conjunta a otras penas substitutivas de la prisión.

El Código Penal Federal establece en el punto 2 de su artículo 24 que las penas y medidas de seguridad son el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad y en su respectivo artículo 27 establece que el trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo

la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutiva de la prisión o de la multa. Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso. Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

Otra ventaja que representa para la figura que se estudia el ubicarla en su naturaleza jurídica como una pena privativa de derechos, lo es el que éstas penas son las más aptas para reducir el uso de la cárcel, pues son las que se encuentran en mejores condiciones para sustituirla en el tratamiento penal de ciertas conductas de gravedad intermedia y baja, pues en determinados casos, la amenaza de una prohibición de realizar ciertas conductas puede tener un apreciable efecto preventivo-general y cuando se lleve a cabo de forma rigurosa también un indudable efecto de prevención especial.²⁸⁰

El trabajo en beneficio de la comunidad tiene un doble contenido de afcción a derechos: priva de un bien económico (ya que del trabajo realizado no se recibe ninguna retribución) y restringe la libertad de movimiento (ya que la persona está obligada a dedicar parte de su tiempo libre a trabajar).²⁸¹

Así las cosas podemos concluir que el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena privativa de derechos que es impuesta al delincuente y que consiste en la realización obligatoria de un número determinado de jornadas de trabajo a favor de la comunidad, a las

²⁸⁰ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Págs.

²⁸¹ Cid Moliné José, *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 107.

cuales se ha dado el consentimiento previo de que no serán retribuidas mediante pago alguno.

Retomando el tema de que si cuando se aplica trabajo en beneficio de la comunidad como pena sustitutiva de la prisión se genera una relación laboral entre el penado y el Estado, es conveniente destacar por una parte lo que el Poder Judicial Federal ha establecido en su jurisprudencia de rubro **JORNADAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD, ES UNA PENA IMPUESTA POR LA AUTORIDAD JUDICIAL Y NO RELACIÓN LABORAL CON EL ESTADO**²⁸², en la que de una manera general establece que jornadas de trabajo en favor de la comunidad, constituye una penalidad, por referirse al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, y no relación laboral con el Estado, puesto que el Código Penal remite a la Ley Federal del Trabajo, únicamente en lo que se relaciona con las jornadas extraordinarias y su forma de cumplirse.

Al respecto estimo que si bien no se trata de una relación laboral, tampoco puede negarse del todo, lo anterior en base a que se trata de la realización de un trabajo en beneficio de la comunidad, prestación que está obligada a proporcionar el Estado, la cual realiza a través de los trabajadores que para dicho fin contrata, siendo la única diferencia el hecho de que no se percibirá sueldo alguno por parte del penado, situación la cual está acorde al régimen de la Constitución, robustecido lo anterior con el hecho de que los sistemas penitenciarios de reinserción están basados en el trabajo atento a lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. y su correlativo artículo 17 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León.

²⁸² Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. VI, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1990. Página: 367. Tesis: I. 1o.P. J/8. Jurisprudencia Materia(s): Penal.

Aunado a lo anterior la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales en el Estado establece en su artículo 1° que tiene por objeto establecer las bases del sistema, régimen y tratamiento penitenciario, así como la administración de la prisión preventiva, ejecución de las sanciones y medidas de seguridad, especiales y de vigilancia. 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 de arte, cultura, religiones y demás que tiendan al mejoramiento del desarrollo humano, para lograr la reinserción social del interno y procurar que no vuelva a delinquir. La autoridad adoptará las medidas necesarias para procurar que el interno tenga un retorno progresivo a la vida en sociedad mediante un régimen preparatorio para su liberación y reinserción social, a su vez, por lo tanto se concluye que cualquier penado que no sea privado de su libertad debe ser, sin considerarse un trabajador del Estado, protegido por los servicios médicos y demás beneficios que prevea la Ley, solo que a diferencia del recluso, cuando se condena a alguien a prestar jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, durante su etapa de ejecución, éste lo desempeñara sin percibir remuneración alguna.

5.5.- CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD.

En este tema abordaremos las características principales que diversos autores le atribuyen a la figura que estudiamos.

Al respecto empezaremos con lo que nos refiere Viera quien establece que la duración del Trabajo en beneficio de la comunidad no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.- La ejecución se desarrolla bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.- No atentará a la dignidad del penado.

3.- El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.- Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.- No se supeditará al logro de intereses económicos.

7.- Esta pena estará regida por un principio de flexibilidad.

8.- No podrán imponerse sin el consentimiento del penado.

9.- La actividad aceptada le obliga a prestar su cooperación no retribuida.²⁸³

Por su parte Téllez al abordar al trabajo a favor de la comunidad recalca el hecho de que sin duda alguna, la Mayor

²⁸³ Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 17.

singularidad de esta pena viene determinada por el hecho de que su imposición y ejecución requiera el previo consentimiento del penado, pues este requisito es un elemento garantista que pretende evitar que la pena que venimos estudiando se convierta en una nueva fórmula de trabajos forzados, inadmisibles en nuestro ordenamiento constitucional ya que la prohibición de trabajos forzados la encontramos expresamente en el artículo 22 de la Constitución y recordemos que los trabajos en beneficio de la comunidad son una pena privativa de derechos, por lo que no se puede poner en duda si realmente estamos ante una pena, aunado a que se trata de un consentimiento que se exige tanto para la imposición de la pena como para la ejecución de la misma, el primero de ellos (consentimiento para la imposición) se realiza ante el Juez o Tribunal sentenciador bien cuando se le sentencia, ó bien antes de dictarse la sentencia, normalmente al final del juicio y sin que ello prejuzgue el sentido condenatorio de aquélla, argumentando que es este primer consentimiento un consentimiento general, respecto de la pena en abstracto, ya que en este momento el órgano judicial no puede ofrecer un trabajo concreto a desempeñar por el penado.

Realizado este consentimiento y, por tanto, impuesta la pena, se requerirá un segundo consentimiento respecto al trabajo concreto ofertado (y las condiciones del mismo), concluyendo que dado que la función garantista de la exigencia del consentimiento no convierte a la pena de trabajos en una manifestación del *ius puniendi*, es decir, el hecho de que un delito quede o no impune no puede estar en las manos del propio delincuente, de tal forma que la no prestación de consentimiento respecto aquélla daría lugar al cumplimiento de la pena alternativa impuesta en la sentencia.²⁸⁴

²⁸⁴ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas penas y medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 127-129.

Aunado a lo anterior le atribuye al trabajo a favor de la comunidad las siguientes características:

1.- EL CARÁCTER NO RETRIBUTIVO DEL TRABAJO.-

El carácter gratuito de la prestación objeto de la pena de trabajos comunitarios es inherente al propio contenido de la sanción, guarda relación con la orientación reparadora que persigue esta pena y pretende evitar el injustificable privilegio de los penados frente a amplios colectivos que se encuentran en desempleo forzoso que se produciría si el condenado recibiera por el cumplimiento de la pena una contrapartida económica, en ningún caso, pueda convertirse en una vía para reemplazar a trabajadores asalariados anteriormente ocupados en dichas actividades.

2.- LAS FINALIDADES QUE HA DE PERSEGUIR EL TRABAJO.-

La actividad objeto de la pena de trabajos comunitarios ha de ser de utilidad pública y, por tanto, no ha de estar supeditada al logro de ningún interés económico, ya que el último beneficiario de esta pena es la sociedad, siendo éste el requisito que le da sentido a la pena que venimos comentando, por lo que debe desarrollarse en actividades de beneficencia o asistencia social dirigidas a atender las necesidades de los colectivos más desfavorecidos, en actividades de las que se derivan en abstracto, un beneficio para la comunidad como labores en sectores de la ciencia, investigación, educación, arte, deporte, cooperación al desarrollo, religión siempre que se cumplan con los requisitos de no perseguir fines económicos lucrativos y no tenga trabajos remunerados y estar orientados a un fin de beneficio comunitario y desarrollarse en el marco de una organización.²⁸⁵

²⁸⁵ *Ídem.* Pág. 130-132.

3.- LA DURACIÓN DE LA PENA Y LA DURACIÓN DE LA JORNADA.- La aplicación a los supuestos en los que se acumula la jornada laboral ordinaria que realiza el sujeto con las horas dedicadas al cumplimiento de la pena que venimos estudiando, es un factor que no debe acontecer en esta pena, pues como bien se ha señalado, en primer lugar si tales límites laborales pretenden salvaguardar un mínimo de tiempo libre del trabajador que permita su desarrollo personal, el sentido de la pena de trabajos comunitarios es, precisamente, la privación de parte del tiempo libre del penado; en segundo lugar, no resulta fácil respetar estos límites cuando el penado desarrolla un trabajo remunerado a jornada completa, en cuyo caso la aplicación de aquellos topes supondría en la práctica la inejecutividad de las penas en dichos supuestos; y, en tercer lugar, no debe olvidarse que los límites temporales están pensados para las relaciones laborales en libertad con lo que su aplicación en el ámbito de una sanción penal no tiene demasiado sentido, máxime cuando se garantiza los derechos laborales del penado, pero circunscribiéndolos a los consagrados en la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.²⁸⁶

4.- LA AUSENCIA DE MENOSCABO DE LA DIGNIDAD DEL PENADO Y LA APLICABILIDAD DE LOS DERECHOS LABORALES.- Los sentenciados a pena de trabajos en beneficio de la comunidad que estén cumpliendo la misma, únicamente estarán incluidos en la acción protectora de la Seguridad Social a efectos de las contingencias de accidente de trabajo y enfermedad profesional y los trabajos impuestos como pena nunca deben de atentar a la dignidad del penado.²⁸⁷

Sobre esta figura Rodríguez Manzanera refiere que en la práctica se ha utilizado muy poco, por falta de infraestructura, y que es

²⁸⁶ *Ídem.* Pág. 135-136.

²⁸⁷ *Ídem.* Pág. 137.

prematureo hacer una evaluación, ya que son alternativas de reciente creación y que en México las adoptaron en 1984 y le atribuye las siguientes características comunes:

- 1.- No son remunerados.
- 2.- Se efectúan fuera del horario de trabajo normal.
- 3.- Se prestan en una institución de beneficencia, pública o privada.
- 4.- Pueden prestarse también en instituciones educativas;
y
- 5.- Las características del cumplimiento las marca el Juez.²⁸⁸

Para Nieves Sanz esta figura se trata, sin más preámbulos, de que el individuo sacrifique en beneficio de la comunidad su tiempo libre, no tiene como objeto la prestación de un trabajo, sino la pérdida del tiempo libre de que pueda disponer el condenado, refiere que el sujeto concreto no recibe sueldo, luego no se busca una satisfacción económica sino que es la propia actividad la que tiene el efecto rehabilitador buscando despertar en el individuo la responsabilidad social al tiempo que repara a la sociedad, y que se apoya por tanto, en el convencimiento de que no es posible ninguna resocialización si al sujeto no se le integra también en el sistema productivo, concluyendo que su ventaja radica en su compatibilidad con el ejercicio de los derechos civiles y laborales del condenado.²⁸⁹

²⁸⁸ Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999. Pág. 84.

²⁸⁹ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág. 344.

De igual forma establece que el sujeto puede continuar su vida normal sin que la sanción pierda su carácter de pena, ya que toda sanción penal debe tener cierta trascendencia social para poder alcanzar los objetivos de prevención general a perseguir con toda pena, y su fundamentación preventiva es en consecuencia tanto general como especial, y a su vez satisface las exigencias de prevención general porque al fin supone la construcción de horas libres con virtualidad de servir como intimidación bastante para que no se cometan determinadas conductas delictivas menos graves y la población en general admite al trabajo en beneficio de la comunidad como afirmación del Derecho -prevención general positiva- de modo más satisfactorio que la condena condicional o instituciones similares, por lo que resulta atractivo tanto por la disminución del aislamiento social del condenado como por sus claros efectos resocializadores -fundamentación prevención especial.²⁹⁰

Refiere que la diferencia de la prisión con los trabajos forzados radica en que el trabajo en beneficio de la comunidad resulta inexcusable el consentimiento del condenado, por lo que es una obligación siempre asumida voluntariamente por el condenado para prestar cooperación en determinadas actividades de utilidad pública porque la eficacia final de esta figura depende de la valoración positiva que del trabajo haga el condenado.²⁹¹

Concluye diciendo que en comparación con la pena de prisión, es una sanción mucho más humana que no impide el que la persona desarrolle sus planes de vida y que al mismo tiempo cumpla con las virtudes que de la prisión proclamaron los ilustrados: su igualdad y su consecuente capacidad de operar como mecanismo de

²⁹⁰ *Ídem*. Pág. 345.

²⁹¹ *Ídem*. Pág. 346.

tutela frente a la mayoría de las personas, y en el rehabilitador cabrá esperar una mayor eficacia cuando mayor sea el contrapeso del trabajo a desarrollar tenga que ver con el tipo de delito cometido, y en el sentido de justicia proporcionada nos constriñe a utilizar esta figura, en principio, solo respecto de delitos de escasa gravedad y poca alarma social, a fin de vencer las resistencias que su utilización encontraría en la opinión pública y de modo particular entre aquellos trabajadores con los cuales los condenados entrarían en contacto y que en un segundo momento se aplicaría la hipótesis de mayor gravedad.²⁹²

Sobre el tema Cid refiere que nadie discute que la sanción de trabajo en beneficio de la comunidad debe imponerse con consentimiento, ya que si se pudiera imponer sin consentimiento su ejecución coactiva supondría uno de los considerados tratos inhumanos o degradantes, que resultan moral y jurídicamente inadmisibles, establece que dicha pena cuenta con un doble contenido de afeción a derechos: la no retribución del trabajo y la privación del tiempo de ocio, también menciona que se debe evitar todo aquello que pretenda elevar la severidad de la sanción de esta figura pues debilitarán su capacidad de uso, pues en primer lugar, afectará al carácter igualitario de la sanción y en segundo lugar, supondrá incrementar innecesariamente el carácter estigmatizante de la sanción; en tercer lugar, disminuirá el nivel de cumplimiento; por último, la peor predisposición de los que deben realizar trabajo en beneficio de la comunidad disminuirá la disponibilidad de personas e instituciones a acogerlos en su seno, concluyendo que para garantizar que el condenado realice una valoración positiva de su trabajo se requiere que el trabajo sea aceptado por él en forma responsable, lo cual exige una cierta capacidad de elección, argumentando como corolario que en todo modelo rehabilitador debe tomarse la idea de que la intervención penal

²⁹² *Ídem*. Pág. 354-355.

debe tener un nivel de ayuda a la persona que permita limitar los efectos nocivos del castigo y la intervención deberá focalizarse en ayudar a la persona a solucionar tales problemas, intentando a toda costa evitar que el trabajo en beneficio de la comunidad empeore su situación social, de cara a conseguir mejores niveles de cumplimiento de la sanción.²⁹³

Finalmente, Landrove nos refiere que los trabajos en beneficio de la comunidad no podrán imponerse sin consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de la utilidad pública.

Que la obligatoriedad de contar con el consentimiento del sujeto se deriva de la prohibición constitucional del trabajo forzado y que tal prestación personal de trabajo debe servir de reparación para la comunidad perjudicada por el ilícito penal y no estar supeditada al logro de intereses de tipo económico.²⁹⁴

5.6.- ASPECTOS GENERALES DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

Los aspectos generales más relevantes en relación a la aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad como pena alternativa a la prisión se deben abordar desde los siguientes puntos:

a).- Tipo de delitos y de infractores a los que debe aplicarse.

²⁹³ Cid Moliné José. *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 106-110.

²⁹⁴ Landrove Díaz Gerardo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cuarta edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1996. Págs. 81-82.

b).- Su Organización.

c).- La ejecución de la Sanción.

d).- Vigilancia en su cumplimiento.

e).- Procedimiento de Revocación; y

f).- Las consecuencias de la Revocación.

**a).- Tipo de delitos y de infractores
a los que debe aplicarse.**

En lo referente al primero de los puntos mencionados, lo primero que hay que distinguir y concluir es cual va a ser su punto de partida, es decir, si se va a tomar en cuenta para su aplicación como punto de partida las características del condenado, o bien, las características del delito y en su caso cual debe prevalecer.

Lo anterior resulta relevante ya que habría que establecer sistemáticamente su ubicación en el Código Penal, debido a que si se opta por darle preferencia al condenado, su ubicación sería primordialmente en la parte general del Código penal, y si por el contrario se le va a dar prioridad al delito, su ubicación estaría en la parte especial del mismo.

En nuestro Código se le da prioridad al tipo de condenado que al tipo de delito, pues el mismo se encuentra ubicado como sustituto de la prisión y no como pena autónoma, es decir, el mismo puede ser aplicado una vez que se individualizó la pena, dependiendo cien por ciento de la pena aplicada para poder ser implementado.

Lo anterior no excluye que indirectamente su aplicación esté relacionada con su uso para delitos de penalidad baja dado el máximo de pena establecido en el Código Penal para su aplicación.

Lo anterior demuestra que los delitos en los que puede ser aplicado no necesitan ser específicos en cuanto a que se traten de delitos como robo, daño en propiedad ajena, lesiones, portación prohibida de armas, etc.

Resulta relevante para su debida aplicación, y partiendo que en nuestro marco legal se opta por aplicarse el mismo atendiendo a las características del condenado y no al delito que cometió, estimo que debe verificarse, previo a su implementación y al tipo de trabajo que le va a ser asignado, que el Juez analice si tiene o no en su caso antecedentes, además, la edad, sexo, Estado civil, dependientes económicos, profesión o empleos, si consume alcohol y/o drogas, si fuma.

Con lo anterior resulta ser irrelevante si en nuestro marco jurídico se debate si la aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad puede imponerse cuando se condena por un delito de los considerados como graves.

Al respecto es de estimarse que si bien se pretende dejar al arbitrio del juzgador tal otorgamiento, previo análisis del delincuente y de la pena impuesta, se estima correcto poder sustituir la pena de prisión por la del trabajo en beneficio de la comunidad aún y cuando exista la circunstancia de que el ilícito imputado y por el cual fue condenado sea de los considerados como graves.

Lo anterior es en base a qué lo importante sería en su caso las características del delincuente, las cuales fueron ya tomadas en cuenta por el órgano jurisdiccional al determinar la pena del sentenciado, por lo que no hay razón para afectar al sentenciado negándole el referido beneficio, ya que no es obstáculo para la anterior consideración, el hecho de que se considere que los delitos graves afecten de manera trascendente valores fundamentales de la sociedad, aunado a la tendencia a eliminar la prisión preventiva.

Así las cosas, si al momento de imponerle la pena corporal al sentenciado, fue ubicada dentro del parámetro temporal de la pena a purgar que para el otorgamiento del beneficio señala como requisito la Ley respectiva, es irrelevante la gravedad o no del delito.

Sobre este tema Téllez Aguilera refiere que existen tres modelos a la hora de configurar los trabajos en beneficio de la comunidad, siendo estos como una pena autónoma, sustitutiva o no de la pena privativa de libertad (Inglaterra), incardinarla en las instituciones clásicas de suspensión condicional de la pena y como reacción al impago de multas (Alemania) o, mediante una fórmula mixta, entenderlos pena autónoma y elemento integrado en la suspensión condicional de la pena (Francia).²⁹⁵

Por su parte Cid Moliné refiere que las dos cuestiones más relevantes relativas a la configuración de la sanción son, en primer lugar, si ella debe ser sanción principal o sanción sustitutiva de otras sanciones y, en segundo lugar, de considerar qué debe ser sanción sustitutiva, cuáles deben ser las razones para proceder a la sustitución entre sanciones.²⁹⁶

²⁹⁵ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas penas y medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 121.

²⁹⁶ Cid Moliné José. *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 106.

En primer lugar al hablar de que si debe ser una pena principal estimo que por el momento materialmente sería imposible, pues no se cuenta aún con una infraestructura adecuada aunado a que, como se verá más adelante, implícitamente es necesario el consentimiento del penado para que opere, lo cual, de no acontecer, no habría forma de poder aplicarla, pero por el contrario, esta si puede ser sustituta de la de prisión e incluso, de la multa tal y como actualmente está contemplada en nuestro Código Penal Estatal, esto es, al ser sustitutiva a la de prisión si no hubiera consentimiento de su parte se aplicaría la de prisión haciéndose así efectiva la pena impuesta incluso, de existir ese consentimiento y posteriormente un incumplimiento al ejecutarlo, esta sustitución se revocaría y se aplicará la de prisión, descontando obviamente las jornadas en las que si se cumplió, siendo lo anterior un obstáculo para que por el momento pueda configurarse como sanción principal, obstáculo que es cien por ciento existente por cuestiones operativas actuales, pero no impide que la misma obtenga dicho carácter una vez que se cuente con la debida infraestructura.

Por su parte, también puede ser sustituta de la multa, en aquellos casos en que el reo no esté en condiciones de satisfacer la multa, como actualmente está contemplada en nuestro Código Penal Estatal, se podría aplicar el trabajo en beneficio de la comunidad.

En lo referente a la sustitución del trabajo en beneficio de la comunidad por multa, cuando ésta a su vez es sustituta de pena de la prisión, igualmente podrá operar, pero en caso de incumplimiento se hará efectiva la pena de prisión inicialmente impuesta.

En lo que se está de acuerdo de manera generalizada, dentro de los cuales me incluyo, es que se apliquen trabajos poco

gratificantes, indecentes, exhaustivos, estigmatizantes, denigrantes, pues lo único que ocasionará son problemas que debilitarán dicha institución, y harían poco probable su eficacia, disminuyendo las probabilidades de que los condenados lo acepten y de que las diversas instituciones oferten plazas para el desarrollo de los trabajos, ya que para garantizar que el condenado realice una valoración positiva de su trabajo se requiere que el trabajo sea aceptado por él en forma responsable, lo cual exige una cierta capacidad de elección, todo ello responde a la máxima de que el trabajo en beneficio de la comunidad debe ser impuesto como castigo no para ser castigado.

b).- Su Organización.

Es uno de los puntos primordiales para que esta figura sustitutiva de la prisión pueda ser eficaz, debiendo en su caso echar mano de todas las instituciones posibles como organizaciones de voluntariado, instituciones públicas, y en si tomarse en cuenta todos aquellos factores e instituciones que favorezcan la Mayor aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad, y no descansar solamente en las instituciones encargadas de la administración y procuración de justicia.

