

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLAS DE
HIDALGO.

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES.
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO.

TESIS

PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRIA EN
DERECHO:

“EL CONTROL JURISDICCIONAL EN LA
ADMINISTRACION DE LA SANCION PENAL”.

SUSTENTANTE: JAIME LIERA ALVAREZ

DIRECTOR DE TESIS:
M. en D. JOSE BECERRIL LEAL

2011

INDICE

Introducción.

Capítulo I

Justicia penal en México.

1. Marco normativo.	4
2. Marco conceptual.	5
3. Consecuencias jurídicas del delito. Sanciones: penas y medidas de seguridad.....	8
3.1 Código Penal Alemán.	14
3.2 Código Penal Español.	17
3.3 Código Penal Federal.	20
3.4 Código Penal Michoacano.	21
4. Determinación de la sanción.	25
4.1 Determinación legal de la sanción. (punibilidad).....	28
4.1.1 Política criminal.	29
4.1.2 Necesidad y utilidad de la política criminal.	31
4.1.3 Criterios generales de política criminal, que dan sentido a la sanción, y limitan el poder del Estado para aplicarla.....	32
4.1.3.1 Principio de subsidiariedad o última ratio.....	34
4.1.3.2 Principio de legalidad penal.	35
4.1.3.3 Principio de proporcionalidad.	36
4.1.3.4 Principio de resocialización.	38
4.1.3.5 Principio de humanidad de las sanciones.....	39
4.2 Determinación Judicial de la sanción. (punicción).....	41
4.2.1 Determinación judicial cuantitativa de la sanción.....	42

4.2.1.1 Reglas generales para la individualización judicial de la sanción.	43
4.2.1.2 Circunstancias para considerar la gravedad del ilícito.....	46
4.2.1.3 Circunstancias para considerar el grado de culpabilidad.....	47
4.2.2 Determinación judicial cualitativa.	50
4.3 Determinación administrativa de la sanción penal.....	51
4.3.1 Prevención especial del delito y reinserción social positiva.....	52
5. Esquema tradicional de justicia en el cumplimiento de sanciones.....	55

Capítulo II

Sistema penitenciario mexicano.

1 Estructura y marco normativo.	57
1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	57
1.1.1 Artículo 18	59
1.1.2 Artículo 21.	60
1.2 Norma convencional.	61
1.3 Ley de normas mínimas.	63
1.4 Ley de ejecución de sanciones penales en el Estado.	64
1.5 Reglamento de los Centros de Retención.	67
2. Praxis penitenciaria.	68
2.1 Tratamiento del reo.....	69
3. Derechos fundamentales del reo.	71
4. Administración o control de sanciones (ejecución penal).....	77
4.1 Tratamiento en externación.	79

4.2 Libertad anticipada.	80
4.2.1 La preliberación.....	80
4.2.2 Libertad condicional.	81
4.2.3 Remisión parcial de la pena.	82
4.3 Modificación no esencial de la pena.	82
4.4 Conmutación y suspensión condicional de la pena.	82
5. La retención.	83
6. Los Consejos Técnicos Interdisciplinarios.....	84
7. Asistencia a liberados (o post penitenciaria).....	85
7.1 La vigilancia orientadora.....	87
7.2 Libertad vigilada.	87

Capítulo III.

Intervención judicial en el sistema penitenciario.

1. Antecedente general.....	89
2 Juez de vigilancia penitenciaria Español.	92
2.1 Artículo 76 de la Ley General Orgánica Penitenciaria....	94
3. La vigilancia o supervisión penitenciaria.	96
4. La judicialización en la administración de las sanciones.	100
5. Tribunales de reinserción social positiva.	102
5.1 Visión de la reforma.	105
5.2 Misión de la reforma.	107
6. Facultades del órgano jurisdiccional administrador de las sanciones..	102
6.1 Administración de las sanciones.	102
6.2 Control de garantías y de los derechos fundamentales del reo.	113
7. Límites a su función.	115
8. Perfil del Juez de administración de sanciones.	117

9. Nominación correcta.118

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS.121

INTRODUCCION.

El delincuente, bajo la óptica tradicional del derecho penal, ha sido considerado sólo un objeto de punición. Se ha estudiado la etiología del crimen considerando siempre a sus agentes unos desadaptados sociales, unos enfermos sociales y se ha perdido de vista, o no se ha querido transigir con la idea de que, en su generalidad, sólo son unos inadaptados, ya que nunca lo estuvieron (adaptados), nunca fueron educados; provienen de un sector social vulnerable a la problemática socioeconómica generada por la ineficacia de las políticas públicas de los gobiernos, quienes deberían reivindicarse implementando un mejor sistema de cumplimiento de sanciones adecuado a un marco legal, sujeto a los principios de un estado social y democrático de derecho, y por ende, apegado al respeto de los derechos fundamentales, creando para ello infraestructuras funcionales en las instituciones responsables, que las hagan eficientes y eficaces. Que en la estancia carcelaria y post penitenciaria se brinde un verdadero apoyo a fin de que superen las causas de selectivización criminal.

La nueva mirada del sistema hacia el delincuente, contempla, o pretende contemplarlo como sujeto, titular de derechos subjetivos, ya no como objeto del derecho. Se pondera, en el cumplimiento de la sanción, el **principio de reserva**. Y una vez cumplida, que prevalezca **el derecho a la indemnidad**. La reinserción social positiva, por tanto, constituye un ofrecimiento, en sí, un derecho del reo inadaptado, para ser reinsertado nuevamente como persona útil. Ya no una imposición mediante la manipulación disvalorativa de su personalidad, bajo pretexto de un tratamiento “readaptatorio”. La reinserción social positiva implica, si se requiere, una administración terapéutica- de las sanciones impuestas,

apoyada en la elección del reo, sobre las condiciones propuestas por la ley. En ese tenor, deben mejorar las herramientas del nuevo Juez de control de sanciones, sobre todo en el ámbito de las medidas de seguridad (principalmente en lo que ve a tratamientos para rehabilitación, cuando se da el caso) puesto que el uso absoluto de las penas ha tenido un reconocido fracaso. Debe superarse también la anquilosada actitud burocrática de quienes tradicionalmente han administrado las sanciones, y actuar, los nuevos operadores, como agentes de cambio, acorde al **principio de inmediatez**.

Se avizora la luz, marca la pauta para cumplir con esa encomienda un simple cambio de paradigma sustentado en dos premisas: una sería el replanteamiento contextual de la reinserción social positiva en el marco de filosofías empíricas y humanistas, como el de la justicia terapéutica y la justicia restaurativa, dándole un verdadero sentido de utilidad a las sanciones. La otra, es la mística de servicio del órgano operador, ahora en función jurisdiccional, que debe constituirse, como dije, en un verdadero agente de cambio, respetuoso de la condición humana, y no un burócrata improvisado. Un sub-especialista en la administración de sanciones (penas y medidas de seguridad), no sólo un ejecutor de penas, porque no es un verdugo. Para aplicarse este funcionario como un verdadero operador de cambio, será indispensable delimitar su actuación, no considerarle la panacea de una añeja y compleja problemática. La ley debe ser precisa al otorgarle facultades, atribuciones y delinear su campo de competencia. Tenemos la oportunidad de aprender de la experiencia ajena y evitar los yerros que se han cometido en otros lugares, y así lograr la idoneidad normativa, y con ello, la eficiencia y la eficacia en la reinserción social positiva. Esa es la misión del Juez de control de sanciones.

Para ser congruente con lo expuesto, en el desarrollo de este trabajo, que tocará puerto en la fase última del sistema de justicia penal: la

determinación administrativa de la sanción penal, evitaré en lo permisible, utilizar la terminología tradicional, en mi opinión desfasada, como ejecución de penas, delincuente, pena, etc., que serán sustituidas respectivamente, por control o administración de sanciones, reo u ofensor, punibilidad o punición, etc., pues para hacer este replanteamiento conceptual al definir lo que ahora es la reinserción social, debemos partir del empleo de los términos adecuados ya que la reinserción social positiva, debe ser reinterpretada dentro de una progresividad adecuada a las transformaciones del conocimiento.

Espero que esta aurora de la interpretación epistemológica del sentido y función de la sanción, bajo la mirada de la nueva criminología crítica reduccionista y del neoconstitucionalismo, para enmarcarla en un estado social y democrático de derecho, acordes a los requerimientos de la modernidad y evolución del derecho penal; transite, de considerar los principios de cumplimiento de sanciones, como meros lineamientos de acción, a tenerse en cuenta obligadamente como normas rectoras al ser incorporadas en la ley perfeccionando lo que ya se tiene.

CAPITULO I JUSTICIA PENAL EN MÉXICO.

1 Marco normativo.

El marco jurídico vigente de nuestro sistema de justicia punitivo, considerada la reciente reforma Constitucional al sistema penal mexicano del 28 de mayo del 2008, queda establecido en el contenido de los artículos 14, 16, 18, 20, 21 y 22 de nuestra Constitución Política. De tales numerales se obtienen -principios rectores- que, relacionados con el tema a tratar, referidos al derecho de control de sanciones (ejecutivo penal), en lo particular derivan de las siguientes disposiciones:

Artículo 14, párrafo tercero,

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Artículo 16, párrafo segundo,

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad Judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la Ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad...”

Artículo 18, párrafo primero,

“Solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”.

Párrafo segundo,

“El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, el 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. Las mujeres

compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”.

Artículo 21, párrafo tercero,

“La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad Judicial”.

Artículo 22, párrafo primero,

“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”.

En su estructura piramidal, prosiguen algunas normas convencionales, la Ley de Normas Mínimas para sentenciados, las legislaciones sustantivas y adjetivas penales, y de ejecución de sanciones, federal y secundarias.

En el estado de Michoacán, como ley vigente: el código penal, libro primero, títulos cuarto y quinto; el código de procedimientos penales, en su libro quinto; y la ley de ejecución de sanciones penales.

2. Marco conceptual.

Como dejé advertido en la parte introductoria de este trabajo, procuraré emplear la terminología jurídica que considero adecuada, supliendo la que creo es aplicada incorrectamente. Es importante pues, para tal fin, dejar explicado porqué la terminología propuesta es la correcta, en este sentido, expongo como preámbulo a la parte semántica, que es práctica común connotar las palabras aun si se trata de un lenguaje especializado, es decir, un significado ya precisado por la ley, lo cual lleva a hacer interpretaciones erróneas, pues muchas veces el empleo recurrente de un

término nos hace creer que significa lo que pensamos que es, pero en realidad significa algo parecido que no es exactamente lo mismo. Lo acertado, por consiguiente, es denotar la significación de la palabra. La técnica legislativa requiere de tres cosas: claridad, brevedad y concisión. Creo que en esta última cualidad de la redacción, y el lenguaje empleado en los textos jurídicos, es donde cabe la denotación, porque se necesita ser exactos en el significado de la palabra. Por denotación se entiende el significado básico de una palabra, tal como la define la academia en una forma de expresión formal y objetiva; salvo que se trate del lenguaje especializado jurídico, pues entonces el significado connotativo es específico para la materia.

En principio, definiré el significado de los términos penales de pena, punibilidad y punición. Jorge Ojeda Velásquez¹ considera que entre las diversas etimologías atribuidas al vocablo <pena>, la más aceptada es aquella que procede del griego y del latín “*poena*” y “*punio*”, que significa “sentimiento de dolor físico o psicológico”, de ahí que, en ese término sustantivo pueda ser utilizado como sinónimo la palabra “sufrimiento”.

Del latín *punire* se derivó el infinitivo en español “punir”, cuyo significado es “castigar a un culpado”, por lo tanto punición (*punitio, onis*), es el efecto de castigar, o sea, es un determinado castigo impuesto; y punibilidad, es la cualidad de punible. Así fue como la palabra pena fue concebida desde la antigüedad, como un castigo infligido a modo de retribución por un mal hecho, y además, como intimidación social. Pero el empleo de esa palabra se fue desvirtuando en la jerga jurídico penal, ya que se le llama pena tanto a los elementos determinados como punibles (punibilidad), cuanto, a los castigos todavía hipotéticos, determinados en una sentencia (punición). Pero en realidad, sólo se trata de <pena> cuando ya se sufrió ese castigo. Tales prácticas de error lingüístico llevan a legislar

¹ *Derecho Punitivo: Teoría sobre las Consecuencias Jurídicas del Delito*, p. 69.

con deficiencia, por ejemplo, el artículo 14 Constitucional prohíbe imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, “pena” alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata. La redacción adecuada debió ser, la prohibición de imponer <punición> que no tuviera una <punibilidad> legal.

Otro término importante en la penología es el de “sanción”, que deriva del latín *sanctio*, que significa ley o decreto, y del infinitivo *sancire*, que a su vez significa establecer por ley. Comunmente se le llama sanción penal a una parte de las consecuencias jurídicas del delito, propiamente el término se utiliza como sinónimo de “pena”. Sin embargo, sanción penal es toda consecuencia jurídica del delito, es el género, a saber, tanto penas, cuanto medidas de seguridad, que son las especies. Sólo debe emplearse el término de pena cuando se trate de consecuencias jurídicas del delito que tienen esa naturaleza aflictiva (sufrimiento). Si se emplea el término de manera genérica, refiriéndose a toda consecuencia jurídica del delito, corresponde el término de <sanciones penales>.

La palabra ejecutar deriva del latín *exsecutio* cuyo significado etimológico es la acción de sacar algo y seguirlo, y el infinitivo ejecutar deriva de *exsequi*, que significa consumir. La Academia de la Lengua Española, en términos legales define ese verbo como, “poner por obra algo; ajusticiar (dar muerte al reo); reclamar deuda por vía ejecutiva.” Como se puede advertir, la palabra ejecución está relacionada con el cumplimiento de sanciones ejecutivas, penas y mandamientos mercantiles. Esto se debe a que, otrora, lo que se ejecutaba penalmente, eran sólo penas, la de muerte y castigos corporales, y el encargado era un verdugo. Con el tiempo, para resolver otras peculiaridades del delito cuando no han sido eficaces las penas, se han creado medidas de seguridad, sustitutivos de penas, se han variado las penas con efectos menos lacerantes, en fin, existe un verdadero arsenal de opción alternativa en función de procurar un bien social, en ello,

la recuperación del sentenciado. Es por esa razón que actualmente ya no se ejecutan penas, si no que, se administran sanciones.

De la misma manera, como se superan estos conceptos primitivos, debido a la ciencia penal en sus vertientes diversas sobre penología, criminología y política criminal, los moteados dados al autor de un delito, resultan también inadecuados porque procuran lo que se pretende eliminar: la estigmatización del sentenciado. Si al declarado culpable de un delito, o aun en proceso, se le llama delincuente, prácticamente, etiquetandolo así, lo estamos instando sugestivamente a la comisión de otros delitos. Delincuente es llamado no solo al que cometió, sino al que comete delitos. Una persona en el proceso de reinserción social positiva no puede ser llamada así, por eso los postulados de la justicia terapéutica y la justicia restaurativa promueven que se le llame ofensor. En mi opinión también puede llamársele infractor o “reo”, porque el significado de reo (*reus*) es el de una persona que fue declarada culpable y recibe una condena.

3. Consecuencias jurídicas del delito. Sanciones: penas y medidas de seguridad.

Las consecuencias jurídicas del delitos son las sanciones penales, éstas se distinguen de las sanciones administrativas porque son impuestas por una autoridad judicial, y porque son efecto de una conducta tipificada penalmente. Fernando Navarro Cardoso,² entiende por sanción administrativa, cualquier mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, y dice que la diferenciación entre las sanciones administrativas (infracciones disciplinarias) y las sanciones penales (infracciones penales) estriba en que las segundas suspenden el ejercicio de (algunos) derechos fundamentales y

² *Infracción Administrativa y Delito: Límites a la Intervención del Derecho Penal.* pp. 16 y 17.

libertades públicas, lo que no puede ocurrir en las primeras. En efecto, las sanciones administrativas, son males infligidos por la administración, a un administrado que cometió un ilícito no penal, y aunque tiene una finalidad represora, se busca asegurar el respeto a las normas jurídicas administrativas, sin que alguna de estas sanciones conculque bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social.³ La sanción que cubre doble carácter es la multa, pero debe distinguirse la sanción administrativa de la penal, en que la primera no debiera ser aflictiva, es decir, las multas administrativas deben ser fijas y por cantidades menores, que nunca constituyan una laceración económica grave para el ciudadano. Mientras que las multas penales se fijan en un marco flexible de mínimo y máximo y son aflictivas por lo gravoso de su cuantía.