En este sentido se requiere una organización integral que vaya desde la búsqueda de los trabajos que deba desarrollar el penado, su imposición, su supervisión hasta la vigilancia de su cumplimiento, teniendo en cada uno de ellos una debida infraestructura.

Se requiere de una organización que gestione la búsqueda de trabajos, que ubique al infractor y que, directa o indirectamente, controle la ejecución de la sanción. La supervisión del

trabajo podrá ser directamente realizada por este servicio o se delegará en otras personas.²⁹⁷

Dicha organización comprende la debida reglamentación de quienes y cuales instituciones deben realizar cada una de las actividades de este sistema integral de organización requiere, sobre este tema Viera sostiene que es preciso articular mecanismos de coordinación y protocolización para que su puesta en práctica sea una realidad, ya que dependen de la actuación conjunta y coordinada de distintas instituciones con independencia de las propiamente judiciales.²⁹⁸

En lo que debe ponerse Mayor énfasis es en determinar qué tipos de trabajo en beneficio de la comunidad deben ser los más idóneos, ya que esto influye directamente en el cumplimiento del mismo.

Es difícil mencionar en este momento cuales serían estos, sobre todo si partimos de que en nuestro Estado no opera prácticamente el mismo, sin embargo es conveniente que se cuente con una diversidad de trabajos que al momento de aplicarse la pena al condenado se le den opciones para que materialice su cumplimiento, debiéndole sugerir algunos como pueden ser un tipo de ayuda a personas necesitadas, trabajos de pintura, reparación, cuidado para personas Mayores o incapacitadas, rehabilitación de edificios abandonados, etc.

La diversidad de trabajos con los que se cuente para ofrecerle al condenado es relevante en atención a que entre Mayor sea

²⁹⁷ *Ídem*. Pág. 100

²⁹⁸ Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 14.

la satisfacción del condenado con el trabajo que le fue impuesto, y que además tuvo la oportunidad de elegir, necesariamente va a influir en su debido cumplimiento a la pena.

Otro importante aspecto que debe superar la organización de esta figura es que independientemente del trabajo que se le aplique al condenado y que éste haya aceptado, el mismo no debe interferir con el trabajo que desarrolla.

Su organización, y compartiendo lo que nos menciona sobre este tema Sanz, debe superar y prevenir en su caso cualquier crisis laboral que se esté viviendo o llegare a vivirse, pues los trabajos a realizar no pueden significar la ocupación de colocaciones para gente en paro por lo que la colaboración de los sindicatos se alza como absolutamente necesaria, por otro lado, al tratarse de un trabajo no remunerado hay que ser especialmente cuidadoso en la selección de las actividades a desarrollar, buscando el evitar explotaciones injustas y abusos, para lo cual establece que el terreno apropiado parece ser el de las asociaciones con fines benéficos y sociales que cuentan con pocos ingresos y tienen serias dificultades de mantenimiento, resumiendo que todas aquellas actividades que normalmente no se llevan a cabo sino a través del voluntariado pues tienen en común el hecho de que no satisfacen intereses privados o de un colectivo determinado, sino que, al menos potencialmente pueden beneficiar a todos los ciudadanos.²⁹⁹

La misma autora nos refiere que la organización de dicha institución debe contemplar la posibilidad de que sea el propio condenado el que busque el trabajo o elija uno entre todos los que se les puedan ofertar sería lo ideal dado que cuanto más motivado esté el

²⁹⁹ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág. 348

sujeto en su trabajo mejores resultados cabrá esperar de la experiencia.³⁰⁰

Concluye en lo tocante a este tema que la infraestructura necesaria para su puesta en funcionamiento tampoco requiere de una complicación sino que basta con un sistema ágil de coordinación efectiva con los organismos de servicios sociales municipales o locales y las entidades no lucrativas, pudiendo ser los costos iniciales elevados, pero si nos paramos a comparar éstos con los de las instituciones penitenciarias y tenemos presente su amortización a largo plazo no serían gastos tan difíciles de aceptar, la solución respecto a los puestos de trabajo debe estar en todo caso, en manos de las entidades públicas, y especialmente locales siempre que con él no se propongan ahorrar un determinado gasto público que crearía un puesto de trabajo, para ello deben otorgar la posibilidad de colaborar con los organismos de participación ciudadana tales como las asociaciones de vecinos y todas aquellas entidades que alejadas siempre de la obtención de beneficios permitan la conexión del sometido a pena con la vida de la colectividad social a la que pertenece, siendo a su juicio las autoridades oficiales las instituciones municipales y las entidades comunitarias los órganos más adecuados para contribuir al otorgamiento de dichos trabajos pues serán los directos beneficiarios de tales prestaciones sin tener que soportar gasto alguno.³⁰¹

Menciona que en la referida infraestructura es necesaria la coordinación judicial con la Administración y los cuerpos asistenciales, ya que la Administración es el único ente capaz de proveer de puestos de trabajo, por lo que insiste en una infraestructura adecuada y una oferta suficiente de puestos de trabajo, pues los Jueces deberán estar bien informados tanto de esa disponibilidad como de las relaciones

³⁰⁰ *Ídem.* Pág. 349.

³⁰¹ *Ídem.* Pág. 356-357.

personales del inculpado a la hora de tomar una decisión, debiendo existir en consecuencia una perfecta relación entre la Administración y el Poder judicial antes de iniciar cualquier experimentación.³⁰²

c).- La ejecución de la Sanción.

Uno de los pilares de que la figura que se analiza se implemente debidamente, que subsista y que sea eficaz para los fines que persigue radica en su debida ejecución, la cual debe estar debidamente establecida en las Leyes y reglamentos.

Sobre el tema relativo a las condiciones de su ejecución, Viera Morante nos dice que es el Juez de vigilancia penitenciaria el que controla la ejecución de la pena, y que previamente se deberán haber firmado los oportunos convenios de colaboración entre el Poder Judicial y los Ayuntamientos, Comunidades Autónomas, asociaciones o entidades públicas que deseen colaborar, establece que las actividades a desarrollarse como resultado de dichos convenios no atentarán a la dignidad del penado, debiendo los Jueces de instrucción y de lo penal tener el listado de trabajos que podrán desarrollar los penados y las administraciones colaboradoras en donde pueden desempeñar su actividad y que los penados gozarán de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.³⁰³

Por su parte Téllez nos refiere que en el seguimiento de la ejecución que corresponde a los servicios sociales penitenciarios, en respeto al principio de legalidad como existe en el caso de la pena privativa de libertad, debe haber una Ley reguladora de las medidas y

³⁰² *Ídem.* Pág. 347.

³⁰³ Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas.* Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 20.

pena alternas a la prisión para darle cumplimiento al principio de legalidad, lo cual debe abarcar hasta la incorporación al texto legal del régimen de incumplimiento, siendo absolutamente necesaria una regulación complementaria con el fin de que la ejecución penal no se desarrolle en otra forma que la prescrita en la Ley y reglamentos ni con otras circunstancias o accidentes a las contempladas en su texto.³⁰⁴

De igual forma sostiene que existen dos categorías en relación a los aspectos ejecutivos de esta figura, por un lado, aquéllos que denomina preparatorios de la ejecución que abarcarían desde la recepción en los servicios sociales penitenciarios del testimonio de la resolución judicial que impone la pena de trabajos comunitarios sentencia o auto, según los casos, hasta el momento en que estos servicios, después de realizada la entrevista, elevan al Juez de Vigilancia Penitenciaria la propuesta de cumplimiento.

Durante esta fase preparatoria, cualquier incidencia que se produjera (por ejemplo, la no presentación del penado a las citas para las entrevistas) debe ser puesta en conocimiento no del Juez de Vigilancia sino del Juez o Tribunal Sentenciador.

Y, por otro, los que integrarían la fase de ejecución propiamente dicha, que comienza con la aprobación por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la propuesta de cumplimiento y se extiende hasta el final del cumplimiento de la pena con la recepción por dicho órgano judicial del informe final y por el Juez o Tribunal sentencia de la certificación de cumplimiento emitida por la administración penitenciaria durante toda esta fase es el Juez de Vigilancia penitenciaria la autoridad que controla la ejecución penal.³⁰⁵

³⁰⁴ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas penas y medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 138-139.

³⁰⁵ *Ídem*. Pág. 139-140.

Siguiendo con este tema el referido autor señala diversos actos que denomina el iter ejecutivo de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, siendo el primero de ellos la comunicación de la resolución judicial, consistente en que una vez recibido el testimonio de la resolución judicial que determine el cumplimiento de la pena de trabajos comunitarios, así como los particulares necesarios, los servicios sociales penitenciarios del lugar donde el penado tenga fijada su residencia realizarán las actuaciones necesarias para hacer efectivo el cumplimiento de la pena debiendo ser el órgano sentenciador quien directamente remita la resolución a los servicios sociales, un segundo acto lo constituye la determinación de los puestos de trabajo, para lo cual se hace necesaria la existencia de un catálogo o bolsa general de puestos sobre el que los servicios sociales puedan elegir en el proceso concreto de adjudicación y le corresponde a la Administración el facilitar el trabajo, dicha Administración puede establecer convenios o acuerdos de colaboración con otras Administraciones o entidades públicas o privadas que desarrollen actividades de utilidad pública en cuyo caso, éstas Administraciones o entidades podrán asumir las funciones de la gestión de los trabajos, asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión de la Administración Penitenciaria, siendo imprescindible que la Administración mantenga un control cercano y constante de la ejecución que evite las posibles disfunciones que puedan plantearse por la intervención protagonista de un tercer sujeto junto a penado y Administración, siendo necesario que la actividad desarrollada se caracterice por su utilidad social, sugiere además que la administración penitenciaria facilite con carácter general y periódico a las autoridades judiciales y fiscales y a los colegios de abogados la información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible, esta información también se transmitirá a todas aquellas personas previa solicitud de éstas, que se encuentren en

situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena, así como a sus abogados y que excepcionalmente, en caso de inexistencia de convenio o insuficiencia de plazas, el penado podrá proponer un trabajo concreto, debiendo contemplar la posibilidad de que si en principio no se considera apto el trabajo propuesto serán ellos los que propongan uno, y si la ineptitud lo fuera a posteriori de la entrevista, en las verificaciones hechas por los servicios sociales al efecto, entonces sí que será necesario citar al penado a una segunda entrevista para ofertarle un nuevo trabajo, una diversa etapa lo es la que denomina el procedimiento de adjudicación y fijación de las condiciones (el plan de cumplimiento), el cual consiste en que una vez que los servicios sociales penitenciarios reciben del órgano sentenciador la resolución judicial procederán a citar al penado a la entrevista que tendrá por objeto conocer sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, para determinar la actividad más adecuada, ofertándole al penado las distintas plazas existentes, con indicación expresa de su cometido y del horario en que debería realizarlo y, en los supuestos que apliquen se escuchará la propuesta del penado, debiéndose prever que si el penado no acude a las citaciones para la entrevista realizadas por los servicios sociales, al respecto expone que si la incomparecencia es justificada (enfermedad u otra imposibilidad de acudir) nada obsta para que los servicios sociales penitenciarios realicen una ulterior cita, pero si la inasistencia es injustificada o pese a las reiteradas citaciones el penado se encuentra en paradero desconocido, lo procedente es poner tal incidencia en conocimiento del Juez o Tribunal sentenciador que acordará lo procedente (ordenar búsqueda, captura y presentación ante los servicios sociales penitenciarios o entender procedente el cumplimiento de la pena alternativa impuesta en la sentencia o de la sustituida), para el caso que después de la comparecencia el penado manifieste su conformidad con el trabajo concreto a desarrollar, los servicios sociales

penitenciarios elevarán la propuesta de cumplimiento de la pena al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria para su aprobación o rectificación, siendo este el segundo consentimiento del penado a la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (el primero, recordemos, fue a la pena en abstracto necesario para la imposición, siendo este segundo a la pena concreta y ya en fase de preparación de la ejecución) se materializará necesariamente por escrito, concretamente, firmando la citada propuesta de cumplimiento, la cual, una vez aprobada mediante auto por el Juez de Vigilancia, abre la auténtica fase de ejecución de esta pena, en caso contrario, esto es, si el Juez de Vigilancia entiende que no procede la aprobación de la propuesta, la devolverá, si así fuera necesario (por ejemplo, por no considerar apto el trabajo y, por tanto, exigir una nueva propuesta) a los servicios sociales penitenciarios indicando las razones de ello (auto motivado) o en caso de no ser necesario (por creer conveniente otro plazo de cumplimiento) rectificará la pena, aprobando el plan rectificado (lógicamente, también por auto motivado).³⁰⁶

Por su parte, sobre este tema Sanz nos dice que como pena alternativa a la pena de prisión y la ampliación de los supuestos en los que se puede imponer es preciso articular un protocolo de articulación de la ejecución de la misma en la medida de que los Jueces de instrucción y de lo penal puedan coordinarse con el Juzgado de vigilancia penitenciaria y los servicios sociales penitenciarios a la hora de hacer efectiva, y que el desarrollo de esta pena somete su ejecución al Juez de vigilancia penitenciaria en lugar de al Juez o Tribunal sentenciador y se disciplina el régimen de su incumplimiento.³⁰⁷

³⁰⁶ *Ídem*. Pág. 140-145.

³⁰⁷ Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 15-17.

Establece que la idea de articular la sistemática de actuación para cuando el Juez o Tribunal opten por aplicar bien la pena principal, o bien en los casos en que sea procedente aplicar el mecanismo de la sustitución de la pena por trabajo en beneficio de la comunidad, es la posibilidad de imponer una pena legalmente prevista que puede consistir en fijar la pena de trabajos condicionada a su posterior aceptación por el reo y subsidiariamente, para el caso de que se rechace, fijar la pena de prisión o multa prevista como alternativa para el delito de que se trate, otra opción posible sería consultar al reo antes de dictar sentencia, siendo más adecuado que en todas las sentencias, incluso en las de conformidad, se imponga siempre, además de la pena de trabajos cuando ésta se estime como más adecuada, también y con carácter subsidiario la de prisión o multa, por su parte, nos dice que la falta de consentimiento conduciría directamente a la ejecución de la pena alternativa fijada en sentencia, de manera que la insatisfactoria solución de la deducción de testimonio por quebrantamiento de la pena quedaría reservada a los supuestos de incumplimiento producido tras el inicio de la ejecución de los trabajos, que por ello es necesario que la Fiscalía solicite en su escrito de acusación elevado a definitivas en el juicio, se formule la petición de ambas penas y que en sentencia o en la guardia (conformidad) se incluyan ambas penas, tanto la de prisión o multa cuando proceda con la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, aplicando esta última como principal.³⁰⁸

En cuanto a la selección del trabajo concreto debe ser efectuada por los Servicios Sociales Penitenciarios, ya que si no hay un organismo que centralice la asignación de los trabajos, se corre el riesgo de que un mismo puesto de trabajo sea asignado a varios

³⁰⁸ *Ídem*. Pág. 34-35.

penados, debe ser establecida la duración de la pena y el número mínimo de horas diarias.³⁰⁹

En lo que respecta al trámite de su ejecución, nos refiere que debe ser en un principio en el Juzgado o Tribunal sentenciador con la comparecencia del penado para expresar su consentimiento a la pena de trabajos, no se trata de un consentimiento referido a un puesto de trabajo en concreto, sino de un consentimiento genérico, referido a la pena ya impuesta en sentencia como pena principal o, en su caso, a la que se va a imponer en auto como pena sustitutiva, a lo cual se emitirá un auto recogiendo el consentimiento del penado y acordando la ejecución de la pena de trabajos impuesta como principal en sentencia o, en su caso, la que en el propio auto se concrete como pena sustitutiva y seguirá la remisión a los Servicios Sociales Penitenciarios correspondientes al domicilio del penado de la siguiente documentación:

a).- Oficio-mandamiento de ejecución, en el que deberá constar el domicilio del penado, el número de días a ejecutar, no debe especificarse el número de horas dianas, ya que esa concreción formará parte de la propuesta que los Servicios Sociales Penitenciarios formulen, con base en el informe social que los propios Servicios elaboran.

b).- Testimonio de sentencia.

c).- Testimonio del auto en que se acuerda la ejecución de esa pena.

³⁰⁹ *Ídem.* Pág. 36.

En una segunda fase y tras la recepción de la propuesta de los Servicios Sociales ante el Juzgado de Vigilancia penitenciaria, este emitirá una providencia aprobando la propuesta o auto de modificación o rechazo, oficio remitiendo la resolución a los Servicios Sociales penitenciarios, salvo caso de rechazo, remisión de la resolución y de la propuesta que se aprueba o modifica al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, para control de la ejecución. Ahora bien, en el supuesto de que el penado no acepte el trabajo en los servicios sociales penitenciarios o aceptado no inicie su cumplimiento, los servicios sociales penitenciarios lo comunicaran al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria, dictando el Juez auto de no consentimiento del penado con la pena del trabajo en beneficio de la comunidad y lo comunica por testimonio del auto con atento oficio al Tribunal sentenciador para que pueda aplicar la pena recogida en la resolución dictada como subsidiaria.³¹⁰

Sobre este tema, Sanz nos menciona que el éxito de la aplicación de esta medida depende esencialmente del interés que despierte en la comunidad puesto que un grave obstáculo con el que siempre tropieza es el de la escasez de entidades dispuestas a ofrecer trabajo a los condenados por los recelos o prejuicios que existen comúnmente frente a los delincuentes.³¹¹

d).- Vigilancia en su cumplimiento.

En este punto deben abordarse dos cuestiones, los criterios para determinar cuándo existe incumplimiento de la sanción y

³¹⁰ *Ídem.* Pág. 36-38.

³¹¹ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad.* Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág. 350.

las sanciones de apoyo para el caso de que tal incumplimiento se produjera.

Con referencia a la primera cuestión, al condenado no se le debe exigir lo que no está en condiciones de cumplir, por lo cual cualquier sistema de trabajo en beneficio de la comunidad debe enfocarse a los casos en que la inasistencia este debidamente justificada.

El incumplimiento debe entenderse como el rechazo voluntario al cumplimiento de la sanción, y todo sistema debe tener debidamente reglamentada esta situación, llegando incluso a definirse debidamente en el cuerpo legal las causas que lo originan y que se debe entender por cada una de ellas evitando a todas luces sistemas que no establezcan debidamente los supuestos de revocación.

De igual manera, y como forma de complemento a la cuestión objetiva de las causas de revocación y lo que debe entenderse por las mismas, es necesario que se encuentren estipuladas de una manera objetiva las sanciones de apoyo que van a sustituir el trabajo en beneficio de la comunidad, debiendo por el momento proceder al uso de la prisión.

Al respecto, existen autores que estiman que se debe evitar el uso de la prisión como sanción de apoyo inmediata, pues entre el trabajo en beneficio de la comunidad y la prisión existen otras sanciones que pueden cumplir esta función, como el arresto domiciliario o la libertad vigilada de la persona, sólo en el caso en que también existiera incumplimiento de estas sanciones, sería admisible la privación de libertad, pero se insiste, aparte de que a la fecha no se está preparado socialmente para adoptar disposiciones como las

mencionadas, por lo que se opta por sancionarlo con prisión, en atención a que la sanción de apoyo debe ser más severa e intimidatoria.

Sobre el tema, Téllez nos menciona que una de las principales actividades es la de que el penado siga las instrucciones que reciba del Juez de Vigilancia Penitenciaria y de los servicios sociales penitenciarios, así como las directrices que le marque la entidad para la que preste el trabajo, debiéndose imponer a los citados servicios sociales el deber de comprobar con la periodicidad necesaria el sometimiento del penado a la pena (asistencia al trabajo) y el cumplimiento efectivo del mismo (realización satisfactoria del trabajo encomendado), para lo cual mantendrán contactos periódicos con la entidad que se lleve a cabo y adoptarán, en su caso, las medidas procedentes, que, lógicamente, se referirán exclusivamente a los supuestos en los que no se esté ante un claro caso de incumplimiento lo procedente será ponerlo en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria, así mismo refiere que los servicios sociales penitenciarios deberán, una vez realizadas las verificaciones necesarias, comunicar al Juez de Vigilancia cualquier incidencia relevante de la ejecución de la pena, recayendo en ellos la obligación de estar al tanto del día a día de la ejecución de la pena y poner cualquier incidente relevante en conocimiento del Juez de Vigilancia Penitenciaria, reconociendo que la ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación en interés general en que se presten los servicios, debiendo a su vez los servicios sociales penitenciarios informar al Juez de Vigilancia del cumplimiento de las jornadas de trabajo, que representa la culminación

del seguimiento y control que realizan los mencionados servicios sociales.³¹²

Por su parte, Cid nos refiere que la capacidad del trabajo en beneficio de la comunidad de convertirse en una sanción de amplia implantación depende, en buena medida, de su aceptación tanto por los infractores como por los beneficiarios. De la aceptación de los primeros no sólo depende la posibilidad de su imposición sino que, además, pueden influir los niveles de cumplimiento.

Refiere que en cuanto a los beneficiarios, resulta poco dudoso que a mejor valoración más oferta de puestos de trabajo existirá, destacando que los factores que más contribuyen a ello son: la elección del trabajo, el contacto con los beneficiarios, la adquisición de habilidades y el beneficio del trabajo para los receptores y que en cambio, las quejas se concentran en el hecho de realizar un trabajo poco constructivo (ej. limpieza) o en deberse pagar los viajes. También suele destacarse que los infractores que sufren esta sanción valoran positivamente el grado de humanidad del trabajo en beneficio de la comunidad en comparación con la prisión.

En cuanto al nivel de satisfacción por parte de los empleadores, nos menciona que éste resulta ser muy alto y, en general, los beneficiarios se muestran dispuestos a continuar ofreciendo puestos de trabajo en beneficio de la comunidad, siendo dos aspectos destacables, en primer lugar, que la valoración es más positiva por parte de beneficiarios individuales que por parte de instituciones, en segundo lugar, que existe un importante porcentaje de personas que realizan trabajos en instituciones que son invitadas a continuar sobre bases voluntarias, cumpliendo en alto margen su capacidad de

³¹² Téllez Aguilera Abel. *Nuevas penas y medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 147-148.

conseguir los fines de rehabilitación, por una parte, y de reducción del uso de la prisión, por otra.

Menciona que en cuanto a la rehabilitación entendida en el sentido de capacidad de esta sanción para incidir sobre los niveles de reincidencia las investigaciones a las que se ha accedido, que analizan esta cuestión, llegan a la conclusión minimalista de que la figura que se analiza no tiene resultados peores que la pena de prisión u otras alternativas y que en lo que concierne a la capacidad del trabajo en beneficio de la comunidad de sustituir el uso de la cárcel, diversas investigaciones han analizado qué no haber existido tal sanción, entre un 45 o 50 % habría recibido prisión, mientras que el otro 50-55 % hubiera recibido una sanción menos severa.³¹³

Sobre éste tema, Sanz refiere que la adopción de una nueva pena o medida distinta a las tradicionales necesita siempre de una previa reglamentación, el secreto al respecto se halla en una humilde meditación histórica que evite los errores técnicos cometidos ya en el pasado y una Mayor voluntad aplicativa y un más atento análisis comparativo que nos permita finalmente importar no sólo etiquetas, sino instituciones viables a traspasar a la realidad del Derecho y que en relación a la figura que se estudia nos menciona que son y serán siempre de destacar los beneficios del acercamiento del condenado a la colectividad social y la corresponsabilización de ésta en la ejecución de las penas, pues aparte del bien que puedan hacer respecto del primero también puede servir para lograr una disminución de los prejuicios existentes en relación a las personas condenadas por delito al comprobar la resocialización, en muchos casos de manera satisfactoria, en cuanto a relaciones humanas de tareas que redundan en utilidad de la generalidad o de las personas más necesitadas de la sociedad, en

³¹³ Cid Moliné José. *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 103-105.

este sentido la organización operativa del servicio comunitario siempre presentará una menor complejidad que la de una institución penitenciaria de internamiento.³¹⁴

e).- Procedimiento de Revocación.

Sobre el particular Cid refiere que al cumplimiento con éxito del trabajo en beneficio de la comunidad se plantean dos temas de importancia, siendo estos su relación con los procedimientos rígidos o tolerantes de revocación y la capacidad de ayuda social a la persona para garantizar mejores niveles de cumplimiento, ambas cuestiones están directamente relacionadas con el uso de la prisión como sanción de apoyo del trabajo en beneficio de la comunidad.

En relación a la primera cuestión, se entiende por programas rígidos aquellos que inician un procedimiento de incumplimiento cuando la persona realiza un número determinado de ausencias injustificadas, así por ejemplo el sistema de Inglaterra que comporta que a la tercera ausencia injustificada la persona sea llevada ante el Tribunal, en cambio, se entiende por programas tolerantes aquellos que, por concebir la intervención en clave de ayuda a la persona, sólo inician un procedimiento de incumplimiento cuando la persona manifiesta un rechazo voluntario al cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad.

La información de la que se dispone acerca de la efectividad de ambos sistemas no es concluyente, mientras que en el caso de Escocia, donde se ha establecido que se debe iniciar un procedimiento de incumplimiento después de tres ausencias

³¹⁴ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág. 358.

injustificadas seguidas de carta de advertencia, parece que los programas que han aplicado este criterio han llevado a menor tasa de ausencias.

En referencia a investigaciones en Inglaterra referidas a la aplicación de los nuevos estándares ingleses, que son, no obstante, de Mayor severidad que los escoceses, muestran que tales criterios han aumentado notablemente las tasas de revocaciones.

En cuanto a la segunda cuestión, relativa a si el otorgamiento de ayuda para resolver los problemas personales y sociales de las personas que cumplen trabajo en beneficio de la comunidad es efectiva para conseguir mejores niveles de cumplimiento de la sanción, la investigación realizada en Escocia muestra que aquellos programas de trabajo en beneficio de la comunidad que entienden su función no sólo de ejecución de la sanción sino también de ayuda social a la persona para solucionar sus problemas comportan mejores tasas de cumplimiento.³¹⁵

La ejecución de la medida será controlada por la autoridad ejecutora en base al contacto con los responsables de la institución donde la persona realice el trabajo en beneficio de la comunidad y podrán estimarse como causas de iniciación de un procedimiento de incumplimiento las siguientes:

a).- Ausencias reiteradas o abandono del trabajo, ambos de manera injustificada.

b).- Rendimiento inferior al mínimo exigible, en este caso debe existir un requerimiento previo.

³¹⁵ Cid Moliné José. *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 102-103.

c).- Desobediencia y oposición al cumplimiento de las instrucciones del o los responsables del trabajo de manera reiterada; y

d).- Negativa del responsable de la institución a mantenerlo en el centro por motivos de la conducta del sentenciado.

La regulación del trabajo en beneficio de la comunidad si bien debe procurar que el procedimiento de incumplimiento debe constituir una reacción ejemplar aplicando en su caso la pena de prisión (lo anterior en absoluto atendería a la finalidad de reducir el uso de las penas de privación de libertad), la que, como ya se dijo, se cree que procede en el caso de que se llegue a la revocación, pero de igual manera debe procurarse que los responsables de la ejecución de la sanción asuman una interpretación de la norma atendiendo a que el procedimiento de revocación debe ser aplicada solamente a los casos de rechazo permanente al cumplimiento de la misma.

Sobre el tema, Viera refiere que serán los Servicios Sociales Penitenciarios los que, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena,³¹⁶ y que una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena tomando en cuenta en todo caso, si el penado:

³¹⁶ Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 21.

a).- Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b).- A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c).- Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.

d).- Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.³¹⁷

f).- Las consecuencias de la Revocación.

Uno de los temas principales de la figura que se estudia, lo es el determinar y en consecuencias, debidamente reglamentar en los marcos legales qué es lo que pasaría en caso de que el sentenciado no diera cumplimiento a las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad que le fueron impuestas.

En este tema hay que abarcar las sanciones que deben aplicarse y la forma en que se debe hacer.

De la reglamentación aludida dependerá en gran parte la exitosa o no implementación de la figura en los sistemas legales,

³¹⁷ *Ídem.* Pág. 18.

pudiendo partir en inicio de que en aquellos casos en que se materialice una revocación, si el trabajo en beneficio de la comunidad se ha impuesto como sustitutivo de prisión se debe imponer la pena inicialmente dada.

Sobre este tema Téllez nos refiere que existen tres regímenes diferentes: si los trabajos se impusieran como pena principal, procederá a deducir testimonio al Juzgado de Guardia por delito de quebrantamiento de condena, si los trabajos comunitarios se impusieron por la vía de sustitución entendera que existe un incumplimiento retornara a la pena sustituida ya que ante la imposibilidad de nueva sustitución, lo procedente es entender incumplida la pena sustituta y retomar a la pena sustituida y por último, los trabajos en beneficio de la comunidad se impusieron como forma de cumplimiento de la responsabilidad personal por impago de multa, lo ideal es retomar a la forma originaria de la misma, esto es el arresto sustitutorio.

Sigue refiriendo el mencionado autor que el Juez de vigilancia Penitenciaria realizará una labor valorativa a raíz de la cual podrá acordar que siga ejecutándose la pena en el mismo centro, remitir al penado a otro centro para que sea allí donde termine de cumplir lo que resta de pena o entender, esta vez sí, que el sujeto ha incumplido la pena, acuerdo que dada su trascendencia jurídica, deberá revestir la forma de auto.³¹⁸

Dentro de las cosas a valorar por el Juez de Vigilancia penitenciaria se encuentran la de distinguir cuando el penado "se ausente del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte del cumplimiento

³¹⁸ Téllez Aguilera Abel. *Nuevas penas y medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005. Pág. 149.

de la pena, si estamos o no ante un abandono, señalando expresamente que si el penado faltara al trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad no obstante el trabajo pedido no se computara en la liquidación de la condena en la que deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto, la forma y términos en que a pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible, siguiere que son necesarios dos apercibimientos expesos y previos, asimismo, y a su vez es necesario precisar que el nivel del rendimiento debe ser inferior al mínimo exigible, sin que el mismo, dada la naturaleza y finalidades de la pena, deba identificarse con criterios objetivos productivistas preestablecidos sino que ha de atender, principalmente, al contenido de la pena y circunstancias personales del condenado, que el penado se oponga o incumpla de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referidas al desarrollo de las mismas y que por cualquier otra razón su conducta fuera tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro, en este caso las razones expuestas por el responsable deberán ser, en último extremo, valoradas por el Juez de Vigilancia Penitenciaria para apreciar si procede entender que el penado ah incumplido la pena, si procede seguir cumpliendo en el mismo centro o enviarlo a otro para continuar la ejecución de lo que reste.³¹⁹

De igual forma refiere que la comisión de un nuevo delito tenga la consideración de incumplimiento de la pena de trabajo comunitario, opción del legislador que debe ser valorada positivamente en atención a que el fin resocializador no se vea sobrepasado por un fin de restitución social.³²⁰

³¹⁹ *Ídem*. Pág. 150.

³²⁰ *Ídem*. Pág. 151.

Sobre el tema Cid menciona que en este punto deben abordarse dos cuestiones: los criterios para determinar cuándo existe incumplimiento de la sanción y las sanciones de apoyo para el caso de que tal incumplimiento se produjera, que con referencia a la primera cuestión, no parece existir discrepancia en que al condenado no se le debe exigir lo que no está en condiciones de cumplir, por lo cual cualquier sistema de trabajo en beneficio de la comunidad debe atender a los casos en que la inasistencia al trabajo resulta excusable, reiterando que deben descartarse programas rígidos de carácter severo tomando como idea motriz la de que el incumplimiento debe entenderse como el rechazo voluntario al cumplimiento de la sanción la opción entre programas que no establezcan criterios de revocación y aquellos que establecen un criterio formalizado de lo que deba entenderse por rechazo voluntario al cumplimiento que debería resolverse a favor del segundo criterio, en atención a garantizar pautas mínimamente igualitarias en la aplicación de la sanción, refiere que cuando nos encontramos ante un caso de incumplimiento, entramos en la segunda cuestión, relativa a las sanciones de apoyo del trabajo en beneficio de la comunidad y que si bien las sanciones de apoyo deben ser de Mayor severidad que el trabajo en beneficio de la comunidad, pues en caso contrario la persona carecería de estímulo para el cumplimiento de la sanción, pero sugiere que se debe evitar el uso de la prisión como sanción de apoyo inmediata, pues entre el trabajo en beneficio de la comunidad y la prisión existen otras sanciones que pueden cumplir esta función, como el arresto domiciliario o la libertad vigilada de la persona. Sólo en el caso en que también existiera incumplimiento de estas sanciones, sería admisible el recurso a formas de privación de libertad.³²¹

³²¹ Cid Moliné José. *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997. Pág. 108-109.

Al respecto Viera menciona que en el supuesto de incumplimiento en todo o en parte de la pena sustitutiva, la pena de prisión inicialmente impuesta se ejecutará descontando, en su caso, la parte de tiempo a que equivalgan las cuotas satisfechas, de acuerdo con la regla de conversión establecida.³²²

En caso de incumplimiento si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.³²³

Sanz, al referirse a las consecuencias del incumplimiento se hace la interrogante si el penado debe estar de vuelta a la prisión, y se contesta diciendo que se debe evitar el uso de la prisión como sanción de apoyo al trabajo en beneficio de la comunidad, aplicándose el arresto domiciliario y la libertad vigilada y solo en caso de incumplimiento de esta cabría la prisión pero solo como última ratio, ya que en lo que respecta a la importancia de su papel como verdadera alternativa a la pena privativa de libertad, no se sabrá sino acudiendo a la parte especial, donde se conocerá la real confianza que el legislador le tiene a esta pena y oportunamente emita la reglamentación de su ejecución, y abandonar la falta de valentía del legislador a abandonar la pena de prisión como pena principal ya que la pena que se analiza puede hacer mucho por reducir su uso.³²⁴

Lo anterior lo robustece con el hecho de que el trabajo a favor de la comunidad como pena poco o nada tiene que ver con el

³²² Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 29.

³²³ *Ídem*. Pág. 18.

³²⁴ Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Salamanca. 2000. Pág. 352.

trabajo penitenciario, que por el contrario es obligatorio por no ser el contenido de la pena sino una de sus consecuencia pues el primero se trata de una figura simbólica entre proporcionalismo y rehabilitación porque justicia y resocialización encuentran en el trabajo comunitario una perfecta apoyatura pues éste, al mismo tiempo que por su propio contenido tiene un efecto preventivo especial reeducador, de igual modo se configura como una justa compensación del mal aportado por el delito.³²⁵

5.7.- EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN OTRAS LEGISLACIONES.

En el Reino Unido, lugar en el que tiene sus inicios esta figura, en un principio es utilizado en los delitos de poca gravedad y que hayan sido cometidos por personas que no cuentan con antecedentes penales, en específico en Inglaterra los delitos para los que más se usa son los delitos contra la propiedad como hurtos, robos con fuerza en las cosas y en segundo lugar, delitos en que está presente una violencia moderada, cometidos, en ambos casos, por personas con antecedentes, además, se destaca que los Jueces tienden a situar el trabajo en beneficio de la comunidad como la alternativa más grave y cuando en los delitos existen factores que suelen conducir a prisión como el uso de armas y lesiones graves, si la prisión se descarta lo que se aplica es el trabajo en beneficio de la comunidad y no otra alternativa.

En Escocia el perfil de los destinatarios es gente joven, pues se ha establecido aproximadamente que la edad promedio es de

³²⁵ *Ídem.* Pág. 354.

23.4 años, y en cuanto a los delitos a los que se aplica, aunque las infracciones contra la propiedad ocupan el lugar preferente, quizá el trabajo en beneficio de la comunidad sea utilizado, en Mayor medida que en Inglaterra, para los delitos relacionados con el abuso del alcohol.

Las actividades que se les imponen suelen ser de manera más frecuente los trabajos de ayuda a personas necesitadas, por ejemplo, trabajos de pintura, reparación, cuidado del jardín para personas Mayores o incapacitadas y recomiendan que se cuente con sistemas flexibles para el caso de incumplimiento, pues en Escocia, lugar en el que se inicia un procedimiento de incumplimiento después de tres ausencias injustificadas seguidas han llevado a menor tasa de ausencias, mientras que los estándares ingleses, que sonde Mayor severidad que los escoceses, muestran que han aumentado notablemente las tasas de revocaciones.

España es una de las naciones que más desarrollado tiene la figura que analizamos pues en su artículo 33 está considerado como pena menos grave y pena leve ya que establece que es una de las primeras cuando los [trabajos](#) en beneficio de la comunidad se aplican de 31 a 180 días, mientras que estamos en presencia de la segunda cuando los trabajos en beneficio de la comunidad se aplican de uno a hasta 30 días.

Por su parte, en su artículo 39, la clasifica y le da la naturaleza de una pena privativa de derechos y en su artículo 49 establece que los trabajos en beneficio de la comunidad, que no podrán imponerse sin el consentimiento del penado, le obligan a prestar su cooperación no retribuida en determinadas actividades de utilidad pública, que podrán consistir, en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los

daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas. Su duración diaria no podrá exceder de ocho horas y sus condiciones serán las siguientes:

1.- La ejecución se desarrollará bajo el control del Juez de Vigilancia Penitenciaria, que, a tal efecto, requerirá los informes sobre el desempeño del trabajo a la Administración, entidad pública o asociación de interés general en que se presten los servicios.

2.- No atentará a la dignidad del penado.

3.- El trabajo en beneficio de la comunidad será facilitado por la Administración, la cual podrá establecer los convenios oportunos a tal fin.

4.- Gozará de la protección dispensada a los penados por la legislación penitenciaria en materia de Seguridad Social.

5.- No se supeditarán al logro de intereses económicos.

6.- Los servicios sociales penitenciarios, hechas las verificaciones necesarias, comunicarán al Juez de Vigilancia Penitenciaria las incidencias relevantes de la ejecución de la pena y, en todo caso, si el penado:

a).- Se ausenta del trabajo durante al menos dos jornadas laborales, siempre que ello suponga un rechazo voluntario por su parte al cumplimiento de la pena.

b).- A pesar de los requerimientos del responsable del centro de trabajo, su rendimiento fuera sensiblemente inferior al mínimo exigible.

c).- Se opusiera o incumpliera de forma reiterada y manifiesta las instrucciones que se le dieran por el responsable de la ocupación referida al desarrollo de la misma.

d).- Por cualquier otra razón, su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro.

Una vez valorado el informe, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá acordar su ejecución en el mismo centro, enviar al penado para que finalice la ejecución de la misma en otro centro o entender que el penado ha incumplido la pena.

En caso de incumplimiento, se deducirá testimonio para proceder de conformidad con el artículo 468.

7.- Si el penado faltara del trabajo por causa justificada no se entenderá como abandono de la actividad. No obstante, el trabajo perdido no se le computará en la liquidación de la condena, en la que se deberán hacer constar los días o jornadas que efectivamente hubiese trabajado del total que se le hubiera impuesto.

En su artículo 53 establece que podrá el Juez o Tribunal, previa conformidad del penado, acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad. En este caso, cada día de privación de libertad equivaldrá a una jornada de trabajo y que en los supuestos de multa proporcional también los Jueces y Tribunales podrán, previa conformidad del penado, que se

cumpla mediante trabajos en beneficio de la comunidad y siempre y cuando los condenados a pena privativa de libertad sea superior a cinco años.

El respectivo artículo 88 nos dice que los Jueces o Tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución, las penas de prisión que no excedan de un año por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, aunque la Ley no prevea estas penas para el delito de que se trate, cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado así lo aconsejen, siempre que no se trate de reos habituales, sustituyéndose cada día de prisión por dos cuotas de multa o por una jornada de trabajo. En estos casos el Juez o Tribunal podrá además imponer al penado la observancia de una o varias obligaciones o deberes previstos en el artículo 83, de no haberse establecido como penas en la sentencia, por tiempo que no podrá exceder de la duración de la pena sustituida.

También establece que excepcionalmente, podrán los Jueces o Tribunales sustituir por multa o por multa y trabajos en beneficio de la comunidad, las penas de prisión que no excedan de dos años a los reos no habituales, cuando de las circunstancias del hecho y del culpable se infiera que el cumplimiento de aquéllas habría de frustrar sus fines de prevención y reinserción social y que en el caso de que el reo hubiera sido condenado por un delito relacionado con la violencia de género, la pena de prisión sólo podrá ser sustituida por la de trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, el Juez o Tribunal impondrá adicionalmente, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, la observancia de

las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1ª y 2ª, del apartado 1 del artículo 83.

Esta figura se aplica como pena a los delitos contemplados en el artículo 153 que habla de causar a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

También se aplica a los delitos previstos en el artículo 171.4 que establece que el que de modo leve amenace a quien sea o haya sido su esposa, o mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días e igual pena se impondrá al que de modo leve amenace a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El que de modo leve amenace con armas u otros instrumentos peligrosos a alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2, exceptuadas las contempladas en el apartado anterior de este artículo, será castigado con la pena de prisión de tres meses a un año o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días.

En su artículo 172 establece que dicha pena se impondrá a quien de modo leve coaccione a quien sea o haya sido su esposa, o

mujer que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y que igual pena se impondrá al que de modo leve coaccione a una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor.

El tipo previsto en el artículo 244 nos dice que se aplicará a quien sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, será castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses si lo restituyera, directa o indirectamente, en un plazo no superior a 48 horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo.

Con la misma pena se castigará al que en el plazo de un año realice cuatro veces la acción descrita en el artículo 623.3 de este Código, siempre que el montante acumulado de las infracciones sea superior al mínimo de la referida figura del delito.

En su artículo 379 contempla su aplicación cuando se condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o a la de multa de seis a doce meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, a la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años y con las mismas penas será castigado el que

condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas.

En su artículo 384 se aplica a quien condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días y las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción y finalmente en su artículo 385 establece que se aplicará a quien originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

1.- Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

2.- No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

En Portugal, se considera como sustituto de la multa de acuerdo al artículo 48 del Código Penal Portugués en el que en lo medular se establece que a petición de los condenados, el Tribunal podrá ordenar que las multas de pena fija sea totalmente o parcialmente reemplazadas por días de trabajo en los establecimientos, talleres u obras del Estado o de otras personas jurídicas Derecho público o privado instituciones de bienestar social, cuando determine

que este tipo de cumplimiento se realiza correctamente y sirve a los fines de la pena.

También, atendiendo a su artículo 58 si la pena de prisión es de extensión no superior a 1 año, la corte lo reemplaza al ofrecer trabajo para la comunidad siempre que concluya que por este medio es suficientemente adecuado a los fines de la pena y que la prestación de trabajo comunitario consiste en proporcionar servicios gratuitos para el Estado, a otras personas jurídicas regidas por entidades públicas o privadas cuyos fines el Tribunal considere de interés para la comunidad.

La prestación de trabajo serán entre treinta y seis y trescientos ochenta horas, y se logra en días, el sábados, el domingos y festivos, la duración de los períodos de empleo no perjudique la jornada normal de trabajo, no debe exceder al día permitido conforme a las disposiciones aplicables de las horas extraordinarias y la obra a favor de la comunidad sólo puede aplicarse con la aceptación de los condenados.

En su artículo 59 menciona la suspensión provisional, caducidad, revocación y sustitución del trabajo para la comunidad, en el que establece que puede ser provisionalmente suspendido por orden médica grave. El Tribunal puede revocar la disposición de la pena de trabajo comunitario y de pedir el cumplimiento de la pena de prisión que se da si intencionalmente se pone en aptitud de no poder trabajar, si se niega, sin causa justificada, a trabajar, o a violar gravemente las obligaciones derivadas de la sentencia que fue condenada; o cometer delito para el cual debe ser condenado y revelan que los efectos de la disposición de sanción de trabajo a favor de la comunidad no se pueden realizar.

También se establece que en los casos en que el condenado, al estar en prisión proporciona trabajo a favor de la comunidad se hace el descuento respectivo y que si la prestación de trabajo comunitario se considera satisfactoria, puede el Tribunal declarar extinto una vez completado dos tercios de la pena y además si la medida de internamiento debe cesar, pero no tiene tiempo, correspondiente a la mitad de la pena, el Tribunal podrá, a petición de los condenados, sustituir el tiempo de cárcel que hasta por un máximo de 1 año, proporcionando trabajo para la comunidad, de conformidad con el artículo 58, si esto resulta para ser compatible con la protección del orden jurídico y la paz social.

Siempre en el trabajo comunitario al delincuente se le pone en libertad condicional, si la medida de internamiento debe cesar, pero el delincuente no haya sido puesto en libertad condicional bajo los párrafos anteriores, una vez alcanzado el tiempo correspondiente a dos tercios de la pena, a petición de los condenados, el tiempo de cárcel que pueden ser reemplazados hasta un máximo de 1 año proporcionando trabajo para la comunidad, de conformidad con el artículo 58.