Las **sanciones penales** se distinguen de **dos tipos**, las que son penas, y las que son medidas de seguridad. De las primeras, cabe referir, son las sanciones más antiguas. De éstas, subsisten la de prisión y la de efectos económicos, quedando totalmente abolida cualquier otra que tenga que ver con vejaciones y maltratos. Actualmente, la moderna doctrina penal, ha generado una teoría relativa de la pena, que concibe a ésta como la privación o restricción de derechos del autor de un delito, con fines de rehabilitación; privación que se debe efectuar conforme a las garantías de un procedimiento penal, y que pueden incidir, generalmente, sobre la libertad personal o el patrimonio. Es por eso que, al contemplarse ahora como finalidad de la pena, la socialización del penado, ya no se conciba como pena, la muerte o la “cadena perpetua”.

Mientras que, las medidas de seguridad, también denominadas medidas de seguridad y corrección-⁴ fueron concebidas en 1893 en un anteproyecto de Código Penal realizado por el suizo Carlos Stoos,

³ http://es.wikipedia.org/wiki/Sancion_administrativa

⁴ Luzón Peña, Manuel. *Curso de derecho penal*. p. 55

dualizando con las penas, pero con un sentido meramente preventivo y destinadas a solucionar exigencias político-criminales no resueltas por éstas,⁵ y aunque en algunos países, como el nuestro, apenas no hace mucho tiempo se les empezó a reconocer su verdadera significación, otorgándoles un lugar en nuestro sistema de reacción penal, estamos a buen tramo de distancia todavía para desentrañar todos sus efectos positivos dentro del marco de una política criminal científica y democrática. Al menos en próximo plazo, esta delineada la autoridad idónea a la que compete su aplicación, el llamado -juez de ejecución de sanciones-. Y aparejada a la constitución de esta figura, también deben crearse o adaptarse instituciones adecuadas para su cumplimiento, con fines rehabilitadores, pues como bien refiere Juan Manuel Ramírez Delgado,⁶ es inobjetable que cada día adquieren mayor importancia y se afianzan ante la exigencia resocializadora del derecho penal moderno, ya que, agrega, el <estado social de derecho> no puede ni debe limitarse a defender a la sociedad solo mediante el castigo a los delincuentes.

García Pablos hace una distinción señalando: “Desde un punto de vista material: la pena es la consecuencia jurídica cualitativamente (también cuantitativamente) más grave, porque expresa un inequívoco reproche social de la comunidad hacia el autor por su comportamiento. En cambio, la medida de seguridad es la privación de bienes jurídicos por razón de la peligrosidad social del autor, de esencia preventiva y orientada exclusivamente hacia fines de la prevención especial. La pena, en efecto, es retribución. Y propone no sólo que el sujeto haya cometido un hecho previsto en la ley como delito, sino su realización culpable; la pena (Se refiere más bien a la punición) es proporcional, en consecuencia, a la gravedad del delito y a la culpabilidad de su autor. El fin de la pena (se

⁵ Ramírez Delgado, Juan Manuel. *Penología*. pp. 6-7

⁶ Óp. Cit., p. 189

refiere a la punibilidad) es pues, la prevención general. La medida, por el contrario, carece de naturaleza retributiva. No presupone, conceptualmente la comisión culpable de un hecho delictivo, sino la peligrosidad del sujeto. Y se orienta, sin duda, a la llamada prevención especial”.⁷

Como podemos constatar, de las penas, la privativa de la libertad ha sido, la más utilizada (y abusada), y se tiene de ella una concepción homogénea respecto de su naturaleza jurídica; por citar algunos autores sabemos que se concibe de la siguiente manera:

Don Luis Rodríguez Manzanera⁸ afirma: “La pena es la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito”.⁹

A su vez, Ferrajoli,¹⁰ señala que con la pena se trata de dar respuesta a la máxima “*nulla poena sine crimina*”, es decir, se trata de aplicar una sanción ante la realización de un hecho delictivo, el cual se configura como efecto o consecuencia jurídica.

Berdugo Gómez de la Torre,¹¹ la entiende como la privación de bienes jurídicos prevista en la ley e impuesta por los órganos judiciales al responsable de un delito.¹²

Pero poco énfasis se pone en su naturaleza aflictiva, es innegable que la moderna ciencia penal se ha preocupado por establecer ciertas condiciones que propician la humanización de las penas, que sean éstas menos duras, y por tanto, su cumplimiento menos sufrido, por esto se ha

⁷ García-Pablos, Antonio, *Derecho Penal, Introducción*. Textos T. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid. España, s.a. pp. 17 y 18.

⁸ Rodríguez Manzanera, Luis. *Criminología*. p. 94.

⁹ Muy asertado al precisar que es la efectiva restricción de bienes de quien ya es sentenciado, porque generalmente, a mi juicio, de manera errada se le llama comúnmente pena a la punibilidad y a la punición.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. p. 368.

¹¹ Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio. *Lecciones de Derecho Penal*. p. 21.

¹² Aquí está el ejemplo de lo comentado anteriormente, el autor confunde el término de pena, ya que la que prevé

la ley es la punibilidad y la que impone el Juez de la sentencia es la punición. Pena sólo es la que efectivamente compurga el reo, como bien dice Rodríguez Manzanera.

pugnando desde bastante tiempo, sobre todo, tratándose de la pena que priva de la libertad. Ya Francesco Carnelutti,¹³ estimó en su momento, “la concepción de la pena, cada vez abandonaba más los caracteres de la venganza o vindicta para adquirir los de la reeducación del culpable; y más sencillo y más eficaz sería decir de su redención”. Y es al punto que se ha llegado, al menos en letra, porque basta saber un poco de la realidad carcelaria, para darse cuenta, que la pena de prisión sigue siendo un castigo, y que la resocialización del reo a través de un proceso (re)educativo en la cárcel, es una mera utopía.

Bajo esta premisa, debe mirarse hacia las alternativas que puedan sustituir la punibilidad privativa de libertad, y que se acerquen más hacia ese fin, no de redención, como dijo Carnelutti en un posible afán por satisfacer a la sociedad su sentido reproche hacia el criminal, si no el de una verdadera **adaptación social**. Ese remedio, que lógicamente no sería una cura general, pero sí efectivo para los delincuentes que están desprovistos de mayores atavismos y que la cárcel no hace más que volverlos verdaderos criminales especializados, se encuentra entre sanciones punitivas alternativas o sustitutivas a la prisión permanente. Y para el caso de delincuentes tratables, también entre las medidas de seguridad.

Gustavo Malo Camacho,¹⁴ señala que la pena debe distinguirse en “*sensu lato*”, con las alternativas de pena en “*sentido stricto*”, aplicada a los sujetos imputables, susceptibles de entender su acción readaptadora y como medida de seguridad en función de su peligrosidad.

Con relación a este aserto, quiero hacer notar que es factible caer en la confusión y no poder distinguir entre lo que son medidas de seguridad y sanciones punitivas sustitutivas a la prisión. Por eso, se debe evitar el

¹³ Carnelutti, Francesco. *¿Como se hace un Proceso?* p. 119.

¹⁴ Malo Camacho, Gustavo. *Manual de derecho penitenciario*. p. 7.

sentido connotativo que le da Malo Camacho al término de pena, y ser más bien denotativo semióticamente en el empleo de la palabra.

Parfraseando el pensamiento de Beccaria,¹⁵ aquél inquieto ideólogo del siglo XVIII; el fin de las sanciones (él en esa época se refirió a penas), no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido, sino impedir al reo causar nuevos daños a sus conciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales. Como puede verse, después de trescientos años es que se visualiza la reinserción social positiva, y se da cuenta del ideario de Beccaria bajo los postulados político criminales de la prevención especial y general del delito.

Por ello, deben ser seleccionadas aquellas, y además el método de imponerlas, guardando la proporción, haciendo una impresión más eficaz y mas durable sobre el ánimo de los hombres, y la menos dolorosa, es decir, que si se aplicare una medida de seguridad o una pena que sustituyera a la prisión, tampoco ésta puede ser exagerada y gravosa para el reo. **La pena de prisión solo debe imponerse al delincuente que muestra rasgos ponderables de criminalidad, porque presenta factores criminógenos – exógenos- de urgente observación, y sólo mediante su estancia obligatoria en la cárcel se puede procurar su tratamiento educativo o socializador.**

Y con mayor razón, será imperiosa la pena de prisión si se trata de un criminal refractario a la oferta de (re)socialización y de regulación de su conducta, pero, obviamente, no sería imponerla con un sentido retributivo, sino como protección social,¹⁶ y aun así, se debe procurar que sea por un tiempo prudente. Sólo que, **para lograr la reinserción positiva o inoculación delictiva mediante un proceso educativo, es importante**

¹⁵ En su obra, “De los delitos y las penas”.