Si se revoca la prestación de trabajo comunitario o libertad condicional, el Tribunal decidirá si el funcionario debe cumplir con el resto de la pena o continuar el internamiento al mismo tiempo.

Por su parte en Argentina en su artículo 6º nos habla de que los reclusos podrán ser empleados en obras públicas de cualquier clase con tal que no fueren contratadas por particulares, habla en su artículo de que la pena de prisión, perpetua o temporal, se cumplirá con trabajo obligatorio, en establecimientos distintos de los destinados a los reclusos, trabajos que no podemos considerar de la naturaleza de los

que en esta investigación realizamos, mientras que en su artículo 27 bis, 8 nos establece que al suspender condicionalmente la ejecución de la pena, el Tribunal deberá disponer que, durante un plazo que fijará entre dos y cuatro años según la gravedad del delito, el condenado cumpla todas o alguna de las siguientes reglas de conducta, en tanto resulten adecuadas para prevenir la comisión de nuevos delitos:

1.- Fijar residencia y someterse al cuidado de un patronato.

2.- Abstenerse de concurrir a determinados lugares o de relacionarse con determinadas personas.

3.- Abstenerse de usar estupefacientes o de abusar de bebidas alcohólicas.

4.- Asistir a la escolaridad primaria, si no la tuviere cumplida.

5.- Realizar estudios o prácticas necesarios para su capacitación laboral o profesional.

6.- Someterse a un tratamiento médico o psicológico, previo informe que acredite su necesidad y eficacia.

7.- Adoptar oficio, arte, industria o profesión, adecuado a su capacidad.

8.- Realizar trabajos no remunerados en favor del Estado o de instituciones de bien público, fuera de sus horarios habituales de trabajo.

5. 8.- EL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

El Trabajo en beneficio de la comunidad se encuentra contemplado en varias legislaciones en nuestro país incluso en nuestro Estado de Nuevo León, legislaciones que van desde bandos de buen gobierno, Códigos e incluso diversos pronunciamientos al respecto por parte de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto mencionares algunas de ellas y parte de su contenido.

El Reglamento de Policía y Buen Gobierno del Municipio de San Pedro Garza García, Nuevo León establece en la fracción IV de su artículo 25 que las sanciones aplicables a las infracciones al Reglamento consistirán en trabajo a favor de la Comunidad, mientras que en su artículo 36 fracción VI establece que a solicitud del infractor las sanciones administrativas, podrán conmutarse por servicio comunitario, sujetándose al procedimiento correspondiente, incluyendo los menores, quienes podrán acogerse al beneficio del trabajo comunitario con la autorización de quienes ejerzan sobre ellos la patria potestad o su custodia según dispone el artículo 33 bis.

Por su parte el artículo 33 Bis-1 dispone que se entiende por trabajo a favor de la comunidad, la actividad asignada por la autoridad municipal al infractor, a fin de conmutar la sanción impuesta, mientras que los artículos 33 Bis-2 al 33 Bis-8 establece que para otorgar la conmutación de la sanción por el beneficio del servicio comunitario deberá solicitarlo el infractor, que no haya infringido el Reglamento más de dos veces en un año y que se deposite en la

Tesorería Municipal el monto de la sanción económica que por concepto de multa se le haya impuesto, en calidad de garantía, la cual podrá ser dispensada por el Juez Calificador cuando el infractor sea primigenio y notoriamente no cuente con los recursos para cubrir el monto que corresponda a la misma.

La conmutación de sanciones tendrá la equivalencia de que por cada hora o minutos de arresto por cumplir, deberá realizar el mismo tiempo, en trabajos a favor de la comunidad, y se le hará saber a más tardar el día hábil siguiente la dependencia municipal ó a la institución en donde deberá cumplirse y deberá presentarse ante dicha dependencia a más tardar el día hábil siguiente a aquel en que se le haya concedido el beneficio de la conmutación, a fin de que dé cumplimiento a ella.

La supervisión y asignación de actividades que los infractores beneficiados por la conmutación deban realizar estará a cargo de la dependencia asignada debiendo observar que el trabajo se realizará en ésta; y se deberá tomar en cuenta las condiciones físicas y mentales, profesionales, laborales, académicas u otras con el propósito de que la sanción se cumpla en los horarios de descanso del infractor y dedicará como máximo 4-cuatro horas diarias a la realización del trabajo a favor de la comunidad, debiendo completar el mismo en un término no Mayor de 15-quince días naturales, contados a partir del día siguiente en que se le otorgue dicho beneficio, e informará a la Dirección de Jueces Calificadores, mediante oficio, sobre el desempeño, cumplimiento, incumplimiento o conclusión del trabajo a favor de la comunidad.

En caso de incumplimiento en cualquiera de las obligaciones del trabajo a favor de la comunidad, se entenderá como

renuncia a la conmutación otorgada, haciendo efectiva la multa impuesta.

En su caso, una vez acreditado el cumplimiento del trabajo a favor de la comunidad conmutado como sanción, se reembolsará al infractor el importe de la multa depositado como garantía, mediante petición de la Dirección de Jueces Calificadores a la Tesorería Municipal.

El Reglamento de Policía y Buen Gobierno del municipio de Guadalupe, Nuevo León en su artículo 31 último párrafo establece que le corresponde a la Autoridad Municipal, por la infracción cometida a cualquiera de las disposiciones del Reglamento, aplicar una ó varias de las sanciones siguientes: Amonestación, Multa y Arresto hasta por 36 horas, pudiendo ser éste último conmutado por trabajo comunitario sin que exprese nada más al respecto.

El respectivo Reglamento del Municipio de Apodaca Nuevo León, establece en su artículo 35 que el Juez Calificador, en la resolución que llegare a decretar, determinará la culpabilidad o inculpabilidad del arrestado. De determinarse su inculpabilidad, ordenará su inmediata libertad; si estimare que el arrestado es responsable de haber cometido una infracción al Reglamento le impondrá la sanción correspondiente según el caso, siendo las siguientes: Amonestación; Multa o Arresto hasta por treinta y seis horas.

Cuando la sanción consista en arresto, a fin de que este no le sea aplicado, el infractor podrá solicitar cubrir un servicio a la comunidad de una hora por cada hora de arresto, debiendo acreditarlo ante la autoridad competente, la cual determinará si lo concede o no,

tomando en cuenta las circunstancias particulares del caso. Cuando el infractor no cumpla con el tiempo de servicio comunitario impuesto por la autoridad competente, deberá de cumplir con una hora de arresto por cada hora de servicio no prestado, en los términos del reglamento correspondiente.

El Bando de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Santiago, Nuevo León establece en su artículo 12 que dentro de las sanciones aplicables a los infractores a las disposiciones del mismo serán entre otras la del trabajo en favor de la comunidad, que será permutado por el arresto, mientras que en su artículo 23 establece que en los casos en los que el Juez hubiere impuesto como sanción a los infractores el arresto, podrá conmutarse por trabajo en favor de la comunidad, a solicitud del propio infractor y previa la opinión favorable de la trabajadora social del juzgado, por su parte el diverso 62 dispone que cuando la sanción se conmute por trabajo en favor de la comunidad, el infractor será puesto en libertad cuando concluya las horas de trabajo que se le hubieren ordenado y finalmente el artículo 107 refiere que le corresponde al Secretario guardar en depósito todos los objetos, valores, documentos y demás pertenencias que le entreguen los agentes o los presuntos infractores, mientras éstos cumplen su arresto o trabajo en favor de la comunidad, entregando el comprobante correspondiente.

Los Reglamentos de Policía y Buen Gobierno de los municipios de Escobedo, García, Juárez, Monterrey, San Nicolás de los Garza, Santa Catarina, todos del Estado de Nuevo León, no contemplan la figura que se analiza.

Por su parte el Código Penal del Estado de Nuevo León en su artículo 51 establece que el trabajo en beneficio de la comunidad

consiste en la prestación de servicios no remunerados, en lugares de interés social e instituciones educativas, de asistencia social, o de beneficencia privada. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al destinado al desarrollo de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que puedan exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El número de jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad será fijado por el Juez, considerando las circunstancias del caso.

El trabajo en beneficio de la comunidad puede ser pena autónoma en los casos en que así lo determine este Código, pena substitutiva de la prisión o de la multa o bien, puede ser de imposición conjunta a otras penas substitutivas de la prisión.

Se impondrá como pena substitutiva de prisión cuando la pena a imponer no exceda de cuatro años de prisión y el procesado no represente un peligro para la sociedad. En estos casos, cada día de prisión podrá ser substituido por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad, siempre que el Juez así lo determine. La substitución de la pena de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad, no excluye la aplicación de la multa que corresponda.

Para la imposición y ejecución de esta pena, se deberán tomar en cuenta los siguientes aspectos:

I.- Deberá fomentar en el sentenciado los valores primordiales para la sociedad, como lo son el respeto a las instituciones públicas y a los derechos de los demás;

II.- Se desarrollará de manera digna y por ningún concepto se aplicará en forma que resulte degradante o humillante para el sentenciado y de ser posible, la autoridad ejecutora podrá ofrecerle dos o más alternativas para el desempeño de las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad. El servicio prestado se llevará a cabo en un lugar que no sea propicio para su tendencia delictiva;

III.- Cada jornada de trabajo en beneficio de la comunidad constará de tres horas, bajo la supervisión de la autoridad ejecutora y no podrá exceder de tres veces a la semana;

IV.- Tratándose de los delitos culposos a los que se refiere el artículo 66 primer párrafo de este Código, el trabajo en beneficio de la comunidad jamás será impuesto como pena autónoma o como substitutiva de la prisión, pero siempre se impondrá de manera conjunta con otras penas substitutivas de la prisión, si el Juez hubiere determinado estas últimas;

V.- En los casos en los que esta pena se imponga de manera conjunta con alguna o algunas de las penas substitutivas de prisión, el trabajo en beneficio de la comunidad, tendrá una duración de tres a treinta jornadas de trabajo; y

VI.- Cuando el trabajo en beneficio de la comunidad se hubiere impuesto como pena substitutiva de la prisión o de manera conjunta a otra de las substitutivas de prisión, si el sentenciado no cumple con el trabajo en beneficio de la comunidad, se le hará efectiva la pena de prisión substituida y las jornadas de trabajo comunitario no cumplidas, se conmutarán por internación en cualquier centro penitenciario.

Mientras que el artículo 51 Bis establece que quedan excluidos de la aplicación del trabajo en beneficio de la comunidad, los siguientes delitos:

I.- Los delitos cometidos por servidores públicos, previstos en el Título Séptimo de este Código; y

II.- Los delitos de evasión de presos, quebrantamiento de sellos, los relativos a la corrupción de menores y pornografía infantil, lenocinio, usurpación de funciones públicas o de profesión, uso indebido de condecoraciones o uniformes, atentados al pudor, estupro, violación, sus figuras equiparadas y los grados de tentativa, hostigamiento sexual, incesto, trata de personas, abandono de familia, violencia familiar, inducción y auxilio al suicidio, aborto, abandono de personas, privación ilegal de la libertad y rapto.

A su vez el artículo 50 establece en su segundo párrafo que para la fijación del monto de la multa, el juzgador deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado. Cuando éste no pudiera pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, el juzgador fijará en substitución de la misma, jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad, que no podrán exceder de noventa.

Por su parte, el diverso artículo 65 contempla que los delitos culposos se castigarán con prisión de uno a seis años y suspensión por igual término o pérdida de derechos para ejercer profesión u oficio, según el grado de la culpa y que se impondrá el trabajo en beneficio de la comunidad cuando se substituya la pena de prisión por multa, en los términos del artículo 51 del Código Penal.

En relación a la tentativa el artículo 73 establece que en el supuesto de que la pena de prisión se substituya por multa, de manera conjunta se le impondrá al acusado trabajo en beneficio de la comunidad sujetándose a lo dispuesto por el artículo 51 del Código, mientras que el artículo 81 faculta al Juez para que en la sentencia substituya en favor de quien por primera vez haya delinquido, la pena de prisión no Mayor de tres años por una pena de multa y si la pena de prisión no excede de cuatro años, por una pena de trabajo en beneficio de la comunidad, substitución que deberá estar fundada y motivada, tomando en cuenta las condiciones personales del condenado y en los casos en los que la pena de prisión pueda ser substituida por multa, deberá aplicarse de manera conjunta el trabajo en beneficio de la comunidad, en los términos de la fracción V del artículo 51 del Código.

El contenido de los artículos 50, 51, 51 Bis, 65, 73 y 81 referidos fueron introducidos al Código Penal mediante las reformas contenidas en el Decreto No. 118, publicado en el Periódico Oficial del Estado de fecha 28 de Julio de 2004.

Antes de la reforma referida, el artículo 51 de la legislación comentada solamente establecía que “Para la fijación de la cuantía de la multa, el Juez deberá tomar en consideración la capacidad económica del sentenciado; cuando éste no pudiera pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, el Juez fijará en substitución de la misma los días de trabajo en beneficio de la comunidad, que no podrán exceder de noventa” texto introducido mediante la reforma del 29 del mes de Enero de 1997 publicada en esa Fecha en el Periódico Oficial del Estado mediante Decreto número 367, y previo a dicho texto era muy similar, solamente que se establecía que los días de trabajo en beneficio de la comunidad no podrían exceder de treinta en lugar de 90.

Al respecto, es de destacarse que de acuerdo a lo aquí expuesto desde el año de 1997 a la fecha ha existido una tendencia en el Estado de Nuevo León de echar mano del trabajo en beneficio de la comunidad en su sistema penal.

Por su parte, la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales del Estado establece en la fracción XX de su artículo 8 que para los efectos de la ejecución de las sanciones, la Secretaría de Seguridad Pública tendrá la atribución de organizar y supervisar el cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, cuando sea impuesto como pena por la autoridad jurisdiccional, informando los resultados al Juez de Ejecución, disposición que entró en vigor mediante Decreto número 216, publicado en Periódico Oficial del Estado de fecha 17 Junio 2011, destacando lo establecido en el segundo de sus transitorios que establece que las disposiciones anteriores a este Decreto serán aplicables en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de hechos realizados con anterioridad a su entrada en vigor aún cuando no hayan sido denunciados y que también serán aplicables las disposiciones anteriores a este Decreto en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de delitos permanentes y continuados iniciados con anterioridad a su entrada en vigor, aún cuando produzcan efectos con posterioridad a la entrada en vigor de este Decreto, complementando lo anterior lo dispuesto en el artículo Tercero transitorio que dispone que las disposiciones previstas en dicho Decreto solo serán aplicables en la ejecución de sentencias dictadas con motivo de hechos cometidos a partir de su entrada en vigor.

El Código Procesal Penal del Estado establece en su artículo 473 que si el condenado no paga la multa dentro del plazo que fija la sentencia, será citado para que indique si pretende sustituir la multa por trabajo a favor de la comunidad, solicitar plazo para pagarla o

entregar bienes suficientes que alcancen a cubrirla. El Juez podrá autorizar el pago en cuotas y que si es necesario, el Juez procederá al embargo y a la venta pública de los bienes embargados, conforme al Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, o ejecutará las cauciones.

En su artículo 235, referido a las condiciones por cumplir durante el período de suspensión del proceso a prueba se refiere que el Juez o Tribunal de Control fijará el plazo de la suspensión del proceso a prueba escuchando a la víctima a través del Ministerio Público, que no podrá ser inferior a seis meses ni superior a tres años, y determinará imponer al imputado una o varias de las condiciones que deberá cumplir, entre otras, las contempladas en su fracción VII que lo es la de prestar servicio social no remunerado a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada, de conformidad con alguno o algunos de los programas previamente diseñados por la autoridad competente, lo anterior nos refleja el uso de trabajo a favor de la comunidad, aunque con una denominación diversa, en el Código Procesal Penal del Estado.

Sobre el tema la Ley del Sistema Especial de Justicia para Adolescentes del Estado de Nuevo León, establece en su artículo 51 el prestar servicio social a favor de la comunidad en instituciones públicas o privadas sin fines de lucro, como una condicionante a cumplir durante el período de suspensión del proceso a prueba, dicha figura opera siempre que el adolescente sea Mayor de catorce años.

La referida legislación en su artículo 125 establece diversos tipos de medidas sancionadoras que se aplicaran una vez comprobada la responsabilidad penal del adolescente y tomando en cuenta los principios y finalidades de esta Ley, el Juez podrá imponer al

adolescente en forma simultánea o alternativa, garantizando la proporcionalidad, entre los que se encuentran el servicio a favor de la comunidad, el cual consiste, según el artículo 130 del mismo ordenamiento, en que el adolescente realice, de modo gratuito, tareas de interés general en entidades de asistencia pública o privada, sin fines de lucro, orientadas a la asistencia social, tales como hospitales, escuelas, parques, bomberos, protección civil, cruz roja y otros establecimientos similares, siempre que dicha medida no atente contra su salud o integridad física y psicológica. Refiere el último de los dispositivos mencionados que las tareas asignadas deberán guardar proporción con las aptitudes del adolescente y con su nivel de desarrollo, podrán ser cumplidas durante una jornada máxima de ocho horas semanales, los sábados, domingos y días feriados o en días hábiles, pero sin perjudicar la asistencia a la escuela o la jornada normal de trabajo y exige que el adolescente cuente con atención integral continua, la cual no podrá ordenarse por un período inferior a seis meses ni superior a un año, ni imponerse a los menores de 14 años sin que la imposición de esta medida implique una relación laboral entre el adolescente sancionado, el Estado o la institución donde se preste el servicio.

Finalmente el diverso artículo 131 refiere los lugares para la prestación del servicio comunitario, disponiendo que las personas responsables de organismos sin fines de lucro, interesadas en colaborar en el apoyo de la ejecución de medidas sancionadoras no privativas de libertad, deberán dirigirse al Centro de Internamiento y de Adaptación de Adolescentes Infractores, el que deberá comprobar su idoneidad y analizar los programas que ofrecen antes de darles su aprobación, teniendo preferencia los programas comunitarios del lugar de origen o domicilio del adolescente.

En relación con el trabajo en beneficio de la comunidad contemplado en nuestras Leyes estatales, en la tesis de rubro **MULTA. SUBSTITUCIÓN DE LA, POR TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD. (LEGISLACIÓN DE NUEVO LEÓN)** la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó al interpretar el artículo 51 del Código Penal del Estado vigente antes de la reforma del 29 del mes de Enero de 1997 publicada en esa Fecha en el Periódico Oficial del Estado mediante Decreto número 367 determinó que una correcta interpretación de dicho precepto, lleva a concluir que el legislador local quiso referirse a jornadas de trabajo, que no podrán exceder de la máxima diaria prevista por el artículo 61 de la Ley Federal del Trabajo, en relación con el artículo 5o. constitucional; por tanto, si la autoridad responsable al substituir la multa condena al reo a prestar trabajo en favor de la comunidad por un número determinado de "días", tal proceder es incorrecto, si se tiene en cuenta que un día equivale a veinticuatro horas, por lo que es humanamente imposible que el sentenciado pueda cumplir dicha condena, y la sentencia que así lo decide es violatoria de garantías.³²⁶

Por lo que se refiere a esta figura en el ámbito de nuestra legislación federal tenemos que Código Penal Federal establece en su artículo 24 el trabajo en benéfico de la comunidad como pena, y en su artículo 27 lo define como la prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, el mismo artículo establece que el trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo la orientación

³²⁶ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. III, Marzo de 1996. Página: 973. Tesis: IV.2o.10 P. Tesis Aislada. Materia(s): Penal.

y vigilancia de la autoridad ejecutora, la cual podrá extenderse por el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

También, dicho artículo establece que el trabajo en favor de la comunidad puede ser pena autónoma o sustitutivo de la prisión o de la multa y que cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad, y finaliza dicho artículo estableciendo que por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado.

Por su parte en su artículo 29 establece que la autoridad judicial podrá sustituir la multa, total o parcialmente, por prestación del trabajo en favor de la comunidad a razón de una jornada de trabajo por un día multa, y en su artículo 70 establece que la prisión podrá ser sustituida, a juicio del juzgador, por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad, cuando la pena impuesta no exceda de cuatro años.

Finalmente, como pena autónoma se aplica a los delitos evasión de presos previsto en su artículo 153, el delito de quebrantamiento de sanción previsto en su artículo 158, al de violación de correspondencia previsto en su artículo 173, también al delito de desobediencia y resistencia de particulares previsto en su artículo 178, al delito de quebrantamiento de sellos previsto en su artículo 187, al diverso tipo de provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio y de la omisión de impedir un delito que atente contra el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad humana o la integridad física o mental previsto en su artículo 208, al igual que al de revelación de secretos previsto en su artículo 210, también al delito de variación del nombre o del domicilio previsto en su artículo 249 y finalmente al delito de abandono de personas en las hipótesis comprendidas en los artículos 340 y 341.

Resalta el contenido de esta figura en las disposiciones comunes a los delitos contra el ambiente contempladas en el artículo 421 que establece que en dichos delitos, los trabajos a favor de la comunidad a que se refiere el artículo 24 de este ordenamiento, consistirán en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales. En la Ley que Establece las Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados no se contempla dicha figura.

Por su parte, y al abarcar el ámbito Constitucional, el artículo 5° de la Constitución Política del Estado de Nuevo León establece que nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la Autoridad Judicial, el cual se sujetará a las disposiciones constitucionales relativas, mientras que el artículo 5° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. establece de una manera muy similar a la estatal que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

Al respecto el artículo 123 de la última legislación citada establece que toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley, el Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir Leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: I.- La duración de la jornada máxima será de ocho

horas; II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de 7 horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años; el referido artículo, en su apartado B igualmente dispone que entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores: I.- La jornada diaria máxima de trabajo diurna y nocturna será de ocho y siete horas respectivamente. Las que excedan serán extraordinarias y se pagarán con un ciento por ciento más de la remuneración fijada para el servicio ordinario. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas; II.- Por cada seis días de trabajo, disfrutará el trabajador de un día de descanso, cuando menos, con goce de salario íntegro.

Por lo que se refiere al apartado A del artículo 123 Constitucional, la Ley Federal del Trabajo, que es su Ley reglamentaria en su artículo 66³²⁷ dispone que podrá también prolongarse la jornada

³²⁷ Dicho artículo no sufrió modificación mediante el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de Noviembre del año 2012, mediante el cual Se REFORMAN los artículos 2o; 3o; 4o, fracción I, inciso a); 5o, fracción VII; 25, fracciones I, II y IV; 28; 35; 43, primer párrafo, y fracción II; 47, fracciones II, VIII, y segundo, tercer y cuarto párrafos; 48; 50, fracción III; 51, fracción II; 56; 97, fracción IV; 103 Bis; 110, fracciones V y VII; 121, fracción II; 132, fracciones XVI, XVII, XVIII y XXVI; 133, primer párrafo y fracciones I y V; 134, fracción II; la denominación del Capítulo III Bis del Título Cuarto, para quedar como "De la Productividad, Formación y Capacitación de los Trabajadores"; 153-A; 153-B; 153-C; 153-D; 153-E; 153-F; 153-G; 153-H; 153-I; 153-J; 153-K; 153-L; 153-N; 153-Q; 153-S; 153-U; 153-V, primer párrafo; 154, primer párrafo; 157; 159; 168; 170, fracciones II y IV; 173; 174; 175; 176; 279, primer párrafo; 280; 282; 283, fracciones II y actuales IV, V, VI y VII; 284, fracción III; 285; 311, actual segundo párrafo; 333; 336; 337, fracción II; 353-A, fracción II; 353-S; 366, fracción III y último párrafo; 371, fracciones IX y XIII; 373; 427, fracción VI; 429, fracciones I y III; 430; 435, fracciones I y II; 439; 476; 490, fracción I; 502; 503, fracciones I, II, III y IV; 504, fracción V; 512-A; 512-B, párrafos primero y segundo; 512-C, primer párrafo; 512-D, primer párrafo; 512-F, primer párrafo; 513, primer párrafo; 514; 515; 521, fracción I; 523, fracción V; 527, fracciones I y II, numeral 2; 529, fracciones II, III y V; 532, fracción IV; 533; la denominación del Capítulo IV del Título Once, para quedar como "Del Servicio Nacional del Empleo"; 537; 538; 539, fracciones I, incisos b), c), d), e), f) y h), II, incisos a), d) y f), III, incisos b), c), d) y h); 539-A, primer y tercer párrafos; 539-B; 541, fracción VI; 546, fracciones II y V; 552, fracción IV; 555, fracción III; 556, fracción II; 560, fracción III; 604; 605, segundo párrafo; 606, primer párrafo; 607; 610, primer párrafo y actuales fracciones IV y V;

de trabajo por circunstancias extraordinarias, sin exceder nunca de tres horas diarias ni de tres veces en una semana, mientras que la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado Reglamentaria del Apartado "B" del artículo 123 Constitucional en su artículo 26 dispone que "Cuando por circunstancias especiales deban aumentarse las horas de jornada máxima, este trabajo será considerado como extraordinario

612; 614, primer párrafo y fracción I; 615, primer párrafo y fracciones II, III, IV, VI y VII; 617, primer párrafo y fracción VII; 618, fracción II; 619, fracciones I y II; 620, fracciones I, II, inciso a), párrafo tercero, y III; 624; 625, primer párrafo; 626, actuales fracciones II, III y IV; 627, actuales fracciones II, III y IV; 628, fracciones II, III, IV y V; 629; 630; 631; 632; 634; 637, fracciones I y II; 642, actual fracción IV; 643, fracciones I, III y IV; 644, primer párrafo y fracciones I y II; 645, actual fracción IV; 646; 648; 664, primer párrafo; 685, primer párrafo; 688; la denominación del Capítulo II del Título Catorce, para quedar como "De la Capacidad, Personalidad y Legitimación"; 689; 691; 692, fracciones II y IV; 693; 698, segundo párrafo; 700, fracción II, incisos a), b) y c); 701; 705, fracciones I, II y III; 711; 724; 727; 729, primer párrafo y fracción II; 731, fracción I; 734; 737; 739, segundo párrafo; 740; 742, fracción XI; 743, fracciones II y IV; 753; 763; 772; 773; 776, fracción VIII; 783; 784, fracciones V, VI, VIII, IX y XIV; 785; 786; 790, fracción III; 793; 802, segundo párrafo; 804, fracción IV y último párrafo; 808; 813, fracciones I, II, y IV; 814; 815, fracciones II, IV, VI y VII; 816; 817; 823; 824; 825, fracciones III y IV; 828; 839; 840, fracciones III, IV y VI; 841; 850; 853; 856, primer párrafo; 857, fracción II; 861, primer párrafo y fracciones II, III y IV; 863; 873; 875, primer y segundo párrafos; 876, fracciones I, II y V; 878, fracciones I, II, V, VII y VIII; 879, primer párrafo; 880, primer párrafo y fracciones II y IV; 883; 884, fracciones I, II, III y actual IV; 885, el primer párrafo; 886; 888, primer párrafo y fracción I; 891; 939; 940; 945, primer párrafo; 947, fracción IV; 949; 960; 962; 965, fracción II y último párrafo; 966, fracción II; 968; apartado A, fracciones I y III, y apartado B, fracciones I, II y III; 969, fracciones I y III; 970; 977, primer párrafo; 979, primer párrafo; 985, primer párrafo; 987; 991, primer párrafo; 992; 993; 994; 995; 996; 997; 998; 999; 1000; 1001; 1002; 1003, segundo párrafo; 1004, fracciones I, II y III; 1005, primer párrafo y 1006; se ADICIONAN los artículos 3o. Bis; 15-A; 15-B; 15-C; 15-D; 22 Bis; 28-A, 28-B; 39-A; 39-B; 39-C; 39-D; 39-E; 39-F; 42, con una fracción VIII; 42 Bis; 43, con una fracción V; 47, con una fracción XIV Bis y un penúltimo párrafo; 51, con una fracción IX, pasando la actual fracción IX a ser fracción X; 56 Bis; 83, con un segundo párrafo, pasando el anterior segundo párrafo a ser tercero; 101, con un segundo párrafo; 121, con un segundo párrafo a la fracción IV; 127, con una fracción IV Bis; 132, con las fracciones XVI Bis; XIX Bis, XXIII Bis; XXVI Bis y XXVII Bis; 133, con las fracciones XII, XIII, XIV y XV; 135, con una fracción XI; 153-F Bis; 170, con una fracción II Bis; 175 Bis; 279, con un último párrafo; 279 Bis; 279 Ter; 283, con las fracciones IV, IX, X, XI, XII y XIII; 311, con un segundo párrafo, pasando el anterior segundo párrafo a ser tercero; un Capítulo XIII Bis denominado "De los Trabajos en Minas", al Título Sexto, que comprende los artículos 343-A, 343-B, 343-C, 343-D y 343-E; 357, con un segundo párrafo; 364 Bis, 365 Bis, 377, con un último párrafo; 391 Bis; 424 Bis; 427, con una fracción VII; 429, con una fracción IV; 432, con un tercer párrafo; 475 Bis; 504, con un último párrafo a la fracción V; 512-D Bis; 512-D Ter; 512-G; 525 Bis; 527, fracción I, con un numeral 22; 530 Bis; 533 Bis; 539, con las fracciones V y VI; 539-A, con un párrafo cuarto, pasando el anterior párrafo cuarto a ser quinto; 541, con una fracción VI Bis; 605, con un tercer y cuarto párrafos; 605 Bis; 610, con una fracción II, recorriéndose las subsecuentes; 617, con las fracciones VIII y IX, pasando la actual fracción VIII a ser X; 618, con una fracción VIII, pasando la

y nunca podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas.

Ahora bien, y en base a lo expuesto, nos toca ahora determinar por cuál de las dos legislaciones se va a regir el trabajo en beneficio de la comunidad que en su caso llegare a imponerse como pena en el Estado de Nuevo León en lo relativo a las jornadas extraordinarias de trabajo, mismas que se encuentran contempladas tanto en la Ley Federal del Trabajo, reglamentaria del apartado "A" del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. y las contempladas en Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado Reglamentaria del Apartado "B" del referido Artículo 123 Constitucional.

Al respecto considero que si el apartado "B" del artículo 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. hace referencia a los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores, al no estar comprendido en dicho precepto las

actual fracción VIII a ser IX; 623, con un primer párrafo, pasando el anterior primer párrafo a ser segundo; 626, con una fracción II, recorriéndose las subsecuentes; 627, con una fracción III, recorriéndose las subsecuentes; 627-A; 627-B; 627-C; 641-A; 642, con las fracciones IV, V y VI, pasando las actuales fracciones IV y V a ser VII y VIII; 643, con una fracción V, pasando la actual fracción V a ser VI; 645, con una fracción II, recorriéndose las subsecuentes, y un inciso d) a la actual fracción IV; 690, con un segundo párrafo; 739, con un tercer y cuarto párrafos; 771, con un segundo párrafo; 774 Bis; 784, con un último párrafo; 815, con las fracciones X y XI; 826 Bis; una Sección Novena, denominada "De los Elementos Aportados por los Avances de la Ciencia", al Capítulo XII, del Título Catorce, que comprende los artículos 836-A, 836-B, 836-C y 836-D; 884, con una fracción IV; pasando la actual IV a ser V; 885, con un segundo párrafo; una Sección Primera, al Capítulo XVIII del Título Catorce, denominada "Conflictos Individuales de Seguridad Social", que comprende los artículos 899-A al 899-G; 985, con una fracción III; 995 Bis; 1004-A; 1004-B y 1004-C; y se DEROGAN los artículos 153-O; 153-P; 153-R; 153-V, cuarto párrafo; 395, segundo párrafo; 512-D, segundo y tercer párrafos; 523, fracción IX; 525; 539, fracción III, incisos a) y e); los Capítulos X y XI del Título Once, que comprenden los artículos 591 al 603; 614, fracción V; 616, fracción II; 700, fracción I; 765; el Capítulo XVI del Título Catorce, que comprende los artículos 865 al 869; 876, fracción IV; 875, primer párrafo, inciso c); 877; 882; 991, segundo párrafo; 1004, último párrafo de la Ley Federal del Trabajo.

legislaturas de los Estados la legislación a aplicar lo será la Ley Federal de Trabajo.

La importancia en hacer dicha distinción estriba en que si bien es cierto que en las dos legislaciones la jornada extraordinaria no podrá exceder de tres horas, existe una diferencia trascendental en cuanto al número de jornadas extraordinarias que se permiten, ya que la que nos va regir, es decir la Ley Federal del Trabajo, no permite que dichas jornadas excedan de tres veces a la semana, mientras que en la legislación relativa al apartado "B" menciona que no podrá exceder de tres veces consecutivas, lo que quiere decir que se pueden imponer hasta seis jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad por semana.

Por su parte, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, al abordar el tema ha establecido que al emitirse un fallo en el que sean impuestas como pena jornadas de trabajo en favor de la colectividad, deberá establecerse que éstas consisten en la prestación de servicios no remunerados en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, igualmente deberá establecerse que éstas no podrán exceder de tres horas diarias ni de tres veces a la semana y deberán cumplirse en un horario distinto de las labores que representen la fuente de ingresos para la subsistencia del sentenciado y de su familia; igualmente, deberá determinarse la extensión, términos y condiciones de ejecución, que por cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad; que la extensión de esa jornada la fijará el Juez tomando en cuenta las circunstancias del caso y por ningún concepto se desarrollará en forma que resulte denigrante o humillante para el condenado, además de que en la sentencia que establece tal sustitutiva de multa por jornadas de trabajo, debe ser específica en cuanto a su

aplicación, determinándose con precisión las jornadas de trabajo que se van a señalar como sustitutiva, ya que la falta de tal determinación deja al quejoso en Estado de indefensión, frente a la autoridad ejecutora.

Lo anterior puede apreciarse de las siguientes tesis de rubro **PENA. JORNADAS DE TRABAJO EN FAVOR DE LA COMUNIDAD COMO SUSTITUTIVO DE LA MULTA. NO PUEDEN EXCEDER DE TRES HORAS DIARIAS NI DE MAS DE TRES VECES POR SEMANA**³²⁸, **JORNADAS DE TRABAJO, INDETERMINACIÓN DE LAS**³²⁹ y la tesis de jurisprudencia de rubro **JORNADAS DE TRABAJO. DEBEN PRECISARSE EN LA SENTENCIA LAS JORNADAS A IMPONER PARA SUSTITUIR LA MULTA**³³⁰.

Con lo expuesto anteriormente se comprueban sin lugar a dudas las dos primeras hipótesis de la presente investigación consistentes en que a la fecha sigue siendo deficiente la regulación del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León y que a la fecha sigue siendo aún más deficiente, la regulación de la ejecución del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León.

5. 9.- FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL TRABAJO EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

³²⁸ Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 86-2, Febrero de 1995. Página: 61. Tesis: XIX.2o. J/6. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

³²⁹ Octava Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. III, Segunda Parte-2, Enero a Junio de 1989. Página: 925. Tesis: I. 2o. P. J/5. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

³³⁰ Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Enero de 2007. Página: 2141. Tesis: I.3o.P. J/20. Jurisprudencia. Materia(s): Penal.

Si previamente se ha establecido que el trabajo en beneficio de la comunidad es una pena que consiste en la realización obligatoria de jornadas de que no serán retribuidas mediante pago alguno, es conveniente, antes de continuar con la siguiente investigación, determinar si dicha pena se encuentra dentro de los parámetros constitucionales que regulan la garantía de la libertad de trabajo, ya que de no satisfacerse resultaría ocioso continuarla.

Al respecto, existen en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos los artículos 5 y 123, de los cuales el primero de ellos, en lo tocante a la materia que nos ocupa textualmente dispone que “nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123”, por su parte el artículo 123 dispone que “toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social para el trabajo, conforme a la Ley. El Congreso de la Unión, sin contravenir a las bases siguientes, deberá expedir Leyes sobre el trabajo, las cuales regirán: A.- Entre los obreros, jornaleros, empleados, domésticos, artesanos y de una manera general, todo contrato de trabajo: I.- La duración de la jornada máxima será de ocho horas; II.- La jornada máxima de trabajo nocturno será de 7 horas. Quedan prohibidas: las labores insalubres o peligrosas, el trabajo nocturno industrial y todo otro trabajo después de las diez de la noche, de los menores de dieciséis años; ... B.- Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores: I.- La jornada diaria máxima de trabajo diurno y nocturno será de ocho y siete horas respectivamente. Las que excedan serán extraordinarias y se pagarán con un ciento por ciento más de la remuneración fijada para el servicio

ordinario. En ningún caso el trabajo extraordinario podrá exceder de tres horas diarias ni de tres veces consecutivas; II.- Por cada seis días de trabajo, disfrutará el trabajador de un día de descanso, cuando menos, con goce de salario íntegro; ...”.

En la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo, convocada en Ginebra por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, y congregada en dicha ciudad el 10 de Junio de 1930 en su decimocuarta reunión; en la que se adopta, con fecha veintiocho de Junio de mil novecientos treinta, el tratado internacional denominado Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930, el cual entró en vigor internacional el primero de Mayo de 1932, y que vincula a México desde el 12 de Mayo de 1934 (Ratificación) y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 13 de Agosto de 1935 en su artículo 2 punto 2 inciso c) establece que para los efectos de dicho convenio la expresión trabajo forzoso u obligatorio no comprende cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado; lo anterior nos confirma que nuestros dispositivos constitucionales no se contraponen a dicho tratado internacional.

Por su parte la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/45/110, aprobada y proclamada en la 68 sesión plenaria del 14 de Diciembre de 1990 se establecieron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio), las cuales en su punto 8.1 establecen que la autoridad judicial tendrá a su disposición una serie de sanciones no privativas de la libertad y que al adoptar su decisión

deberá tener en consideración las necesidades de rehabilitación del delincuente, la protección de la sociedad y los intereses de la víctima, quien será consultada cuando corresponda, recomendando en su numeral 8.2 inciso i) que las autoridades competentes podrán tomar, entre otras medidas, la Imposición de servicios a la comunidad.

Por su parte la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León establece en lo tocante a la materia, específicamente en su artículo 5° que “nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la Autoridad Judicial, el cual se sujetará a las disposiciones constitucionales relativas”.

Así las cosas y dado el contenido de los artículos constitucionales antes transcritos, estimo que de ninguna manera se viola en ninguna forma lo dispuesto por los artículos 1°, 5° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. y el respectivo 5° de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, pues en el primer caso, queda claramente señalado que se trata de un trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial y se sustenta a demás conforme a los tratados internacionales que nuestro país forma parte y por lo que toca al segundo, se deja establecido que no se puede exceder de la jornada extraordinaria que señala o determina la Ley laboral.

Lo anterior, se ve robustecido por lo estableciendo el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. y el respectivo 17 de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, los cuales textualmente establecen una vinculación entre el trabajo y la reinserción social como un medio para lograr el retorno a la sociedad

del individuo, lo que se traduce en que el trabajo en beneficio de la comunidad beneficia tanto a éste como a la sociedad, cumpliendo ello con los requisitos constitucionales federales y locales para que pueda operar y mejor aún cumple con un alto sentido social.

Por su parte, el Pleno de nuestro máximo Tribunal ha establecido, al resolver diversas legislaciones que contemplan el trabajo a favor de la comunidad, que las actividades de apoyo a la comunidad que prestan los infractores de la Ley como alternativa para no pagar una multa o sufrir un arresto en lugares localizados en la circunscripción territorial en que se hubiere cometido la infracción, no deben considerarse como trabajo sin justa retribución, ya que son una opción para el infractor, quien con pleno consentimiento elige su realización como una manera de conmutar la sanción de multa o arresto, en tanto que dichas actividades no pueden equipararse a un servicio público que deba ser retribuido, cuando el ordenamiento deja a su elección realizar dichas actividades u optar por el pago de la multa o cumplir el arresto por el tiempo determinado.

Por otro lado estimó que las actividades de apoyo a la comunidad no impiden al infractor desempeñar su trabajo cotidiano y recibir a cambio una remuneración, por lo que concluyen que los artículos que prevén la realización de actividades de apoyo a la comunidad, no violan la garantía de libertad de trabajo contenida en el artículo 5o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por lo que se refiere al artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., dicho Tribunal estimó que del análisis del citado precepto constitucional, se advierte la distinción entre la autoridad judicial y la administrativa pues mientras a la primera

corresponde la imposición de sanciones derivadas de delitos, a la segunda compete lo relativo a las sanciones por faltas a la policía y buen gobierno.

Determinó que las actividades de apoyo a la comunidad que constituyen una opción para el infractor para no cumplir con una multa o un arresto, ya que dichas actividades son exclusivamente una forma de conmutar la sanción y no violan el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., sino que se ajustan a su texto, toda vez que autorizan al infractor a solicitar al Juez que le permita realizar actividades de apoyo a la comunidad a efecto de no cubrir dicha multa o el arresto impuesto, además, el referido artículo 21 impide que las faltas a los ordenamientos gubernativos sean sancionadas con medidas más gravosas que la multa y el arresto, pero no prohíbe la imposición de una sanción menor, característica que tienen los trabajos de apoyo a la comunidad.

Lo anterior puede observarse de las tesis de jurisprudencia de rubro **CULTURA CÍVICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN XVI, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 33 AL 38 DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 31 DE MAYO DE 2004, QUE PREVÉN LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE APOYO A LA COMUNIDAD, NO VIOLAN LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE TRABAJO**³³¹ y **CULTURA CÍVICA DEL DISTRITO FEDERAL. EL ARTÍCULO 9o., FRACCIÓN XVI, EN RELACIÓN CON LOS DIVERSOS 33 AL 38 DE LA LEY RELATIVA, PUBLICADA EN LA GACETA OFICIAL DE LA ENTIDAD EL 31 DE MAYO DE 2004, QUE PREVÉN LA REALIZACIÓN DE ACTIVIDADES DE APOYO A**

³³¹ Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Diciembre de 2007, Página: 976, Tesis: P./J. 107/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Administrativa.

LA COMUNIDAD, NO VIOLAN EL ARTÍCULO 21 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS..³³²

5.10.- EL TRABAJO COMUNITARIO EN RELACIÓN CON LA VÍCTIMA DEL DELITO.

La procuración de justicia es una actividad de profundas raíces históricas que se justifican en la práctica del principio de dar lo suyo a cada quien; dentro del positivismo italiano, Ferri y Garofalo pronunciaron especial interés en las víctimas del delito, focalizándolo en la reparación del daño, proponiendo una serie de reformas procedimentales a fin de facilitar la reparación del daño a tres niveles, siendo estos, como obligación del delincuente a la parte ofendida, como sanción substitutiva de la pena de prisión en caso de delitos menores y delincuentes ocasionales; y como función social a cargo del Estado³³³.

Actualmente la sensibilidad de nuestra actual sociedad, frente a los efectos del delito sobre la víctima, dio lugar a una justa exigencia para reconocer una necesidad de Mayor presencia de la víctima, sobre todo con el objeto de restituir, cuando esto sea posible, los derechos que le han sido quebrantados.

Los principios fundamentales de justicia y asistencia para la víctima, entre otros, señalan que tienen derecho a justicia y a pronta

³³² Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XXVI, Diciembre de 2007, Página: 975, Tesis: P./J. 108/2007, Jurisprudencia, Materia(s): Constitucional, Administrativa,

³³³ Villanueva Castilleja Ruth, Labastida Díaz Antonio. *La Procuración De Justicia Al Servicio De La Víctima Del Delito*. Primera Edición. Industrias Gráficas Delma S. A. De C. V. Naucalpan Estado De México 1999. Pág. 7.

reparación por el daño que hayan sufrido, y a fin de cumplir lo anterior durante los últimos años se han fortalecido los mecanismos necesarios para desarrollar esos procedimientos oficiales, expeditos y accesibles, los cuales actualmente se encuentran plasmados en el apartado “C” del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., en el cual destaca el segundo párrafo de la fracción IV mismo que establece que “La Ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño”.

En lo que respecta al tema central, tenemos que poco se ha escrito y legislado nada sobre el trabajo a favor de la comunidad en relación con la víctima u ofendido del delito, siendo uno de ellos Viera, quien nos refiere que al definir la mecánica sobre la que girarán los trabajos en beneficio de la comunidad, bien con respecto a los posibles daños que hubiere causado el autor o el apoyo o asistencia a las víctimas, menciona que los trabajos podrán consistir en relación con delitos de similar naturaleza al cometido por el penado, en labores de reparación de los daños causados o de apoyo o asistencia a las víctimas, lo que produciría el auténtico efecto reparador que debe tener esta pena en relación al delito cometido.³³⁴

Así las cosas, y tomando como base la evolución que en fechas recientes ha tenido los derechos de las víctimas los cuales han alcanzado el rango constitucional, no estaría descabellado que para dar cumplimiento a estos fines, específicamente el plasmado en el segundo párrafo del artículo 20 apartado “C” Fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos., no se ve lejana la posibilidad de que los trabajos a favor de la comunidad pueda ser sustitutivo de la pena de reparación del daño, desarrollando trabajos de naturaleza similar al daño que causó el penado con la comisión del

³³⁴Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005. Pág. 30.

delito, o en aquellos casos en los que no pueda pagar en efectivo el monto a que fue condenado, lo cual si bien por el momento se ve un poco aventurado, en el futuro es naturaleza cierta y muy probable.