¹⁶ Uno de los objetivos de la cárcel, si no es que el de mayor justificación de ésta, es el de proteger a la sociedad de los elementos peligrosos. Los otros son el de la disuasión, la reeducación, y otro más, por cierto abyecto, el de acallar a oponentes políticos. <http://es.wikipedia.org/wiki/pris%C3%B3n>

que la administración carcelaria cambie, las prisiones dejen de ser un lugar de penurias y escuela del crimen, y se dé un tratamiento socializador al reo, mediante una administración terapéutica de sanciones.

3.1 Código Penal Alemán. Con relación al tema de las consecuencias jurídicas del delito, conviene darle una mirada a la ley penal Alemana y a la Española; la primera, por considerarse que debe ser la más evolucionada, bastante sabido es que la doctrina penal alemana es vanguardista y ejemplo para los estados democráticos, como es España, de cuyos tratadistas a su vez abrevamos los juristas latinoamericanos. Sin embargo, a decir de Roxin,¹⁷ ha sido muy aletargada su reforma, en principio, en la primera mitad del siglo anterior apenas si sufrió cambio alguno, y no es sino a partir de 1960 hasta enero de 1998, en que hubo actividad legislativa importante, principalmente dirigida hacia la parte especial, salvo en la reforma de 1966 que se suprime la pena de presidio, que se distinguía de la de prisión por su sistema de cumplimiento aun más duro y consecuencias accesorias dramáticas; de ahí que, Roxin considere, que ha sido la reforma más importante, por considerarla una victoria del pensamiento de la resocialización.¹⁸ Una innovación relevante fue también la dispensa de la pena para casos, cuando “las consecuencias del hecho que hayan afectado al autor son tan graves que sería evidentemente equivocado imponer una pena”.¹⁹

Pues bien, la sección tercera del código penal Alemán contempla como penas las siguientes:

a) La pena privativa de libertad, determinando un tiempo máximo de quince años;

¹⁷ Código Penal Alemán. Prologo. pp. 15 y 16.

¹⁸ *Derecho Penal*. p. 128.

¹⁹ *Óp. Cit.* p, 130.

- b) La pena pecuniaria, en razón de unidades de días-multa, contemplando las facilidades de pago y la privación de libertad sustitutoria;
- c) Pena patrimonial, analogada con nuestra Ley con la confiscación;
- d) Pena accesoria (la prohibición de conducir vehículos de motor terrestre); y,
- e) Efectos accesorios, que es la inhabilitación para ocupar cargos públicos, para ser elegido y para votar.

En un capítulo segundo, intitulado -medición de la pena-, trata lo concerniente a los fundamentos de graduación de la pena, por supuesto, en función de la culpabilidad del autor, requiriendo que se tomen en cuenta las circunstancias especiales del delito, móviles, comportamiento, y caracterología. En el capítulo tercero previene las reglas de acumulación concursal, y en el cuarto, a mi parecer, un apartado muy importante, establece lo que es la remisión condicional de la pena, contemplada en esta ley desde 1953:²⁰ “En la condena a pena privativa de libertad de no más de un año, el tribunal remitirá la ejecución de la pena, cuando se pueda esperar que el condenado acepte realmente la condena como advertencia, y en el futuro, aun sin cumplimiento de la pena, no cometa mas delitos. A este respecto, se deberán considerar particularmente la personalidad del condenado, sus antecedentes, las circunstancias del hecho, su conducta después del hecho, su situación y las consecuencias para el que se puedan esperar por la remisión”.²¹ Subsecuentemente se hacen otras consideraciones para hacerlo asequible ampliando el tiempo de sanción, pero también se condiciona al reo a ciertas abstenciones para favorecer su resistencia a una recaída en el delito; y se menciona otro tema de suma importancia, la <**vigilancia orientadora**>, que no es más que la tutoría obligada de un asistente a título honorífico o de oficio, que lo guíe y vigile para prevenirle del delito.

²⁰ Cfr. Nota N° 17.

²¹ Cfr. Nota N° 17. artículo 56. p. 38.

En el capítulo sexto se determina lo que son las medidas de seguridad, introducidas a este texto normativo en 1933,²² refiriendo que una medida de seguridad “no podrá ser ordenada cuando no guarde relación con el significado de los hechos cometidos por el autor y los hechos de él esperados, **así como con el grado del peligro que parte de él**” (principio de proporcionalidad).²³ Y las enumera así:

- 1) El internamiento en una residencia psiquiátrica;
- 2) El internamiento en un establecimiento de desintoxicación;
- 3) El internamiento en un establecimiento de seguridad;
- 4) **La vigilancia orientadora;**
- 5) La retirada del permiso de conducir; y,
- 6) La prohibición de ejercer un oficio.

De este ordenamiento podemos advertir que no está actualizado como debería estar una ley penal moderna enmarcada en un estado de derecho social y democrático, puesto que no contempla penas sustitutas a la prisión, pero sí es muy precisa en la separación de las penas y de las medidas de seguridad, sólo que, las penas, siguen ponderando en la sanción. Entre las medidas de seguridad se contempla la inhabilitación para conducir por ineptitud, es decir cuando se pruebe que el sentenciado no es apto para operar vehículos, lo cual, en tales circunstancias es comprensible su naturaleza como medida preventiva. De igual suerte se sigue la prohibición para trabajar (en determinado oficio), que de primera impresión la advertimos como una punibilidad, por ser privativa de un derecho fundamental, pero como se prevé que se trate sólo de oficio o profesión en el ramo industrial y “que se aprecie el peligro” de que volverá a cometer la misma infracción; entonces vuelve a su naturaleza de medida de seguridad.

²² Cfr. Nota N° 17. Prologo p.16

²³ Cfr. Nota N° 17. artículo 62. p. 44.

3.2 Código Penal Español.

En la legislación penal sustantiva Española, lo relativo a las consecuencias jurídicas del delito, se encuentran en el libro primero, título III. En su sección primera del capítulo primero, dispone que las penas, principales o accesorias, pueden ser de tres tipos: privativas de libertad, privativas de otros derechos y multa. Las **clasifica por nivel de gravedad**, relacionándolas de la siguiente manera, como **penas graves**:

- a) La prisión superior a cinco años;
- b) La inhabilitación absoluta;
- c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a cinco años;
- d) La suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a cinco años;
- e) La privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores por tiempo superior a ocho años;
- f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a ocho años;
- g) La privación del derecho a recibir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo superior a cinco años;
- h) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo superior a cinco años;
- i) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo superior a cinco años.

En un grupo de **penas menos graves**, establece las siguientes:

- a) La prisión de tres meses hasta cinco años;
- b) Las inhabilitaciones especiales hasta cinco años;
- c) La suspensión de empleo o cargo público hasta cinco años;
- d) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año y un día a ocho años;

e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a ocho años;

f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo de seis meses a cinco años;

g) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de seis meses a cinco años;

h) La prohibición de comunicarse con la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de seis meses a cinco años;

i) La multa de más de dos meses;

j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ciento ochenta días.

Y como **penas leves** las siguientes:

a) La privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de tres meses a un año;

b) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año;

c) La privación del derecho a recibir en determinados lugares o acudir a ellos por tiempo inferior a seis meses;

d) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de un mes a menos de seis meses;

e) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal por tiempo de un mes a menos de seis meses;

f) La multa de diez días a dos meses;

g) La localización permanente;

h) Los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a treinta días.

En el título IV, capítulo primero, se relacionan las siguientes medidas de seguridad:

Como privativas de libertad,

- 1) El internamiento en centro psiquiátrico;
- 2) El internamiento en **centro de deshabitación**;
- 3) El internamiento en centro educativo especial.

Como medidas no privativas de libertad,

- 1) La inhabilitación profesional;
- 2) La expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en el país;
- 3) La obligación de residir en un lugar determinado;
- 4) La prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe;
- 5) La prohibición de acudir a determinados lugares o territorios, espectáculos deportivos o culturales o de visitar establecimientos de bebidas alcohólicas o de juego,
- 6) **La custodia familiar**;
- 7) La privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores;
- 8) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas;
- 9) La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal;
- 10) La prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez;
- 11) La sumisión a tratamiento externo en centros médicos o establecimientos de carácter socio sanitario;
- 12) El sometimiento a programas de tipo formativo, cultural, educativo, profesional, de educación sexual y otros similares.

Con relación a las penas, se trata de un sistema diferente al nuestro, con una exposición anticipada de sanciones, marcando ya los límites de punibilidad que serán contemplados en el delito concreto, con una clasificación algo extensa. Los trabajos a favor de la comunidad, la localización permanente, la prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima, son considerados como pena.