Un avance importante al respecto se encuentra contemplado en el artículo 4 del Código procesal Penal del Estado, el cual al hablar de justicia alternativa y justicia restaurativa refiere que como alternativa al proceso, el Ministerio Público y el Poder Judicial del Estado y la defensa, en sus respectivos ámbitos y en los términos de este Código, promoverán la justicia alternativa, entendiendo por esta como todo mecanismo en el que la víctima u ofendido y el imputado participan conjuntamente de forma activa en la resolución del conflicto legal y que se promoverá la justicia restaurativa, entendiendo por ésta a los mecanismos que procuren un resultado restaurativo encaminado a atender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y a lograr la reintegración de la víctima y de quien cometió el delito a la sociedad en busca de la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad.

Destacando a su vez lo dispuesto en su artículo 226, el cual define lo que debemos entender por un acuerdo reparatorio, definiéndolo como el pacto entre la víctima u ofendido y el imputado, que lleva como resultado la solución del conflicto a través de cualquier mecanismo idóneo que tenga el efecto de concluir el proceso evitando el juicio de responsabilidad propio de la sentencia definitiva, mientras que su artículo 227 nos define los casos en los que proceden los mismos, siendo en los delitos culposos, en aquellos en los que proceda el perdón de la víctima u ofendido, los de contenido patrimonial que se hayan cometido sin violencia sobre las personas, en los que admitan presumiblemente la sustitución de sanciones o condena condicional y en aquellos cuya pena máxima de prisión no exceda de ocho años,

excluyendo los delitos de carácter sexual; los cometidos en perjuicio de menores de edad; los de violencia familiar; los homicidios culposos que se cometan con motivo del tránsito de vehículos y el responsable conduzca en Estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, psicotrópicos u otras sustancias que impidan o perturben su adecuada conducción; y los cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, ni cuando el imputado haya celebrado anteriormente otros acuerdos por hechos que correspondan a delitos dolosos dentro de un plazo máximo de dos años o si existe un interés público prevaleciente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado ha incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigan en el caso particular.

Destaca el hecho de que si el delito afecta intereses difusos o colectivos, en el mecanismo de justicia alternativa respectivo, el Ministerio Público asumirá la representación de los citados intereses, cuando no se haya apersonado como víctima u ofendido alguno de los sujetos autorizados en este Código.

Uno de los principales obstáculos que enfrenta en la actualidad esta figura para aplicarse como sustitutiva de la reparación del daño lo es el que de entrada la sociedad en lo general no lo permitiría, por lo que por el momento considero que para que pueda darse en la práctica el trabajo en benéfico de la comunidad debe cubrirse o garantizarse la reparación del daño.

Así las cosas, si bien no podemos pasar por inadvertido que la procuración de justicia comprende múltiples aspectos tanto jurídicos como sociales, y que a través de la historia se ha desarrollado como una búsqueda para mejorar las condiciones de vida de los

ciudadanos, haciendo más armoniosa la convivencia humana equilibrando intereses y evitando injusticias que produzcan desigualdad, es inexacto que solo haga énfasis a la atención de los derechos de las víctimas.

Podemos concluir que al tener un beneficio la sociedad mediante el trabajo prestado y no retribuido, se traducirá en una mejora a las condiciones de vida de los ciudadanos cumpliendo así las expectativas de la procuración de justicia e incluso, en un futuro podrá establecerse un sistema que permita que la reparación de daño pueda ser sustituida por trabajo del penado a favor de la víctima, como ya se dijo, lo que permitirá contar con un camino más estrecho en el concepto de justicia en la relación víctima-penado.

Como puede observarse, con lo expuesto podemos cambiar la errada creencia de la mayor parte de la sociedad que la pena de prisión es una medida más o menos eficaz para una supuesta prevención del delito, lo que acoge indebidamente nuestra legislación penalizando nuevas conductas y aumentando penas a las ya establecidas.

Además comprobamos que existen alternativas y que no solamente en los centros penitenciarios se llevan a cabo tratamientos y programas que se aplican a los reos que tienen por objeto el de reinsertar al individuo que ha cometido un delito a la sociedad, dentro de los que se encuentran los llamados tratamientos básicos, siendo aquellos procesos dirigidos a incrementar y/o mejorar las potencialidades laborales, capacitativas y educativas de los internos, contemplando los mismos al trabajo y la educación, destacándose al trabajo como el pilar en el tratamiento penitenciario según una clasificación de tratamientos con fines tanto didácticos como prácticos

que en el año de 1990 elaborara el Dr. Carlos Tornero Díaz³³⁵ y que no se ha superado en la actualidad, lo que nos lleva a concluir que se puede comprobar la denominada contaminación criminógena en los centros penitenciarios, pues existen tratamientos de reinserción que se pueden dar fuera de los mismos, dando cumplimiento a su vez, a lo dispuesto por el artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y su relativo artículo 17 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León los cuales disponen que el sistema de ejecución de sentencias se basará en el trabajo.

Finalmente con lo expuesto podemos finalmente terminar de comprender lo que de una u otra manera se nos ha dicho desde la época de Platón en el sentido de que la educación previene el delito.

³³⁵ Gutiérrez Ruiz Laura Angélica. *Normas Técnicas Sobre Administración De Prisiones*. Segunda Edición, Editorial Porrúa. México D. F. 2000. Págs. 42-45.

CONCLUSIONES

El trabajo en beneficio de la comunidad es la pena impuesta al delincuente consistente en la realización obligatoria de un número determinado de jornadas de trabajo a favor de la comunidad, a las cuales se ha dado el consentimiento previo de que no serán retribuidas mediante pago alguno.

La naturaleza jurídica del trabajo en beneficio de la comunidad es una pena privativa de derechos.

El fundamento Constitucional del trabajo en beneficio de la comunidad es lo dispuesto por los artículos 1°, 5° y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. y el respectivo 5° de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, así como el tratado internacional denominado Convenio sobre el trabajo forzoso 1930 y la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/45/110 que establece las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad (Reglas de Tokio).

Sin duda alguna, de lo visto en el presente trabajo de investigación en el cual se abordó el estudio de la teoría, jurisprudencia y tanto nuestra legislación como algunas otras del trabajo en beneficio de la comunidad, podemos concluir que a la fecha sigue siendo deficiente la regulación del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León y sigue siendo aún más deficiente, la

regulación de la ejecución del trabajo comunitario como pena alternativa en el Estado de Nuevo León.

Lo relevante en cuanto a la omisión de regulación se presenta principalmente en la ejecución de la pena que se analiza, la cual además resulta ser la parte más importante para que la misma sea efectiva, pues en cuanto a su regulación solamente se contempla que le corresponde a la Secretaría de Seguridad Pública la atribución de organizar y supervisar el cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, cuando sea impuesto como pena por la autoridad jurisdiccional, informando los resultados al Juez de Ejecución, según lo dispone la fracción XX del artículo 8 de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales.

En lo relativo a sus condiciones generales el tema se encuentra un poco más desarrollado, pero deficiente en cuanto a su contenido ya que la forma en que se encuentra estructurado hace que el mismo se torne ineficaz, pues aparte de carecer de una reglamentación de su ejecución, no tiene una secuencia lógica y acorde con los demás sustitutivos de la prisión.

En efecto, se ha pretendido establecer una regla de equivalencia que podría considerarse muy benigna que lo es una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad sustituye a un día de prisión.

Esta equivalencia al momento de materializarse resulta mucho más grave que la prisión ya que de acuerdo al número de jornadas extraordinarias máximas que permite nuestra legislación, los citados criterios de conversión que en un principio tienen una apariencia benigna, nos resulta un tremendo error, pues las jornadas de trabajo en

beneficio de la comunidad nos llevan a resultados absolutamente desproporcionales en referencia al delito realizado.

En efecto, ejemplificando que al condenado se le aplique una pena de 4 años, lo que le da oportunidad de que se le aplique el sustituto que estudiamos, así estaríamos hablando de un total de 1460 días de prisión.

Ahora bien, al aplicar la equivalencia que nuestro Código contempla en su artículo 51, el cual dispone que se impondrá como pena substitutiva de prisión cuando la pena a imponer no exceda de cuatro años de prisión y el procesado no represente un peligro para la sociedad y en estos casos, cada día de prisión podrá ser substituido por una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad tendríamos que el penado deberá prestar 1460 jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Por su parte el referido precepto en su fracción III dispone que solamente se puedan aplicar tres jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad por semana.

Así las cosas tendríamos que al año el penado solamente podrá realizar 156 jornadas de trabajo a favor de la comunidad, nos arroja como resultado que tendría que brindar trabajo en beneficio de la comunidad por un periodo de 9 años y cuatro meses aproximadamente para cumplir con la sentencia, lo que a todas luces es desproporcional, constituyendo así un exceso punitivo, estando por demás decir que los casos de incumplimiento serían totales.

Una deficiencia adicional lo constituye el hecho de que nuestra legislación contempla que se aplique el trabajo en beneficio de

la comunidad como pena alternativa a la prisión, en aquellos casos en que la pena a imponer no exceda de cuatro años, al respecto, es de mencionarse que no estoy de acuerdo en las condiciones de la imposición de la misma, pues estimo que deberán aplicarse aquellos delitos en los que la pena impuesta no exceda de cinco años y no de cuatro como se plantea.

La anterior crítica resulta del hecho de que a su vez se contempla en nuestro Código Penal que se aplicará la condena condicional a aquellos sentenciados cuya pena impuesta no exceda de cinco años, lo anterior se traduce en que los sentenciados, al momento de imponerles la pena de trabajo en beneficio de la comunidad como sustituto de la prisión cuando su pena impuesta no excedió de cuatro años, estarían en su derecho de solicitar que en vez del trabajo en beneficio de la comunidad les apliquen la condena condicional, beneficio al cual tendrán derecho toda vez que la pena impuesta no excede del tiempo fijado en la Ley que es del cinco años, petición que en mi opinión resultaría favorable, ya que hay que recordar que al reo debe aplicársele la disposición legal que Mayor le beneficie, y en el caso a estudio es la condena condicional la que más le beneficia pues no estaría obligado a realizar dicho trabajo en beneficio de la comunidad, y dejaría obsoleta la aplicación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, ya que de acuerdo al artículo 108 del Código Penal la condena condicional, suspende por determinación judicial las sanciones impuestas por sentencia definitiva a petición de parte o de oficio cuando sea primodelincuente, que haya observado buena conducta después del delito, que haya observado con anterioridad un modo honesto de vivir y tenga el firme propósito de continuarlo, que otorgue fianza, que fijará el Juez o Tribunal, de que se presentará ante la autoridad siempre que fuere requerido, que haya reparado el daño causado, o que haya garantizado cubrir su monto y que 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, lo cual es muy fácil de cumplir por el reo y no implica esfuerzo alguno.

De lo anterior, estimo que debe modificarse el contenido del Código Penal en los términos aquí expuestos para contemplar que el trabajo en beneficio de la comunidad podrá sustituir a la de prisión en aquellos caso en que la pena impuesta no exceda de cinco años, y la condena condicional en aquellos casos en que la pena impuesta no exceda de cuatro años, lo anterior dará el margen de imponer la pena de trabajo en beneficio de la comunidad en aquellos casos en que la pena aplicada sea Mayor a cuatro años y menor de cinco años, lo que implicaría un Mayor uso de la misma y un mejor nivel de cumplimiento por parte de los sentenciados, pues de no cumplirlo, se aplicaría la pena de prisión inicialmente impuesta.

Adicionalmente, y continuando con lo expuesto al principio de esta conclusión, estimo que debe además modificarse el contenido del Código Penal para contemplar que el trabajo en beneficio de la comunidad cuando se aplique como sustituto de la prisión en aquellos casos en que la pena impuesta no exceda de cinco años, el número máximo de jornadas que le podrán ser impuestas en ningún caso deberá exceder de 156, que es el número máximo de jornadas que deben prestarse en un año calendario, es decir, pretender buscar siempre una equivalencia de 3 jornadas de trabajo a favor de la comunidad que sería igual a 7 de días de prisión, lo que implicaría un Mayor uso de la misma y un mejor nivel de cumplimiento por parte de los sentenciados, pues de no cumplirlo, se aplicaría la pena de prisión inicialmente impuesta.

Por otro lado, a efecto de darle Mayor efectividad a la figura que estudiamos estimo que debe ajustarse además lo dispuesto en el Código Penal en el sentido de que la substitución de la pena de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad no excluye la aplicación de la multa que corresponda, ya que no existe ningún obstáculo para que la multa a la que se refiere el contenido del Código pueda a su vez ser substituida, al igual que la pena de prisión, por trabajo a favor de la comunidad, pero en éste caso, para fijar el número de jornadas deben aplicarse las reglas que para la multa establece el propio Código Penal del Estado en su artículo 50 que en lo medular establece que en ningún caso deben exceder de 90, lo anterior a fin de evitarse precisamente lo que se mencionó al principio respecto a las reglas de equivalencia, ya que caeríamos en el error mencionado al pretender tratar de equiparar un día de multa por una jornada de trabajo a favor de la comunidad, pues hay delitos que, pudiéndoles ser aplicado este beneficio, tienen contempladas como mínimo hasta mil cuotas, como el contemplado en el artículo 431 y no excluido por el diverso 51 bis, ambos del Código Penal del Estado.

En relación al contenido del artículo 81 del Código Penal del Estado, en el sentido de que se faculta al Juez para que en los casos en los que la pena de prisión pueda ser substituida por multa, deberá aplicarse de manera conjunta el trabajo en beneficio de la comunidad, en los términos de la fracción V del artículo 51 del Código, dicha disposición a su vez debe ser modificada, ya que por una parte no es clara en cuanto al número de jornadas de trabajo que a favor de la comunidad han de aplicarse.

Por lo anterior se considera que es mejor que en los casos a que se refiere el artículo mencionado se establezca que en aquellos

casos en los que la pena de prisión haya sido substituida por multa, a solicitud del sentenciado podrá sustituirse la multa por trabajo en beneficio de la comunidad, debiendo depositar el monto de la misma en calidad de garantía y una vez realizadas las jornadas de trabajo a favor de la comunidad impuestas se le reembolsará, mientras que en caso de incumplimiento se hará efectiva la multa, debiendo proveer que el número de jornadas a imponer será en los términos de la fracción V del artículo 51 del Código.

A fin de ser acorde en el Código penal, paralelamente deberá eliminarse la parte final del artículo 82 del Código Penal que establece que la substitución de la prisión por multa, excluye la aplicación simultánea o sucesiva de la condena condicional salvo que la capacidad económica no le permita de ningún modo cumplir con la pena substituida para establecer únicamente que la substitución de la prisión por multa, excluye la aplicación simultánea o sucesiva de la condena condicional.

Como se ha mencionado, el trabajo en beneficio de la comunidad se encuentra actualmente contemplado sólo como sanción substitutiva de prisión y multa, por lo que estimamos que solo en una primera etapa debe seguirse contemplado de dicha manera, y en la medida que vaya dando resultados, y sobre todo, se cuente con una debida organización y sólida estructura del mismo, el legislador deberá abandonar la pena de prisión como pena principal y dar mayor utilidad al trabajo en beneficio de la comunidad considerando que será aplicada atendiendo a la gravedad en alguna medida correspondiente a la de la pena privativa de libertad que actualmente substituyen.

Lo anterior no quiere decir que la figura que se analiza no pueda ser impuesta como pena autónoma como más adelante se explicará.

Paralelamente al ser el trabajo comunitario una pena sustitutiva de la multa se debe establecer por el Estado un procedimiento efectivo de cobro de dichas multas, ya que, si bien no puede obligársele a pagarla mediante la privación de su libertad ni obligarlo a prestar el trabajo a favor de la comunidad, si puede crearse un procedimiento efectivo para ejecutar el cobro de esas multas a través de su facultades coactivas, las cuales al iniciarse, es muy probable que orillen al penado a dar su consentimiento y posterior cumplimiento de las jornadas de trabajo a favor de la comunidad a cambio de no ver afectados sus derechos, bienes o posesiones patrimoniales con los que cuenta o pudiera llegar a contar, y de esta manera se podrá garantizar que el trabajo en beneficio de la comunidad tenga una eficaz aplicación como sustituto de la multa, debiéndose destacar el hecho de que, si no obstante la creación y ejecución por parte del Estado del procedimiento aquí sugerido, el penado no cuenta con ningún bien, derecho o posesión que pueda ser afectado no podrá por ningún motivo obligársele a realizar el trabajo en beneficio de la comunidad.

Así las cosas, se propone que el contenido del los artículos 51 y 108 del Código Penal del Estado queden con el contenido siguiente:

CÓDIGO PENAL DEL ESTADO

Artículo 51.- ...

...

Se impondrá como pena substitutiva de prisión cuando la pena a imponer no exceda de cinco años de prisión y el procesado no represente un peligro para la sociedad. En estos casos, en número máximo de jornadas a aplicarse no deberá exceder en ningún caso de 156. La substitución de la pena de prisión por trabajo en beneficio de la comunidad, no excluye la aplicación de la multa que corresponda, está multa también podrá ser substituida por Trabajo en beneficio de la comunidad, aplicándose las reglas que al efecto dispone el artículo anterior.

...:

I.- ...;

II.-...;

III.- ...

En los casos en que el sentenciado lo solicite, el número de jornadas a la semana podrá ser ampliada, ya sea en días adicionales a la semana o bien en horas por jornada diarias, dicha ampliación en todos los casos deberá ser en jornadas completas.

IV.- ...

V.- ...;

VI.- Cuando el trabajo en beneficio de la comunidad se hubiere impuesto como pena substitutiva de la prisión o de manera conjunta a otra de las substitutivas de prisión, si el sentenciado no cumple con el trabajo en beneficio de la comunidad, se le hará efectiva la pena substituida descontándose las jornadas de trabajo a favor de la comunidad cumplidas.

Si la pena a imponerse ya sea de manera substituta o de manera principal se trata de trabajos en

favor de la comunidad, el Juez que emita la sentencia deberá establecer en la misma el número de jornadas que deberá realizar el penado y recabar por escrito el consentimiento, remitiendo las constancias al Juez de ejecución.

Artículo 108.- ...:

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

...

Artículo 81.- ...

...

En los casos en los que la pena de prisión haya sido substituida por multa, a solicitud del sentenciado podrá substituirse la multa por trabajo en beneficio de la comunidad, debiendo depositar el monto de la misma en calidad de garantía.

Una vez realizadas las jornadas de trabajo a favor de la comunidad impuestas en los términos de la fracción V del artículo 51 de este Código se le reembolsará. En caso de incumplimiento se hará efectiva la multa.

Artículo 82.- La sustitución de la prisión por multa, excluye la aplicación simultánea o sucesiva de la condena condicional.

Por su parte, en relación a la regulación de su ejecución, la deficiencia, como ya se dijo anteriormente, es mucho Mayor ya que es necesario destacar que se carece de toda organización, ya que no se cuenta con un órgano o departamento que se encargue de ejecutarlo, distribuirlo y vigilarlo, e incluso, no se cuenta con un listado de instituciones en las cuales se pueda desarrollar.

Además, previamente a la regulación de la misma se debe tomar en cuenta lo establecido por Téllez, quien nos refiere que en la ejecución debe respetarse el principio de legalidad, tal y como existe en los casos de la pena privativa de libertad, por lo que debe establecerse en la Ley cada una de sus condiciones de ejecución con el fin de que ésta no se desarrolle en otra forma que la prescrita en la Ley ni con otras circunstancias o accidentes a las contempladas en su texto.

Para lo cual, y dada la extrema deficiencia regulatoria en cuanto a su ejecución tiene en nuestro Estado esta figura, se proponen las siguientes modificaciones legales a la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales del Estado para que esta pena sea realmente eficaz:

Artículo 8.- Para efectos de la ejecución de las sanciones, la Secretaría de Seguridad Pública tendrá las siguientes atribuciones:

XX.- ...

Para darle cumplimiento a lo anterior, la Secretaría de Seguridad Pública deberá contar una debida infraestructura de búsqueda de los trabajos de utilidad social que deba desarrollar el penado, para lo cual deberá celebrar convenios con organismos, dependencias o instituciones públicas, privadas, de beneficencia social o asistencial y educativas ya sean municipales, estatales o federales, con organizaciones de voluntariado, con entidades no lucrativas y/o organismos de participación ciudadana, quienes actuaran de manera conjunta y coordinada con las autoridades penitenciarias y judiciales entre otras.

Dichos convenios deberán contener el tipo de trabajos a realizar, procurando contar con una diversidad de trabajos, sus formas de imposición, la supervisión y vigilancia de su cumplimiento, además deberán establecer claramente cada una de las actividades de las instituciones, entre las cuales se incluyen de manera enunciativa el asesoramiento, seguimiento y asistencia de los penados, sin perjuicio de la supervisión cercana y constante de la Secretaría de Seguridad Pública.

Los Jueces de control, los Jueces de Juicio y los Jueces de Ejecución, deberán contar con el listado de trabajos que podrán desarrollar los penados y las instituciones en donde pueden desempeñar su actividad, la cual deberá ser proporcionada por la Secretaría de Seguridad Pública.

Esta información también se proporcionará a los abogados de los imputados que se encuentren en situación procesal susceptible de que se les aplique esta pena así como a los imputados mismos, previa solicitud que hagan de la misma a la autoridad judicial.

Además la Secretaría de Seguridad Pública facilitará con carácter general y periódico a las autoridades fiscales y a los colegios de abogados la información relativa a esta pena, su forma de ejecución y trabajo disponible.

Durante la ejecución de esta sanción, los penados gozarán de la protección que prevé la legislación en materia de Seguridad Social.

Excepcionalmente, y previa autorización del Juez de ejecución, habrá la posibilidad de que sea el propio condenado el que sugiera el trabajo, siempre y cuando el mismo sea de utilidad social y no se trate de trabajos similares a los contenidos a los convenios celebrados por la Secretaría de Seguridad Pública y exista insuficiencia de plazas disponibles o bien, cuando con la realización del mismo se procure la adquisición de habilidades del penado, siempre valorando el beneficio del trabajo para los receptores.

Las instituciones con las que se celebren los convenios deberán comprometerse en el mismo a comprobar con la periodicidad necesaria la asistencia al trabajo del penado y que la realización del trabajo encomendado sea de manera satisfactoria, además a

mantener contacto periódico con la Secretaría de Seguridad Pública y con el Juez de Ejecución y permitir que la Secretaría de Seguridad Pública realice visitas periódicas de verificación.

Las instituciones estarán obligadas a poner del conocimiento de la Secretaría de Seguridad Pública y esta a su vez del Juez de Ejecución cuando el penado incumpla claramente con sus obligaciones para que se adopten las medidas procedentes, a su vez la Secretaría de Seguridad Pública le informará de los resultados de las verificaciones realizadas cuando éstas sean necesarias.

Artículo 38.- Si la pena a imponerse ya sea de manera sustituta o de manera principal se trata de trabajos en favor de la comunidad, el Juez que emita la sentencia deberá establecer en la misma el número de jornadas que deberá realizar el penado y recabar por escrito el consentimiento, remitiendo las constancias al Juez de ejecución.

A falta de consentimiento expreso, o bien, una vez dado ese consentimiento el penado no inicia su cumplimiento se ejecutará la pena fijada en sentencia si el trabajo en beneficio de la comunidad se impuso como pena sustitutiva y se impuso como pena autónoma se procederá conforme al Código Penal del Estado.

El Juez de ejecución citará a una entrevista al penado en la que le hará saber los lugares y actividades en donde puede cumplir las jornadas de trabajo en favor

de la comunidad que le fueron impuestas, procurando asignarle la actividad más adecuada a sus características personales, capacidad laboral y entorno social, personal y familiar, ofertándole al penado las distintas plazas existentes, debiendo recabar por escrito su consentimiento en el cual deberá contenerse además la fecha de inicio de las mismas no pudiendo exceder dicho inicio de diez días hábiles posteriores a la emisión de su consentimiento.

Recabado el consentimiento referido en el párrafo anterior, el Juez de ejecución comunicará sin demora a la institución elegida por el penado el nombre y domicilio del mismo, la actividad que éste deberá realizar, el número de jornadas que deberá realizar y en que fechas las realizará y finalmente la fecha de inicio de las mismas y la fecha de su conclusión.

Igualmente lo comunicará a la Secretaría de Seguridad Pública, quien como organismo que centraliza la asignación de los trabajos, deberá vigilar que el mismo puesto de trabajo no sea asignado a varios penados.

En los casos a que se refiere el último párrafo de la fracción XX del artículo 8 de la presente Ley, el penado deberá acudir a la entrevista con el representante legal y/o apoderado de la institución donde desarrollará las jornadas de trabajo en favor de la comunidad, quien en dicha entrevista se comprometerá a informar al Juez de ejecución todo lo relativo al cumplimiento o incumplimiento

del penado y se le hará saber el contenido del presente artículo.

Si el penado debidamente notificado no asiste a la entrevista referida sin causa justificada se procederá conforme a lo siguiente:

a).- Si las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad se impusieron como sustitutivos de la prisión se aplicara esta última y se mandará aprender al penado para que cumpla con la misma.

b).- Si las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad se impusieron como pena autónoma o como sustitutivo de la multa se procederá conforme al Código Penal.

Se procederá de igual manera, si el penado se encuentra en paradero desconocido pese a las reiteradas citaciones.

Se procederá de igual manera si existe incumplimiento del penado a la realización de las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.

Existe incumplimiento del penado cuando:

1.- No cumpla con alguna de las obligaciones que le impuso el Juez de ejecución.

2.- No cumpla con alguna de las obligaciones que le impuso la Secretaría de Seguridad Pública.

3.- No cumpla con alguna de las obligaciones que le impuso el organismo al que presta las jornadas de trabajo en beneficio de la comunidad.

4.- El abandono al cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad, se entiende por abandono la ausencia de tres ocasiones no justificadas aunque las mismas no sean continuas.

Si el penado faltara al trabajo por causa justificada no se entenderá causa para abandono, no obstante el trabajo perdido no se computara para el cumplimiento de la condena.

5.- El rechazo expreso o voluntario al cumplimiento del trabajo en beneficio de la comunidad.

6.- El rendimiento inferior al mínimo exigible, en este caso debe existir un requerimiento expreso previo por parte del encargado de la institución donde se prestan los trabajos a favor de la comunidad.

7.- La desobediencia y oposición al cumplimiento de las instrucciones del o los encargados del trabajo de manera reiterada.

8.- La negativa del responsable de la institución a mantenerlo en el centro por motivos de la conducta del sentenciado.

En los casos a que se refieren los puntos 6, 7 y 8 por una sola ocasión, podrá citarse a una segunda entrevista al penado cuando se observe que el trabajo inicialmente elegido no le es satisfactorio y podrá enviarlo para que finalice la ejecución de la misma a otro centro o bien podrá declarar que el penado ha incumplido la pena.

9.- Ser sentenciado por la comisión de un nuevo delito doloso.

Las causas de incumplimiento deberán ser valoradas por el Juez de Ejecución para apreciar si procede declarar que el penado ha incumplido, para lo cual se deberá desahogar el procedimiento establecido en los artículos 80 y 81 de la presente Ley.

En caso de incumplimiento en todos los casos se descontarán las jornadas que efectivamente hubiese trabajado.

Artículo 79.- El Ministerio Público, la Secretaría de Seguridad Pública, el condenado y su defensor, podrán formular planteamientos en vía incidental que tengan por objeto dirimir las cuestiones señaladas en los Artículos 38 y 73 de la presente Ley, con excepción de lo dispuesto en la fracción XVI de éste último.

Este procedimiento, también será iniciado oficiosamente por parte del Juez de Ejecución.

No cabe duda de que con lo expuesto en la presente investigación se demostró que el trabajo en beneficio de la comunidad debidamente regulado, tanto en su aplicación como en su ejecución puede lograr una completa reinserción social sin que sea necesario el ingreso a la prisión, evitando así por completo la tan temida contaminación criminógena y que este proceso además de ser eficaz, llevará mucho menos tiempo y será más barato para el Estado.

En efecto, en cuanto a la reinserción, entendida en el sentido de capacidad de esta sanción para incidir sobre los niveles de reincidencia, es decir, para que el sujeto no vuelva a cometer delitos, por si misma, y dada la naturaleza tanto de la prisión como la de esta figura, no es difícil concluir y si fácil de demostrar que el trabajo en beneficio de la comunidad no tiene resultados peores que la pena de prisión u otras alternativas y que ni con la una ni con las otras sanciones puede afirmarse que sean un remedio para evitar la reincidencia, sin embargo, estimo que existen menos posibilidades de que un delincuente vuelva a delinquir cuando no se ha Estado en un centro penitenciario que habiendo Estado recluido en él, pues como se ha sostenido desde hace un buen tiempo, no podemos hablar de reinserción social excluyendo al individuo de la sociedad.

Ahora bien, atendiendo a lo expuesto y al contenido del artículo 32 de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales en el Estado, el cual establece que los reos pagarán su sostenimiento en el reclusorio con cargo a la percepción que en éste tengan como resultado del trabajo que desempeñen y que dicho pago se establecerá en base a descuentos correspondientes a una proporción adecuada a la

remuneración, que deberá ser uniforme para todos los internos de un mismo establecimiento, un interno necesariamente representa un gasto para el Estado, por lo que si en la presente investigación se concluyó que la comunidad tiene un beneficio a través del trabajo que un penado realiza y por el cual no percibe remuneración alguna, sin duda se demuestra que este medio de reinserción es más barato y más corto que el de la prisión.

Los anteriores argumentos, administrados con los que exponen a continuación nos llevan igualmente a justificar que cuando se usa el trabajo a favor de la comunidad como proceso de reinserción es más benéfico para el sentenciado que el estar pugnando la pena en prisión, ya que como se mencionó durante la presente investigación, es una pena que obliga a la persona a realizar un trabajo no retribuido la cual podrá imponerse como sustitución de la pena de prisión y la multa y sólo podrá imponerse con el consentimiento del reo, además que deberá realizarse en el tiempo libre de la persona, y no podrá atentar contra su dignidad, siendo esta la más especialmente importante, ya que uno de sus principales sentidos es evitar que el trabajo tenga cualquier efecto de estigmatización sobre la persona, debe desarrollar actividades de utilidad pública, por lo que no contiene otras privaciones que las que son esenciales como lo son en el presente caso la no retribución del trabajo y la privación del tiempo libre.

Adicionalmente se procurará que exista calidad tanto del trabajo realizado como del trabajo requerido, la posibilidad de elección y procurarse que solamente los responsables de la supervisión del trabajo sepan que el trabajo que realiza la persona es en cumplimiento de una pena.

Por su parte, se justificó que el trabajo comunitario impuesto como pena es una estructura penal de prevención del delito, ya que cumple con todos los requisitos que rigen este tema en la actualidad, debido a que es una figura conocida como humanista, pues para nada podemos considerarla, si se contempla en las legislaciones con las generalidades aquí propuestas, como una pena cruel y como lo mencionamos busca otros fines como lo es la prevención y reinserción social.

A fin de justificar lo dicho tenemos que recordar que la prevención especial positiva busca corregir a quien cometió el delito a través de su resocialización, mientras que la prevención especial negativa busca neutralizar o eliminar a quien cometió el delito mientras que la prevención general positiva busca reforzar la credibilidad y respeto de la sociedad hacia las Leyes y al orden constituido y finalmente la prevención general negativa busca mediante la amenaza o a través de la aplicación de la pena disuadir a los ciudadanos para que no cometan delitos, este sustitutivo nos permite aseverar que cumple con los fines preventivos mencionados, pues partiendo de que el sujeto puede continuar su vida normal sin que la sanción pierda su carácter de pena, tiene sin duda la trascendencia social requerida para poder alcanzar los objetivos de prevención general.

Por su parte hay que recordar que consideré más apropiada la teoría unificadora dialéctica pues soy partidario de que el Estado justifica su derecho a castigar analizando la pena en las tres etapas que refiere dicha teoría, etapas que van desde la elaboración de la norma, hasta la ejecución de la misma, pasando por la individualización que de la misma hace la autoridad judicial que es la parte toral de la justificación.

Bajo la anterior óptica estimo que la libertad conjunta del legislador, a través de la Ley, la del Juez para graduar la pena (etapa en la que el Estado ejerce el derecho a castigar) y la del Juez ejecutor para materializar y modificar la medida de la pena impuesta atendiendo a las circunstancias personales del penado en el cumplimiento de la misma, se cumpliría en relación a la figura que se analiza, ya que es en esta libertad conjunta cuando las cuestiones fundamentales sobre qué y para qué se sanciona descienden de lo pragmático a lo concreto, siendo éste el momento en que se decide cuanto castigo ha de padecer el reo debiendo tener como base para ello la culpabilidad en lo relativo a la duración de la pena pero es la prevención la que le otorga el rol de orientar la decisión acerca de que si hay que suspender o sustituir la pena con otra medida.

Partiendo de la presunción referida, es evidente que el Estado tiene todo el derecho a castigar al miembro del grupo social que delinque, pero se deberá tomar en cuenta que al cuantificarse la pena, se debe basar en lo acontecido en el mundo material al momento de realizarse el hecho y las condiciones personales del infractor.

Visto desde esta óptica, el trabajo en beneficio de la comunidad satisface las exigencias de prevención porque al fin y al cabo restringe varias horas libres del penado y le inculca el valor de servicio a su comunidad, aunado a que lleva aparejada una intimidación suficiente para que no cometa nuevamente determinadas conductas delictivas, es decir, el trabajo en favor de la comunidad debidamente regulado y sobre todo eficazmente ejecutado generaría en el delincuente sentenciado y reinsertado a través de una figura como ésta una Mayor reinsertión social que haría poco probable que vuelva a delinquir.

A su vez no sería absurdo concluir que esta figura debidamente regulada, crearía en la población en general una afirmación del derecho de modo más satisfactorio que la condena condicional o instituciones similares, ya que le representará indirectamente mayores beneficios.

Su fundamentación preventiva a su vez disminuye y casi nulifica el aislamiento social del condenado, además la figura que se analiza desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, al tratarse de una pena privativa de derechos, por ese solo hecho es de las más aptas para reducir el uso de la cárcel.

Así expuesto el trabajo en favor de la comunidad impuesto como pena por una parte es una estructura penal de prevención del delito y por otro lado es a su vez por sí mismo y no impuesto como pena es una estructura no penal de prevención del delito.

Lo anterior se basa a que, como se mencionó anteriormente, si bien es cierto que el Estado le ha apostado a la prevención de la delincuencia en el endurecimiento de las penas y a la penalización, dejando de lado una serie de aspectos no penales que también son preventivos del delito y que incluso pueden llegar a ser más efectivos, entre los que destacan la educación y desde luego el trabajo, también lo es que estos últimos existen.

Antes de seguir con el tema conviene recordar que no deben confundirse las medidas de seguridad con todas aquellas medidas que en función de la prevención emiten las autoridades estatales para tratar de prevenir la delincuencia ya que las medidas de seguridad van encaminadas a un sujeto en específico, mientras que los programas o medidas preventivas del delito van dirigidas a la

colectividad, el sujeto es peligroso, el grupo social en conjunto no lo es, por ello vale hacer la distinción.

De igual forma hay que recordar que existen el principio de subsidiaridad, el principio de intervención mínima o última ratio y el principio de carácter fragmentario del Derecho Penal y que estos tres principios se complementan entre sí y constituyen limitantes al poder punitivo del Estado frente a sus gobernados.

Estos principios en conjunto establecen que el Derecho Penal solamente debe ser utilizado en aquellos casos en los que la solución del conflicto no pueda lograrse por alguno de los otros medios legales que contempla el sistema jurídico estatal ya que debe partirse del entendido de que el Derecho Penal siempre será el último recurso.

Así las cosas, si se regula la figura que se analiza en los reglamentos municipales y/o estatales e incluso, en las diversas Leyes que contienen sanciones de naturaleza diversa a la penal, es evidente que, atendiendo a lo concluido en los 14 párrafos anteriores, también llegará a constituirse en una estructura no penal de prevención del delito, pues generaría en el infractor administrativo una conciencia similar al del infractor penal, la cual disminuiría la intención de volver a cometerla la falta, en consecuencia y a mayoría de razón, disminuiría la intención de cometer algún delito.

El trabajo comunitario, al igual que el Derecho Penal, tiene una parte objetiva y una parte subjetiva, en lo que se refiere a la parte objetiva, también denominada "*ius penale*", entendiéndose por ésta como el conjunto de normas protectoras de bienes jurídicos que sanciona a quien las violenta, ya que como consecuencia afecta los bienes jurídicos por ella protegidos, se encuentra acreditada con lo

expuesto anteriormente y lo podemos encontrar en lo dispuesto por los artículos 46, inciso c); 51, 51 Bis, 65, 73 y 81 del Código Penal del Estado, así mismo, se propuso su inclusión en los artículos 301 fracción I, 336, 343 y 345 del mismo ordenamiento.

Por Derecho Penal Subjetivo entendemos como el derecho o la facultad del Estado para castigar y es también conocido como "*ius puniendi*" que no es otra cosa que la facultad monopólica estatal de poder emitir dichas normas y poder afectar los derechos de los individuos que las violenta y la afectación se hace a través de la pena que previamente la norma le asignó a dicha conducta, se trata de una facultad estatal para privar de derechos, no exclusivamente el de la libertad, a quien cometa alguna de las conductas que previamente éste consideró como delitos, por lo que podemos asegurar que se trata de un derecho subjetivo que le otorga al Estado nuestro Código Penal.

Por su parte existe igualmente la ciencia denominada penología, la cual comprende el estudio de todo tipo de investigaciones y doctrinas sobre todas las penas y medidas de seguridad, éstas pueden provenir de la filosofía, de la historia, de la moral, de la sociología, de la religión, etc., inclusive todas las penas, se encuentren vigentes o no, ya que solo basta y sobra que en un momento hayan existido y que su existencia no necesariamente tendría que ser en el ordenamiento legal en el que se basa su estudio, sino en cualquier otro.

En esta disciplina, según sus definiciones, su estudio no comprende normas de ejecución de sanciones penales, como si las comprende el Derecho Penal Ejecutivo y el Derecho Penitenciario, sino que se trata del análisis de cada una de las penas y las diferentes reacciones que se tengan en relación a su imposición llegando incluso a

considerársele como la encargada de analizar la eficacia de las normas de ejecución de las sanciones penales sean o no privativas de libertad.

Lo anterior nos demuestra que la parte subjetiva del trabajo a favor de la comunidad son todas aquellas investigaciones que de dicha figura se hacen cuando están relacionadas con su eficacia o ineficacia en la ejecución de la misma cuando es impuesta como pena; y si las referidas investigaciones encuadran dentro de la penología por ser el objeto de estudio de esta, evidentemente esta disciplina es la parte subjetiva de la figura que se analiza, materializándose cuando en base a dicha investigaciones el legislador decide adoptar su resultado en una norma, ejerciendo así el Estado su facultad monopólica de poder afectar los derechos de los individuos.

Ahora bien en lo tocante a que el trabajo a favor de la comunidad, al igual que el Derecho Penal, tiene una parte general y una parte especial, tenemos que por lo que se refiere a la parte general de esta figura la misma ha sido expuesta en los renglones precedentes, específicamente a lo que disponen los artículos 46, inciso c); 51, 51 Bis, 65, 73 y 81 del Código Penal del Estado, ya que como se mencionó al principio de la presente investigación en nuestro concepto, la parte general del Derecho Penal es el conjunto de normas que establecen la forma y los sujetos a quienes les pueden ser atribuidas las penas que las mismas contempla la parte especial del Derecho Penal.

Retomando lo expuesto anteriormente en el sentido de que el trabajo en beneficio de la comunidad se encuentra actualmente contemplado sólo como sanción sustitutiva de prisión y multa, dicha figura a su vez puede ser impuesta como pena autónoma (aunque por el momento no sea lo más recomendable) y es ahí donde se comprueba que esta figura tiene una parte especial, pues puede ser

considerada como pena autónoma y en consecuencia su ubicación estará necesariamente en dicha parte del Código Penal, ya que como se concluyó al principio de la presente investigación que la parte especial del Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas que establecen las conductas que lesionan bienes jurídicos considerados relevantes por el Estado, y que por ello son protegidos por estas normas y a su vez establecen las sanciones por su comisión.

En efecto, como punto de partida puede estimarse que los trabajos en beneficio de la comunidad pueden ser aplicados como pena autónoma en los delitos que contempla el actual Código Penal con penas alternativas, como lo son el de lesiones simples, injurias, difamación y abandono de personas.

Las penas a aplicarse en los delitos mencionados son de prisión o de multa, por lo que podemos sugerir que los mismos se modifiquen para que la pena a aplicárseles a dichos delitos sea el de trabajo en beneficio de la comunidad, por lo que se proponen las siguientes adecuaciones a la parte especial del nuestro Código Penal:

ARTÍCULO 301.-:

I.- De 10 a 30 jornadas de trabajo a favor de la comunidad cuando las lesiones tarden en sanar quince días o menos y se perseguirá sólo a petición de parte ofendida, salvo que la persona agredida sea incapaz en los términos del Código Civil del Estado, o el responsable sea alguno de los parientes o personas a que se refieren los artículos 287 Bis y 287 Bis 2, en cuyo caso se perseguirá de oficio;

II.- ...

ARTÍCULO 336.- Al que encuentre abandonado en cualquier sitio a un menor incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona herida, inválida o amenazada de un peligro cualquiera, se le aplicarán de 10 a 20 jornadas de trabajo a favor de la comunidad si no diere aviso inmediato a la autoridad u omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiera haberlo sin riesgo personal.

ARTÍCULO 343.- El delito de injurias se sancionará con 3 a 30 jornadas de trabajo a favor de la comunidad, o multa de una a diez cuotas, o ambas, a juicio del Juez. Si las injurias fueran recíprocas, el Juez podrá declararlas exentas de sanción.

Artículo 345.- El delito de difamación se castigará con 20 a 50 jornadas de trabajo a favor de la comunidad, o multa de diez a quinientas cuotas, o ambas sanciones, a criterio del Juez.

Ahora bien, conviene destacar el diverso artículo 181 bis del Código Penal Estatal, mismo contempla el delito de desobediencia a un mandato legítimo de autoridad ya que si bien el mismo dispone que cuando la desobediencia a un mandato legítimo de autoridad se haga incumpliendo las sanciones no privativas de libertad impuestas por sentencia condenatoria, el responsable será sancionado con pena de seis meses a seis años de prisión y multa de treinta a ciento veinte cuotas, penalidad que permite que al momento de sentenciarse a quien lo infrinja se encuentre dentro de los parámetros que le permiten la

aplicación de alguno de los sustitutivos de prisión, los mismos ya no pueden aplicarse en su beneficio ya que éste artículo se aplicaría solamente en aquellos casos en que inicialmente ya les fue otorgado éste beneficio y no se dio debido cumplimiento lo que nos dice que es en la misma parte especial la que resuelve el problema del incumplimiento de los sustitutivos de prisión ya que complementa la parte especial del mismo que establece que dichos beneficios, entre los que se encuentra la figura que estudiamos, solo opera cuando no se ha delinquirido anteriormente y en el supuesto que se analiza ya existe una sentencia firme que lo condenó, por lo que sería reiterativo sugerir una modificación al artículo citado que exprese que en éste tipo penal no podrán aplicarse nuevamente ni el trabajo a favor de la comunidad ni algún otro de los sustitutivos de la prisión.

Llama la atención el enfoque atinado que la parte especial de la figura que se analiza adopta en el Código Penal Federal, específicamente en el Título Vigésimo Quinto que contempla los delitos contra el ambiente y la gestión ambiental, entre los que se encuentran los denominados de las actividades tecnológicas y peligrosas, de la biodiversidad, de la bioseguridad y los delitos contra la gestión ambiental, en los cuales sus disposiciones comunes establecen que los trabajos a favor de la comunidad que llegaren a aplicarse como pena por la comisión de dichos delitos consistirán en actividades relacionadas con la protección al ambiente o la restauración de los recursos naturales.