Por lo que mira a las medidas de seguridad es un catálogo completo, pero no deja de llamar la atención que existe una zona oscura, ambivalente,

en la naturaleza de algunas sanciones para ser tratadas como pena o medida de seguridad, por ejemplo, la prohibición de comunicarse con la víctima considerada en ambos catálogos. Se incluyen prevenciones importantes como medidas de seguridad, como la obligación de residir en determinado lugar, someterse a tratamiento en centros externos y algunas prohibiciones como la de asistir a determinados establecimientos y la de poseer armas. Y al igual que en la ley Alemana, no existen “sustitutivos” importantes de la pena de prisión.

Una verdadera innovación en el sistema penal Español vigente, es responsabilizar penalmente a las personas jurídicas.²⁴ Ello conlleva otro tipo de sanciones, como la disolución, suspensión de actividades, la clausura de locales, etc.

3.3 Código Penal Federal. El Código Penal Federal, en su capítulo primero, del título segundo del libro primero, relaciona las sanciones, mencionando, que penas y medidas de seguridad son las siguientes:

1. Prisión;
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad;
3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos;
4. Confinamiento;
5. Prohibición de ir a lugar determinado;
6. Sanción pecuniaria;
7. Decomiso de instrumentos, objetos y productos de estilo;
8. Amonestación;
9. Apercibimiento;
10. Caución de no ofender;

²⁴ Fue parte de una importante reforma del 23 de junio del 2010, que entró en vigor el 23 del mes de diciembre del 2010. Cabe señalar que existe antecedente de esto en otros países como Inglaterra, Alemania, Francia e Italia. www.freshfield.com/publications/pdfs/2010/jun10/28259.pdf

11. Suspensión o privación de derechos;
12. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos;
13. Publicación especial de sentencia;
14. Vigilancia de la autoridad;
15. Suspensión o disolución de sociedades²⁵;
16. Medidas tutelares para menores;
17. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito. Y las demás que fijen las leyes (sic), lo que indica que esa relación de sanciones es elástica y no limitativa.

Como bien se advierte, no hay precisión respecto de cuáles de estas sanciones tienen carácter de penas, y cuáles de medidas de seguridad, por lo que corresponde a los operadores jurídicos dilucidarlo de acuerdo con la naturaleza y fin que respectivamente tengan. Nuestra Ley Federal contempla las principales penas y además importantes medidas de seguridad, pero principalmente, incluye los lineamientos para aplicar penas sustitutivas a la punición de aprisionamiento, al establecer el tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad (artículo 27), esto es, reclusiones nocturnas, reclusión de fin de semana o viceversa, o bien, sustituir la prisión por trabajo en beneficio de la comunidad a razón de jornada de trabajo por día de prisión.

3.4 Código Penal Michoacano.

El Código Penal del Estado de Michoacán define en su título cuarto, lo que son las consecuencias jurídicas del delito, y en el primer capítulo, que titula con algún desacierto: “sanciones y medidas de seguridad”, cuando es ya bastante sabido que las medidas de seguridad son también sanciones, de ahí que el término de sanción sea empleado erróneamente

²⁵ Obvio como pena accesoria, porque no existe hasta hoy la responsabilidad penal de las personas jurídicas en México

como sinónimo de pena, lo que hace patente el nivel de confusión que reina respecto de la acepción que se tiene de esos vocablos, pues el legislador no lo tuvo en claro al redactar de esa manera. Sanción es pues, el género, y pena, la especie.

Dicha Ley relaciona todas las consecuencias jurídicas del delito aplicables (art. 23), sin referir, al igual que en la legislación penal Federal, cuáles sanciones son penas, y cuáles medidas de seguridad.

A nuestro criterio, como penas podrían considerarse las de las fracciones siguientes:

- I. Prisión con trabajo obligatorio;
- II. Confinamiento;
- III. Prohibición de ir a un lugar determinado o de residir en él;
- IV. Multa;
- V. Reparación del daño;
- VI. Inhabilitación, suspensión y privación de derechos;
- VII. Destitución y suspensión de funciones o empleos; y,
- XVII. Tratamiento en libertad, semiliberación y trabajo a favor de la comunidad (éstas como penas modificadas o sustitutivas de la punición).

Y medidas de seguridad, las siguientes:

- VIII. Publicación especial de sentencia;
- IX. Decomiso de los instrumentos del delito;
- X. Decomiso o destrucción de cosas peligrosas o nocivas;
- XI. Amonestación;
- XII. Apercibimiento;
- XIII. Caución de no ofender.

XIV. Vigilancia de la autoridad;²⁶

XV. Internación;²⁷

²⁶ La vigilancia de la autoridad que también contempla ya el código penal español, es referida en los ordenamientos de esos países como una pena accesoria, la pena de la “libertad vigilada”. Lo que debe instituirse, en tratándose de una medida de seguridad, es la “vigilancia orientadora” que atinadamente contempla el Código penal alemán.

- XVI. Intervención, prohibición de realizar determinadas operaciones o negocios, y disolución de las personas jurídicas o colectivas;
- XVII. Restricción de la comunicación o del acercamiento con la víctima;
- XVIII. Tratamiento psicológico especializado.

De este listado parece ser que se propusieron exponer con orden las sanciones, primero listando las penas y después las medidas de seguridad, a diferencia del listado del Código Federal, que vienen intercalados. Y afortunadamente también se incluye el tratamiento en libertad, la semiliberación y las jornadas de trabajo a favor de la comunidad, sólo que, en mi opinión, disintiendo de la de Ramírez Delgado,²⁸ sólo el tratamiento en libertad podría ser considerada una medida de seguridad, las dos restantes tienen naturaleza de pena, sólo que, una como sustituta y la otra, como alternativa de la punición.

Conclusión, es importante conocer la naturaleza de las sanciones para distinguir con certeza entre las que son punibilidades y las que son medidas de seguridad, y preferentemente que en la Ley se haga esa precisión. Asimismo, se debe también distinguir, entre lo que es una sanción alternativa y una pena sustitutiva a la punición, así como distinguir entre éstas últimas y las medidas de seguridad. Advirtiéndolo, conoceremos incluso, cuáles son sanciones **accesorias** de uno y otro carácter (las punibilidades son principales y accesorias). En mi concepto, de manera sucinta, puedo mencionar que las penas siempre se van a distinguir por su naturaleza afflictiva, de las medidas de seguridad que contienen un sentido preventivo especial con relación al estado peligroso

²⁷ Esta medida de seguridad puede tener una interpretación muy pobre por lo escueto de su denominación, yo creo que se refiere a la internación para tratamiento sobre adicciones (el código español dice de “deshabitación”, y no necesariamente debe denominarse internación, porque no todo tratamiento es bajo internación, por ejemplo el caso de los alcohólicos que basta adherirse a un grupo de apoyo para ayuda terapéutica como son los grupos llamados “alcohólicos anónimos”. Lo correcto sería pues denominar esta medida solo como tratamiento sobre adicciones.

²⁸ *Penología*. p. 182.

del reo; y una particularidad importante es, que las disposiciones que contemplan penas generalmente vienen acompañadas de una norma primaria dirigida a la ciudadanía, mientras que las medidas de seguridad constituyen una norma secundaria, dirigida al Juez.²⁹

Ahora bien, existen **penas alternativas y penas sustitutivas**; las primeras, son las que la propia Ley exhibe en un delito, otorgando la facultad al Juez sentenciador de que imponga una u otra, y de las segundas, corresponde al órgano “ejecutor” de sanciones, con base en las premisas que parten del estudio del reo, sustituir la punición de la prisión por penas menos severas, como la cárcel intermitente (semiliberación).

Cabe anotar, que afortunadamente la nueva Ley en Michoacán de aplicación de sanciones, es más clara y elocuente en lo concerniente a los sustitutos de las puniciones privativas de libertad, pues el funcionario administrativo que aplica las penas no siempre tiene la valentía de improvisar procedimientos ni de incursionar en innovaciones, por eso es que la ley debe ceñirlo a emplearlas, proporcionándole las instrucciones necesarias. Vamos en buen sentido, ahora con la figura del Juez de control de sanciones, en otro momento, sobre la experiencia, tal vez haya otro replanteamiento del arsenal punitivo, ponderando sanciones como el trabajo en beneficio de la comunidad,³⁰ arresto de fin de semana, arresto domiciliario, inhabilitaciones, etc., todo lo que conduzca a minimalizar aun más la cárcel, de la que es bastante sabido su fracaso; pero para ello, es necesario que el Gobierno cumpla su obligación de crear las infraestructuras para su debido cumplimiento. En nuestro Estado, afortunadamente desde el día 19 de enero del 2008, por iniciativa del

²⁹ En ese sentido, Luzón Peña, Diego Manuel. Derecho Penal, parte general. pp. 67 y 68.

³⁰ Las jornadas a favor de la comunidad como conmutación de la pena de prisión es totalmente desaplicada en Michoacán. Los operadores jurídicos por comodidad prefieren aplicar la pena pecuniaria, y la autoridad administrativa no tiene mayor idea de hacerla efectiva, razón por la cual puedo decir que existe casi en letra muerta.

Gobernador se inicio un programa para validar la semiliberación o tratamiento en externación.

Comentario similar podríamos hacer con relación a las medidas de seguridad, es decepcionante saber que la internación (para tratamiento de adicciones), la vigilancia de la autoridad y el tratamiento psicológico especializado, sean otra parte de letra inerte en nuestro catalogo de sanciones, siendo éstas parte fundamental de una reinserción social positiva.

La propuesta con relación al tema tan importante de las medidas de seguridad en perspectiva de una justicia terapéutica y restaurativa, es que, se remoce en el catálogo de sanciones³¹ las siguientes medidas: lo concerniente a la <internación>, se redacte como “tratamiento de deshabitación”, donde se incluyen todo tipo de adicciones y malos hábitos que generan crimen; y a la <vigilancia de la autoridad> se le llame “libertad vigilada”, para clarificarlos en el contexto en que han sido impuestas en otros países, ya que en México, como están denominadas son letra muerta. Se contemple además la “vigilancia orientadora”, pues existe de facto en la ley, al mencionarse entre los requisitos para el tratamiento en externación, la preliberación y la libertad condicional, pues se condiciona que una persona se constituya en aval y vigile el cumplimiento³² de las instrucciones que se le dieron al otorgarle el beneficio de la libertad anticipada.

4. Determinación de la sanción.

A la determinación de la sanción, generalmente se le ha llamado determinación o individualización de -la pena-, por el hábito de considerar

³¹ Artículo 23 fracciones XIV y XV del Código penal michoacano.

³² Artículos 71 fracción V, 73 fracción V, 81 fracción VII, 83 fracción VI, de la Ley de ejecución de sanciones penales del Estado.

los vocablos de sanción y pena, como sinónimos,³³ y porque además, la sanción por excelencia y tradición ha sido la pena. También por hábito en una fijación restrictiva del tema, se ha identificado siempre la determinación de la sanción sólo en el ámbito del ejercicio jurisdiccional, es decir, a la llamada “individualización judicial de la pena”, cuando realmente **debe ser comprendida en sus distintos ámbitos**, pues la fijación de la sanción empieza desde la propia creación legislativa y termina con la administración que de ella hace la autoridad administrativa en su fase de cumplimiento, y a partir de la reciente reforma los jueces.

Ahora bien, en la parte legislativa el término correcto es el de determinación y no el de individualización, puesto que se individualiza sólo cuando se aplica la norma al caso concreto, lo que no ocurre con la creación legislativa, que en realidad cubre hipótesis de hecho; por otro lado, tratándose de normas secundarias,³⁴ estamos frente a <normas de determinación>, entendidas como “la expresión de un mandato o prohibición que trata, a modo de imperativo o directivo, de determinar la conducta de su destinatario”,³⁵ por consiguiente, lo correcto es llamarle <determinación de la sanción> a la fijación de las consecuencias jurídicas que corresponde a los autores de delito. Lo cual implica un aspecto cualitativo y otro cuantitativo, o sea, tanto la selección de la sanción adecuada, cuanto su tiempo de duración o cantidad pecuniaria,³⁶ y en su caso, la sustitución, ya que, que en un sentido amplio al conceptualizar la determinación de la sanción, algunos autores también incluyen la decisión que se toma acerca de la suspensión de la pena de prisión o su sustitución por otro tipo de sanciones, como lo ha referido Jescheck.³⁷

³³ Cfr. Nota 3. *Derecho punitivo*. p. 69

³⁴ La norma secundaria son las consecuencias jurídicas del delito, la norma primaria son los tipos penales.

³⁵ Citado por Mir Puig, Santiago, al discernir la distinción entre normas de valoración y normas de determinación. *Derecho Penal*. p. 75

³⁶ En el mismo sentido, MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*. p. 736

³⁷ En este sentido JESCHECK, Hans-Henrich. *Tratado de Derecho Penal*. Parte general. p. 1189

Es importante reiterar, que entre las sanciones determinadas por el órgano legislativo, se llama erróneamente penas a lo que en realidad son punibilidades, repito el ejemplo de la redacción del artículo 14 Constitucional al referir que, “...queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata”, en realidad lo que decreta la ley penal son punibilidades, penas son, como bien lo refirió Rodríguez Manzanera³⁸, “la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito”; es decir, **pena es la aflicción real que padece el autor de un delito en el cumplimiento de la punición concreta determinada por un juez.**

El sistema aprobado para determinar la sanción, adoptado por la mayoría de las legislaciones penales, es uno mixto, entre el legal y el de arbitrio Judicial, ya que no se confía por completo a la ley la fijación de la punición, ni se deja al libre arbitrio del Juzgador su aplicación, pues un sistema de libre arbitrio judicial, podría poner al Juzgador en posición de cometer excesos que atentaran contra las garantías del acusado, por lo tanto, sin duda alguna, nuestra legislación, no acoge en extremo ni al uno ni al otro, sino que hace una mezcla de ambos sistemas, ya que, cuando el legislador crea la norma para señalar que conductas deben considerarse como ilícitas, y además, crea un catálogo de consecuencias jurídicas aplicables, se está aplicando un sistema legalista, pero la propia ley sustantiva y adjetiva de la materia, faculta al juez para que haga uso de su sano arbitrio y pueda llevar en la aplicación de la sanción apreciaciones objetivas que le permitirán evaluar su culpabilidad y advertir su estado peligroso, para poder medir la sanción.³⁹

³⁸ Cfr. Nota No. 8

³⁹ Ver artículo 54 del Código Penal del estado de Michoacán que señala: “los jueces y tribunales al pronunciar la sentencia que corresponda fijará las sanciones que estimen justas, dentro de los límites

Así es que, el campo de estudio de este tema, no se ciñe a una actividad *sui generis*, si no que, presenta múltiples aspectos, todos de gran envergadura en el interés de la ciencia jurídico-penal, de ahí que algunos estudiosos lleguen a considerar ya como disciplina autónoma del derecho la teoría de -la determinación o medición de pena-,⁴⁰ (que, insisto, debería decirse derecho de medición de la <sanción>), pues como ya se señaló, inicia con la creación legislativa, pasa por la concreta fijación que determina el Juez, y concluye con la determinación penitenciaria, la que determina el órgano administrativo, de ahí que la determinación sea considerada como legal primero, después judicial, y penitenciaria o administrativa en su fase última.

4.1 Determinación legal de la sanción (punibilidad).

La determinación legal de la sanción es una actividad que atañe al poder legislativo en lo concerniente a la creación de la ley, donde se va a establecer en primer lugar, un catálogo de sanciones aplicables, y en segundo lugar, un marco penal comprendido para cada uno de los delitos, precisando límites máximos y mínimos, dentro del cual, posteriormente, corresponderá al Juez ubicar una pena concreta conforme a los parámetros de culpabilidad que la propia ley dispone, a este marco penal abstracto es a lo que debe llamársele -punibilidad-.⁴¹ A la disposición legal que comprende el tipo penal, o la descripción de la conducta antisocial, se le

establecidos por este Código, conforme a su prudente arbitrio, apreciando las condiciones personales del delincuente, el tiempo que estuvo detenido por no haber podido otorgar caución para disfrutar de su libertad provisional, su peligrosidad, los móviles del delito, los medios empleados en su desarrollo, los daños materiales y morales causados por el mismo, el peligro corrido y todas las circunstancias de ejecución. El Juez deberá tomar conocimiento directo del delincuente, del ofendido, y de la ejecución del hecho, ej. la medida requerida para cada caso”.

⁴⁰ En este sentido Luzón Peña. Óp. Cit. p. 103. Se le ha llamado así a los criterios, en buena parte criminológicos, que sirven al Juez para individualizar cuantitativa y cualitativamente la sanción. También, Claus Roxin. “Política criminal y sistemas del derecho penal”. (traducción de Francisco Muñoz Conde).