Lo anterior significa que el legislador o el juzgador o la autoridad encargada de celebrar los convenios con las instituciones en las que se prestarán los trabajos de beneficio en la comunidad deben prever actividades relacionadas con los bienes jurídicos protegidos en

los tipos penales, procurando lo anterior en la medida en que sea posible.

Insisto en que no me encuentro de acuerdo en que el trabajo en beneficio de la comunidad se encuentre regulado como pena autónoma pues lo considero riesgoso hasta en tanto no se encuentre debidamente regulado en los términos aquí propuestos, por lo que por el momento tenemos que aceptar que en caso de incumplimiento a la pena del trabajo en beneficio de la comunidad impuesta, deba aplicarse la pena de prisión como lo considera la parte especial del Código Penal del Estado.

También se demostró que el trabajo comunitario, al igual que el Derecho Penal, tiene una parte sustantiva pues esta figura la misma ha sido expuesta en los renglones precedentes, específicamente a lo que disponen los artículos 46, inciso c); 51, 51 Bis, 65, 73 y 81 del Código Penal del Estado, así mismo, se propuso su inclusión en los artículos 301 fracción I, 336, 343 y 345 del mismo ordenamiento, ya que por Derecho Penal sustantivo, también por algunos llamado Derecho Penal material, debemos entenderlo como sinónimo de lo que hemos expuesto en relación al Derecho Penal objetivo, en otras palabras, se trata de las normas protectoras de los bienes jurídicos que sanciona a quien las violenta, ya que como consecuencia afecta los bienes jurídicos protegidos por dichas normas.

En lo relativo a su parte adjetiva la cual entendemos como el conjunto de normas jurídicas que regulan la forma en que se aplicará la sanción a quien realice una conducta que tiene una pena establecida en la parte especial del Código, y de igual manera regula las actividades que en su aplicación deben realizar y respetar las autoridades encargadas de su aplicación así como la defensa tenemos

que la figura que se analiza tiene cabida en dicha arte del Derecho Penal.

La figura que se analiza se encuentra contemplada, aunque con otro nombre, en las dos legislaciones adjetivas que actualmente rigen nuestra entidad como lo son el Código de Procedimientos Penales y el Código Procesal Penal.

Por lo que respecta al primero de los ordenamientos mencionados la misma se encuentra contenida en los artículos 610 y 611 que en lo medular establecen que la suspensión del Procedimiento a Prueba del Procesado, es la medida decretada por el Juez o Tribunal, a petición del inculpado y la defensa que tiene como propósito suspender los efectos de la acción penal a favor del primero y evitar la determinación del Juicio de responsabilidad penal en una sentencia, sujetándose a los siguientes requisitos que en el primero de los artículos se mencionan, por su parte el su fracción XIII que dentro de las obligaciones a las que puede comprometerse el inculpado, entre otras, son prestar determinado servicio a la comunidad, de conformidad con alguno o algunos de los programas previamente diseñados por la autoridad competente.

El segundo de los ordenamientos nos refiere algo similar en su artículo 235 las Condiciones por cumplir durante el período de suspensión del proceso a prueba, contemplando en su fracción VII que una de ellas es prestar servicio social no remunerado a favor del Estado o de instituciones de beneficencia pública o privada, de conformidad con alguno o algunos de los programas previamente diseñados por la autoridad competente.

El hecho de que se le denomine a la figura que se analiza

en las legislaciones referidas como “servicio social” y “servicio a la comunidad” no significa que estemos ante figuras distintas, ya que ambas derivan de una condicionante impuesta por una autoridad jurisdiccional penal y en ambos casos la vigilancia del cumplimiento de las medidas y obligaciones decretadas corren a cargo de la autoridad encargada de ejecutar las sanciones penales.

Por su parte, se demostró que aunque no se encuentre regulado, el trabajo a favor de la comunidad al igual que el Derecho Penal, tiene una parte ejecutiva.

En efecto, si por derecho ejecutivo penal entendemos el conjunto de normas jurídicas que regulan la forma de materializar la pena impuesta por la autoridad judicial a un individuo o en su caso la medida de seguridad, tenemos que esta figura, con las reformas propuestas a los artículos 8 fracción XX, 38 y 79 de la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales en el Estado cuenta con la parte mencionada.

Así las cosas, una vez demostrado que el trabajo a favor de la comunidad al igual que el Derecho Penal, tiene una parte general, una parte especial, una parte adjetiva y una parte ejecutiva, si lo que se busca es que realmente esta figura sea efectiva, no debemos pasar por inadvertido que su regulación debe estar contenida en todas las Leyes que arropan cada una de estas partes del Derecho Penal, como lo son en nuestro caso concreto, la parte general y la parte especial del Código Penal del Estado, tanto en el Código de Procedimientos Penales como en el Código Procesal Penal, ambos del Estado y finalmente en la Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales en el Estado, ya que solo así se lograría una eficacia real de dicha figura.

Finalmente, en base a todo lo expuesto es evidente que para lograr que sean efectivas tanto la figura que se analizó, como el resto de las penas contempladas en el Código Penal, incluso aquellas que en un futuro lleguen a considerarse, es estrictamente necesario que antes de hacerlas llegar al legislador para que se transformen en norma vigente, todas y cada una de ellas deben estudiarse de la misma forma en que se ha estudiado al Derecho Penal para saber en qué partes del Derecho Penal es necesario que sean ubicadas, para posteriormente plasmarlas en las Leyes respectivas con todas y cada de sus características adecuadas.

BIBLIOGRAFÍA

Abbagnano Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Cuarta Edición. Fondo de Cultura Económica. México. 2204.

Acosta Romero Miguel. López Betancourt Eduardo. *Delitos especiales*. Quinta Edición Actualizada. Porrúa. México. 1998.

Alsina Hugo. *Tratado Práctico Teórico de Derecho Procesal Civil y Comercial I Parte General*. Segunda Edición. Ediar Sociedades Anónimas Editores. Buenos Aires. 1963.

Amuchategui Requena Griselda. Villasana Díaz Ignacio. *Diccionario de Derecho Penal*. Segunda Edición. Editorial Oxford. México. 2006.

Antolisei FRANCISCO. *Manual de Derecho Penal Parte General*. Editorial Temis. Octava Edición. Bogotá 1988.

Arcos Martínez Juan Plutarco. *Teoría de la Ley Penal*. Lazcano Garza Editores. Monterrey México. 2006.

Arriola Juan Federico. *La Pena de Muerte en México*. Editorial Trillas. Tercera Edición. México Distrito Federal. 1998.

Arroyo Zapatero Luis. *Fundamento y Función del Sistema Penal: El Programa Penal de la Constitución*. Revista Jurídica de Castilla-La Mancha. Número 1. 1987.

Baratta Alessandro. *Criminología y Sistema Penal. Compilación in Memoriam*. Editorial B de F. Montevideo- Buenos Aires. 2006.

Barrieta López Fernando. *Manual de Criminología*. Editorial Porrúa. México D. F. 1996.

Beccaria. *Tratado de los Delitos y las Penas*. Editorial Porrúa. Quinceava Edición actualizada Tomada de la Catorceava Edición facsimilar. México D. F. 2005.

Berchelman Arizpe Antonio. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Porrúa. Primera Edición. México 2004.

Berdugo Gómez De La Torre Ignacio, Arroyo Zapatero Luis, García Livas Nicolás, Ferré Olivé Juan Carlos, Serrano Piedecasas José Ramón. *Lecciones de Derecho Penal Parte General*. Editorial Praxis. Segunda Edición. Barcelona España. 1999.

Berdugo Gómez de la Torre Ignacio. *Derechos Humanos y Derecho Penal*. Estudios Penales y Criminológicos. Vol. XI. 1988.

Beristain Antonio. *El Derecho Penal se Humaniza. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Penal. Tomo I*. Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005.

Cárdenas Raúl F. *Estudios Penales*. Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Editorial Jus México. Primera Edición. México. 1977.

Carranca y Trujillo Raúl. Carranca y Rivas Raúl. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Vigésima Edición. Porrúa. México D. F. 1999.

Carrara Francesco. *Derecho Penal*. Harla S. A. de C. V. México. 1993.

Castellanos Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Vigesimoquinta Edición. México D. F. 1988.

Cerezo Mir José. *Temas Fundamentales del Derecho Penal*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe Argentina. 2001.

Cid Moliné José, *Penas Alternativas A La Prisión*. Primera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona España 1997.

Cisneros Farías Germán. *Teoría del Derecho*. Segunda Edición. Trillas. México. 2000.

Cocke Jhon. *Ensayo Sobre el Gobierno Civil*. Aguilar S. A. Ediciones. Madrid. 1996.

Cuello Calón Eugenio. *Derecho Penal*. Editora Nacional. Novena Edición. México. 1976.

Dondé Matute Javier. *Principio de Legalidad Penal. Perspectivas del Derecho Nacional e Internacional*. Porrúa. Segunda Edición. México 2010.

Donini Massimo. *El Derecho Penal Frente a los Desafíos de la Modernidad*. Primera Edición. Ara Editores. Lima Perú. 2010.

Donini Massimo. *Responsa Iurisperitorum Digesta Volumen II*. Ediciones Universidad Salamanca. Salamanca. 2001. Págs. 225-248.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo III. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XV. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXII. Editorial Driskill S. A. Buenos Aires. 1990.

Ferrajoli Luigi. *Derecho y Razón Teoría del Garantismo Penal*. Cuarta Edición, Traducción de Andrés Ibáñez Perfecto, Ruiz Miguel Alfonso, Bayón Mohino Carlos, Terradillos Basoco Juan y Cantarero Bandrés Rocío. Editorial Trotta. Valladolid España 2000.

García García Guadalupe Leticia. *Derecho Ejecutivo Penal*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 2005.

García Herrera Catarino (Compilador). *Exposición de Motivos de la Reforma de Justicia Penal en el Estado de Nuevo León*. Consejo de la Judicatura. Poder Judicial de Nuevo León. 2006.

García Máynez Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa. Trigésimo quinta Edición. México D. F. 1984.

García Ramírez Sergio. Adato de Ibarra Victoria. *Prontuario de Derecho Penal Mexicano*. Segunda Edición, Porrúa. México. 1982.

Garza Andrade Irma. *El Sistema Penitenciario Mexicano (Retos y Perspectivas)*. Editorial Sista. México D. F: 1989.

Gómez Lara Cipriano. *Teoría general del Proceso*. Universidad nacional Autónoma de México. México. 1980.

González Salinas Héctor F. *Estudio de la Individualización Judicial de la Pena*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UANL. Monterrey. 1990.

González Salinas Héctor F. *Penología y Sistemas Penitenciarios*. UANL. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. 2001.

González Quintanilla José Arturo. *Derecho Penal Mexicano Parte General*. Editorial Porrúa. México D. F. 1991.

González-Salas Campos Raúl. *La Teoría del Bien Jurídico en el Derecho Penal*. Editorial Oxford. Segunda Edición. México. 2001.

Gutiérrez Ruiz Laura Angélica. *Normas Técnicas Sobre Administración De Prisiones*. Segunda Edición, Editorial Porrúa. México D. F. 2000.

Hegel Guillermo Federico. *Filosofía del Derecho*. Editorial Claridad. Buenos Aires.

Herce y Portillo Manuel de. *Tratado Práctico de Dispensas, así Matrimoniales, como de Votos, Irregularidades, y Simonías: Utilísimo a los Párrocos, Confesores, y Agentes Diocesanos*. Segunda Edición. Burguete. Universidad Complutense de Madrid. 1808. Digitalizado 2008.

Herrera Bazán Simón P. *Riesgo, Imprudencia y Derecho Penal*. Flores Editor y Distribuidor. México 2006.

Hobbes Thomas. *Leviatán*. Segunda Edición. Fondo de Cultura Económica. México D. F. 1980.

Instituto de Investigaciones Jurídicas. *Diccionario Jurídico Mexicano*. Tomo III D. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1983.

Jakobs Günter. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Segunda Edición Corregida. Marcial Pons Ediciones Jurídicas S. A. Madrid. 1997.

Jakobs Günter. *Moderna Dogmática Penal. Estudios Compilados*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 2006.

Jescheck Hans-Helnrich. *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición. Bosch Casa Editorial S. A. Barcelona. 1978.

Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964.

Jiménez de Asúa Luis. *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Editorial Losada S. A. Cuarta Edición. Buenos Aires. 1964.

Jiménez Huerta Mariano. *Derecho Penal Mexicano Introducción a las Figuras Típicas* Tomo I. Cuarta Edición. Porrúa. México. 1983.

Kant Emanuel. *Crítica de la Razón Práctica*. Espasa-Kalpe S. A. Madrid. 1975.

Kant Emanuel. *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres. Crítica de la Razón Pura. La Paz Perpetua*. Quinta Edición. Porrúa. México. 1983.

Kemelmajer Aída. *En Búsqueda de la Tercer Vía. "La Justicia Restaurativa". Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados. Derecho Penal. Tomo I*. Universidad Autónoma de Nuevo León. México 2005.

Landrove Díaz Gerardo. *Las Consecuencias Jurídicas del Delito*. Cuarta edición. Editorial Tecnos S.A. Madrid. 1996.

Lara Espinoza Saúl. *Las Garantías Constitucionales en Materia Penal*. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 2005.

Lesh Heiko H. *La Función de la Pena*. Primera Edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2000.

Lizst Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Valleta Ediciones. Buenos Aires. 2007.

López Betancourt Eduardo. *Introducción al Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Decimoprimer edición. México D. F. 2003.

Luzón Peña Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Editorial Universitas. Madrid. 1996.

Marchiori Hilda. *Criminología. La Víctima del Delito*. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 2002.

Marchiori Hilda. *El Estudio del Delincuente*. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 2001.

Marchiori Hilda. *Personalidad del Delincuente*. Sexta Edición. Editorial Porrúa. México D. F. 2005.

Márquez Piñero Rafael. *Derecho Penal Parte General*. Editorial Trillas. Primera Edición. México D. F. 1986.

Márquez Piñero Rafael. *Derecho Penal*. Editorial Trillas. México D. F. 1986.

Maurach Reinhart. *Derecho Penal Parte General, Teoría del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. 1994.

Melossi Darío y Pavarini Massimo. *Cárcel y Fábrica los Orígenes del Sistema Penitenciario. (Siglos XVI-XIX)*. Primera Edición. Editorial Siglo XXI S. A. México. 1980.

Mendoza Bremauntz Ema. *Derecho Penitenciario*. Mc-Graw-Hill Interamericana Editores. México. 1998.

Mezger Edmundo. *Derecho Penal Libro de Estudio Parte General*. Tomo I. Librería el Faro. Buenos Aires. 2001.

Muller Solón Enrique Hugo. *Monografía el Derecho Penal de Autor y el Derecho Penal del Enemigo ¿Coincidencia o Futuro de la Seguridad Ciudadana en el Perú?*. Editorial Trujillo Perú. 2007

Muñoz Conde Francisco. *Teoría General del Delito*. Segunda Edición. Editorial Temis S. A. Santa Fe de Bogotá. 1999.

Orellana Wiarco Octavio A. *Curso de Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición Corregida y Aumentada. Porrúa. México. 2005.

Palacios Pámanes Gerardo Saúl. *La Cárcel Desde Adentro. Entre la Reinserción Social del Semejante y la Anulación del Enemigo*. Editorial Porrúa. México. 2009.

Pavón Vasconcelos Francisco. *Derecho Penal Mexicano*. Editorial Porrúa. Décima Tercera Edición. México D. F. 1997.

Pavón Vasconcelos Francisco. *Imputabilidad e Inimputabilidad*. Cuarta Edición Revisada, Corregida y Aumentada. Porrúa. México. 2000.

Pérez Palma Rafael. *Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal*. Edición 1980. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1980.

Poder Judicial de la Federación. *33 Acciones Para la Reforma Judicial*. México D. F. 2006.

Poder Judicial de la Federación. *El Sistema Penal Acusatorio en México: Estudio Sobre su Implementación en el Poder Judicial de la Federación*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. 2008.

Poder Judicial de la Federación. *Etimología Jurídica*. Quinta Edición. México Distrito Federal. 2008.

Poder Judicial de la Federación. *Manual del Justiciable Materia Penal*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México D. F. 2003.

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías Individuales Parte General*. Primera Edición. México 2003.

Poder Judicial de la Federación. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Las Garantías de Seguridad Jurídica*. Primera Edición. México 2003.

Polaino Navarrete Miguel, *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*, Editorial Porrúa, México. 2001.

Polaino Navarrete Miguel. *Fundamentos Dogmáticos del Moderno Derecho Penal*. Editorial Porrúa. Segunda Edición. México. 2001.

Porrúa Pérez Francisco. *Teoría del Estado Teoría Política*. Vigésimotercera Edición Revisada. Porrúa. México. 1990.

Preciado Hernández Rafael. *Ensayos Filosófico-Jurídicos y Políticos*. Primera Edición. Editorial Jus S. A. México Distrito Federal. 1977.

Prieto Sanchís Luis. *La Filosofía Penal de la Ilustración*. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México Distrito Federal. 2003.

Ramírez Delgado, Juan Manuel. *Penología: Estudio de las Diversas Penas y Medidas de Seguridad*. Porrúa. México. 2006.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Espasa Calpe Vigésima Segunda Edición. Madrid, 2001.

Reynoso Dávila Roberto, *Penología*, Segunda Edición, Editorial Porrúa, México 2003.

Reynoso Dávila Roberto. *Teoría General de las Sanciones Penales*. Primera Edición, Editorial Porrúa S. A. México Distrito Federal 1996.

Rodríguez Devesa José María. *Derecho Español Parte Especial*. Novena Edición. Artes Gráficas Carasa. Madrid. 1988.

Rodríguez García Nicolás. *La Corrupción: Aspectos Jurídicos y Económicos, Sistemas Procesales Penales Frente al Reto de Controlar la Corrupción*. Editorial Ratio Legis. Salamanca España 2000.

Rodríguez Manzanera Luis. *La Crisis Penitenciaria y los Substitutivos de la Prisión*. Segunda Edición, Porrúa S. A. México D. F. 1999.

Rosales Elsie. *Sistema Penal y Estado Constitucional en Venezuela*. Cc, Dic. 2005, Vol.33, No.4, Issn 0798-9598.

Roxin Claus, Beloff Mary, Magariños Mario, Ziffer Patricia S., Bertoni Eduardo A., Ríos Ramón T. *Determinación Judicial de la Pena*. Editores del Puerto. Buenos Aires 1993.

Roxin Claus. *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Civitas Ediciones S. L. Madrid. 1997.

Roxin Claus. *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia. 2000.

Ruiz Rodríguez Virgilio. *Teoría de la Ley Penal*. Editorial Porrúa. Primera Edición. México D. F. 2004.

Rusconi Maximiliano. *Las Fronteras del Poder Penal*. Ciudad Argentina Editorial. Buenos Aires-Madrid. 2005.

Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad (Análisis Crítico y Perspectivas en las Realidades Española y Centroamericana)*. Editorial Colex. Salamanca. 2000.

Sanz Mulas Nieves. *Alternativas a la Pena Privativa de Libertad*. Editorial Colex. Salamanca. 2000.

Silva Sánchez Jesús María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. José María Bosch Editor S. A. Barcelona. 1992.

Silva Sánchez Jesús María. La Teoría de la Determinación de la Pena Como Sistema (dogmático): Un Primer Esbozo. *InDret* [en línea] Revista para el Análisis del Derecho. Barcelona 2007. Núm. 2. <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/78588/0>.

Silva Silva Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. Editorial Harla. México. 1990

Téllez Aguilera Abel. *Nuevas Penas y Medidas Alternativas a la Prisión*. Edisofer S. L. Madrid. 2005.

Tiedeman Klaus. *Constitución y Derecho Penal*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 2. Número 33. Septiembre–diciembre 1991.

Toledo y Ubieto Emiliano Octavio de. *Función y Límites del Principio de Exclusiva Protección de Bienes Jurídicos*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Artes Gráficas Suárez Barcala. Madrid. 1990.

Toral Moreno Jesús. *Ensayo Sobre la Justicia*. Segunda Edición. Editorial Jus México. México D. F. 1985.

Universidad Autónoma de Nuevo León. *Manual de Estilo para Presentación de Anteproyecto de Investigación de Tesis Doctoral*.

Viera Morante Francisco Javier. *Las penas y sus Alternativas*. Consejo General del Poder Judicial. Madrid 2005.

Villanueva Castilleja Ruth, Labastida Díaz Antonio. *La Procuración De Justicia Al Servicio De La Víctima Del Delito*. Primera Edición. Industrias Gráficas Delma S. A. De C. V. Naucalpan Estado De México 1999.

Villanueva Castilleja Ruth. Labastida Días Antonio. *La Procuración de Justicia al Servicio de la Víctima del Delito*. Ediciones Delma. México. 1999.

Zaffaroni Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal*. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera Edición mexicana. México D. F. 1986.

Zaffaroni Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo I.* Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires. 1996.

Zamora Jiménez Arturo. *Estudios Penales y Política Criminal.* Ángel Editor. Primera edición. México D.F. 2006.

Zaragoza Huerta José. *Derecho Penitenciario Mexicano.* Elsa G. de Lazcano Editores. Primera Edición. México. 2010.

Bando de Policía y Buen Gobierno del Municipio de Santiago, Nuevo León

Código Federal de Procedimientos Penales

Código Penal Español

Código Penal Federal

Código Penal para el Estado de Nuevo León

Código Penal Portugués

Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nuevo León

Código Procesal Penal para el Estado de Nuevo León

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León

Ley Federal del Trabajo

Ley que Regula la Ejecución de las Sanciones Penales

Ley de Seguridad Pública Para el Estado de Nuevo León

Reglamento de la Ley de Seguridad Pública para el Estado de Nuevo León

Reglamento de Policía y Buen Gobierno del municipio de Apodaca, Nuevo León

Reglamento de Policía y Buen Gobierno del municipio de Guadalupe, Nuevo León

Reglamento de Policía y Buen Gobierno del Municipio de San Pedro Garza
García, Nuevo León

Reglamento Interior de las Instituciones Abiertas del Estado de Nuevo León

Reglamento Interior de los Centros de Readaptación Social y de los Centros
Preventivos de Reclusión del Estado de Nuevo León

Reglamento Metropolitano de Tránsito y Vialidad del Municipio de Monterrey
Nuevo León.

Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas A/RES/45/110

Tratado Internacional denominado Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930