⁴¹ Cfr. Notas 9, 12 y 38.

llama norma primaria, y a las consecuencias jurídicas de esa conducta: norma secundaria; por lo tanto, la punibilidad se encuentra en esta última.

La determinación del marco penal genérico o de la punibilidad, contenido en la norma secundaria, se efectúa generalmente, indicando expresamente las sanciones a imponer y su duración. Sin embargo, en determinados subtipos cualificados o privilegiados podrá aumentarse o disminuirse la penalidad según las circunstancias que la propia ley prevé, y ello, como ya se dijo, corresponde al órgano legislativo señalarlo conforme a lo dispuesto por el artículo 36 fracción II y 44 fracción I de la Constitución Política del Estado de Michoacán.⁴² Se ha hecho referencia de que a la fase de determinación legal de la sanción no se le ha dado la atención suficiente en la doctrina jurídica, por creer que se trataba de una cuestión de política criminal,⁴³ sin embargo, consideramos, que de la política criminal se constituyen los principios Constitucionales que fundamentan el poder del estado para reprochar conductas antisociales, es decir, la política criminal lejos de ser una rama apartada de la ciencia del derecho penal, está ínsita en ella ya que es la médula de la Ley, y por tanto, lo que da razón y significado a las materias que son el objeto de Estudio de la ciencia jurídico penal.

4.1.1 Política criminal. Es importante por consiguiente, conceptualizar lo que es la política criminal, y estar ciertos de su naturaleza, porque finalmente constituye la fuente que sostiene la congruencia de una actividad que involucra al aparato legislativo, pues

⁴² Ver artículo 36 fracción II de la Constitución Política del estado de Michoacán, que señala que el derecho de iniciar leyes corresponde a los diputados; y el artículo 4 en su fracción I, faculta al congreso para legislar sobre todos los ramos de la administración que sea de la competencia del Estado y reformar abrogar y derogar las leyes y decretos que se expidieren así como participar en las reformas de la Constitución, observando para el caso los requisitos establecidos.

⁴³ Ramos Tapia, Inmaculada-Woischnick, Jan. *Principios Constitucionales en la determinación legal de los marcos penales*. Introducción.
WWW.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr9.pdf.

cuando los legisladores van a crear una ley sustantiva penal, habiendo decidido que conducta debe ser considerada como ilícita, atendiendo para ello una reflexión sistemática de ideas producto de estudios sociológicos y jurídicos, su siguiente tarea es determinar que sanciones deben aplicarse por tal hecho, y en esa misión debe considerar estudios penológicos, criminológicos y de estadística criminal, a fin de enmarcar su tarea legislativa en el estado democrático de derecho, que debe imperar en toda sociedad contemporánea.

La política criminal, en un primer sentido consiste, en palabras de Mir Puig, aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia; “se refiere al **conjunto de criterios** empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico-penal responde a una determinada orientación político-criminal y expresa una concreta política criminal, siendo no una disciplina teórica sino una orientación práctica”,⁴⁴ pero debe ponerse en cierto, que la política criminal es de construcción dogmática, ya que se extrae de la doctrina jurídico penal, pero se orienta hacia aspectos prácticos, en la creación de la norma, que a su vez también crea un campo dogmático al establecer corrientes de pensamiento.

Luzón Peña,⁴⁵ refiere que la política criminal es “una ciencia del Derecho penal, pues ese es fundamentalmente su objeto, aunque se ocupe de otros medios preventivos de delitos; su misión básica es la valoración crítica, la creación y modificación del Derecho penal, e incluso la contribución a su elaboración dogmática”.

Así pues, si el derecho penal tiene como finalidad señalar que conductas deben ser consideradas como delictuosas y fija sus sanciones,

⁴⁴ Mir Puig, Santiago. *Derecho Penal*. Parte General. p.16.

⁴⁵ Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Parte General. p. 98.

para conservar la paz en una sociedad comunitaria organizada con la debida protección de los valores elementales, luego entonces, para la elaboración de la ley también debe haber estudios organizados de donde se adviertan o pongan de manifiesto cuáles son esos valores elementales de esa sociedad organizada. Welzel,⁴⁶ con una marcada influencia iusnaturalista decía que el objeto del derecho penal es la protección de los valores elementales de la vida comunitaria.

Por lo tanto podríamos concluir que la política criminal podría definirse brevemente como la obtención y realización de criterios directivos que constituyan principios constitucionales en el ámbito de la justicia criminal.

4.1.2 Necesidad y utilidad de la política criminal.

Todas las leyes penales deberán, por principio, proteger bienes jurídicos, la política criminal es una ciencia que estudia las condiciones que hacen **eficaz** la actuación del derecho penal con ese fin;⁴⁷ luego entonces, si no se hace un estudio razonado, y concienzudo, orientado en criterios de política social, al crear la Ley puede llegarse a una función totalitarista del derecho penal, e ineficaz.

Por otro lado, si el legislador emplea adecuadamente la política criminal, podrá determinar congruentemente entre otras cosas, cuales son las sanciones que debe contener la ley, que bienes jurídicos merecen protección penal, y cuales se debe proteger con mayor pena, e incluso cuales de los delitos que actualmente aparecen en nuestro ordenamiento, deberían dejar de serlo. En efecto, la política criminal tiene por objeto tanto

⁴⁶ Citado por, QUINTERO GONZALEZ, Gonzalo. *Curso de derecho penal*. Parte general. p. 50

⁴⁷ *Ibidem*. p. 204. Ese fin obvio, es el de la protección de bienes jurídicos. Pero en una interpretación extensiva propia del estado democrático de derecho, la protección no sólo es bajo la perspectiva de la defensa social o de víctima; sino que, en justo equilibrio, como implica la igualdad, atañe también a los bienes jurídicos del procesado o sentenciado.

determinar que sanciones debe prever un ordenamiento jurídico penal, que acciones deben ser amenazadas con una pena; cuanto que hechos, en la actualidad, son punibles y deberían dejar de serlo en el futuro,⁴⁸ todo ello, enmarcado en un estado social y democrático de derecho.

Pero, ¿qué es el estado social y democrático de derecho?, no se trata sólo de una expresión ideológica o un concepto compuesto de normas, principios y valores, que rigen la organización democrática del estado y de la sociedad, sino de la misma **constitucionalización** del propio estado⁴⁹ de donde parten esas ideas constituidas ya en derechos fundamentales y normas rectoras; los criterios de política criminal dejan de ser sólo criterios, cuando se constituyen en mandatos constitucionales. Podemos decir que se tiene un gobierno social y democrático de derecho cuando las prescripciones de su constitución política están impregnadas y son plenas de valores de igualdad, legalidad y libertad, garantizando que a su vez se consagren en otras normas secundarias, e impidan actuaciones autócratas y excesivas por parte del Estado, de ahí que se considere necesaria la política criminal en un sistema de gobierno contemporáneo, y además es útil, porque delinea la actividad del órgano legislativo.

4.1.3 Criterios generales de Política criminal, que dan sentido a la sanción, y limitan el poder del Estado para aplicarla.

Luzón Peña⁵⁰ señala que, “como principios fundamentales cabe mencionar los de los fines de las penas y medidas de seguridad, es decir, las exigencias de prevención general y especial y la relación entre

⁴⁸ En ese sentido, Mir Puig, Carlos. *El sistema de penas y su medición en el sistema penal*. p. 19.

⁴⁹ En el mismo sentido Ainara Vargas, Ma. Del Carmen. Nota sobre el estado constitucional democrático de derecho. WWW.letrasjuridicas.com/7/ainaga7.doc

⁵⁰ LUZON PEÑA, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal*. Pág. 99

ambas, así como los principios fundamentadores y limitadores del *ius puniendi*:

- 1) El de estricta necesidad de las sanciones penales,
- 2) El de legalidad de los delitos, penas y medidas;
- 3) El de protección exclusivamente de bienes jurídicos;
- 4) El de subsidiariedad, ultima *ratio*⁵¹ y carácter fragmentario⁵² del Derecho penal;
- 5) El de eficacia e idoneidad;
- 6) El de proporcionalidad, responsabilidad subjetiva y culpabilidad,
- 7) El de humanidad,
- 8) De **resocialización**⁵³ y, en todo caso,
- 9) El respeto de las exigencias constitucionales.

De estos principios básicos se derivan a su vez múltiples exigencias concretas para la adopción de medidas extrapenales, jurídicas y de política social en su sentido más amplio, que contribuyan a la evitación de delitos, para la configuración o modificación de diversas regulaciones.”

Santiago Mir Puig,⁵⁴ separa esos lineamientos, definiendo que los límites en un **estado social** son,

- 1) el principio de utilidad de la intervención penal;
- 2) el principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del derecho penal;
- 3) el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos.

Y los límites del *ius puniendi* en un **estado democrático**,

- 1) el principio de humanidad de las sanciones;

⁵¹ Implica que la intervención penal sólo es permisible cuando el Estado previamente, ha agotado todas las posibilidades no penales para prevenir el delito, y sin embargo persistan los conflictos agudos de desviación. En este sentido Zugaldía Espinar, José Miguel. *Fundamentos de Derecho Penal*. p. 236.

⁵² Indica que nada más puede intervenir frente a comportamientos que atenten de manera significativa contra las reglas mínimas de la convivencia social. *Ibidem*. p. 237.

⁵³ Para los fines de mi trabajo este principio es relevante, constituye la garantía constitucional y el derecho fundamental de toda persona declarada culpable de un delito y sancionada, a ser socializada. Este principio mejor llamado actualmente, como principio de reinserción social positiva, implica que el reo, en el cumplimiento de su condena será tratado como un sujeto de la relación jurisdiccional, a quien se le ofertará terapéuticamente el tratamiento técnico y progresivo del sistema penitenciario, y de su interés en socializarse se tomarán las premisas para administrarle la sanción.

⁵⁴ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*, parte general. pp. 126-134

- 2) el principio de proporcionalidad; y,
- 3) el principio de resocialización.⁵⁵

Estos principios, ya tenían asomo desde que el Marqués de Beccaria escribiera su insigne obra,⁵⁶ la cual podría considerarse como la Biblia del estado liberal de derecho; y se explican de la siguiente manera:

4.1.3.1 Principio de Subsidiaridad o última ratio.

En principio, debe imperar la idea de que el derecho penal solo puede intervenir cuando es necesario, es decir, cuando no se puede solucionar el problema haciendo uso de otros recursos no penales, se cumple así con aquella máxima del estado social: buscar el mayor bien social, con el menor costo social, el cual constituye el postulado de <máxima utilidad posible, con el mínimo sufrimiento necesario>. Una adecuada política social, distingue bien una conducta de interés penal de otra que pueda ser conminada por otros medios, por ello, el derecho penal sólo protege bienes jurídicos penalmente relevantes. Se dice que el derecho penal es **subsidiario** de otros esquemas de solución de conflictos sociales, y sólo interviene como **último recurso**, cuando aquellos son insuficientes o fracasan. Y aún se va mas allá, de manera vinculatoria a este principio existe el que da al derecho penal un **carácter fragmentario**, es decir, que ni siquiera debe cobijar la totalidad de los bienes jurídicos, sino únicamente los más graves.⁵⁷

En materia de administración de sanciones, este principio puede aplicarse haciendo subsidiaria a la pena, cuando se estime que otro tipo de sanciones no pueda ser eficaz. Por ejemplo podemos decir, que la pena privativa de libertad, que es tal vez la más grave, deba ser utilizada, si en el

⁵⁵ Por constituirse el derecho penal en la praxis como un “sistema”, todos estos principios finalmente están vinculados a la administración de sanciones, siendo el de mayor relación el principio de resocialización, donde está contenido, o lleva implícito, el llamado principio de legalidad ejecutiva, que estará a su vez inserto en el principio de judicialización de la aplicación de la sanción, con la actuación del órgano jurisdiccional administrador de sanciones. Y además, como señalé en la nota 53, el contenido de una oferta y mejor propuesta de reinsertación social, no como función coactiva.

⁵⁶ “De los delitos y las penas” (1764).

⁵⁷ Como una clara muestra recuérdese como paulatinamente fue derogado del Código Penal del Estado de Michoacán, el título decimoquinto relativo a los delitos contra el honor, primero se suprimió el delito de injurias y posteriormente las calumnias y la difamación.

caso concreto no se tiene mejor expectativa de buenos resultados en aras de una reinserción social positiva. Tal sería el caso de sanciones alternativas.

4.1.3.2 Principio de legalidad penal.

Una vez que se ha determinado que conductas son de especial interés para el derecho penal, por atentar contra bienes jurídicos muy relevantes, debe de crearse un tipo penal que prescriba justamente en qué consiste la acción u omisión de carácter delictivo, y también, debe señalarse cuál sería la sanción que amerita. Este requerimiento recoge el principio de legalidad contenido en la máxima *nullum crimen, nulla poena, sine praevia lege* que ya se encuentra constituido fundamentalmente en las leyes de casi todos los países,⁵⁸ y constriñe al legislador a que, al crear la figura tipo, sea lo más preciso posible para que no haya confusiones en su interpretación, pero también lo constriñe a que ubique su consecuencia jurídica demarcando una punibilidad, y con ello se evita hacer objeto de reproche una conducta que solo tenga parecido con un delito, o que un delito sea sancionado con una pena no contemplada en la norma secundaria.

El principio de legalidad penal, se hace extensivo analógicamente a la fase penitenciaria y de administración de sanciones, la doctrina lo ha denominado “principio de legalidad ejecutiva”, yo sustituiría el término de “ejecución” y lo dejaría como -principio de legalidad administrativa penal-, pues no es necesario ser más específico, este principio atañe a todo procedimiento del sistema de justicia penal. Cualesquier autoridad no puede despartarse de los lineamientos establecidos para el cumplimiento de las sanciones, tanto en los procedimientos como en lo sustancial. Por tanto, no podría emplearse ninguna medida en contra de un penado, si ésta no está expresa en la ley, y con anterioridad a la fecha del hecho delictuoso.

⁵⁸ Nuestra Constitución Política en su artículo 14, párrafo tercero, dispone: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

4.1.3.3 Principio de proporcionalidad.-

Este principio, considerado como el de mas reciente configuración como criterio limitador del *ius puniendi*,⁵⁹ consiste en que la gravedad de la sanción que deba imponerse por un hecho delictivo, sea proporcional a éste,⁶⁰ tal exigencia se contempla tanto para las penas, como para las medidas de seguridad, buscando que las medidas no resulten un medio desproporcionadamente grave en comparación con su utilidad preventiva. La idea de proporcionalidad tiene dos acepciones, una abstracta que es la que nos indica que este principio está inmerso en una actividad legislativa, e implica que exista un equilibrio entre la gravedad del hecho típico con la gravedad del marco penal; y otra concreta, que corresponde a la actividad judicial al individualizar la sanción, es decir, aquí el equilibrio se guarda entre la gravedad del hecho delictuoso en concreto, con la punición que haga el juzgador.

Este principio se puede observar bajo dos perspectivas, una como la necesidad de que la pena sea proporcional del delito, y la otra, como la exigencia de que la medida de la proporcionalidad se establezca sobre la base de la importancia social del hecho; Santiago Mir⁶¹ aduce que también las valoraciones sociales deben orientar la proporcionalidad de las medidas de seguridad, éstas deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que puedan aportar, sino más concreto, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que pueda cometer (peligrosidad social).

Contrario a ello, es común que para incrementar punibilidades los legisladores se influencien y se orienten por otras circunstancias como

⁵⁹ Ramos Tapia, Inmaculada-Woischnick, Jan. Óp. Cit. Introducción.

⁶⁰ Artículo 22 Constitucional: "... Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado".

⁶¹ Mir Puig, Santiago. *Derecho penal*. Parte general. p. 97.

la -alarma social-, incurriendo en una política criminal demagógica. Luzón Peña⁶² nos indica que la gravedad de la sanción ha de ser proporcional a la gravedad del hecho antijurídico, en cuanto al grado de desvalor del resultado y de la acción, pero también refiere que existe una gravedad extrínseca del hecho, en cuanto al peligro de frecuencia de su comisión y consiguiente alarma social, la cual, bien dice, no debe tomarse en cuenta. En ese orden de ideas, atendiendo a la función de prevención del delito en la pena, no debe caerse en tal incongruencia de sancionar con mayor severidad hechos de mayor gravedad extrínseca, pues como atinadamente refiere también Luzón Peña,⁶³ se produciría una confusión en los esquemas valorativos de los ciudadanos, de ahí que debe atenderse a la gravedad del hecho con relación a la importancia y número de bienes jurídicos afectados y a la peligrosidad de la acción.

Por otra parte, advertimos claramente en las legislaciones penales que el aumento de punibilidad de algunos delitos considerados graves, por la reiteración que han tenido, contraviene el principio de proporcionalidad, pues en la escala de valores de los bienes jurídicos no puede contemplarse mayor pena para el asaltante que para quien priva de la vida a alguien; o para el secuestrador, que para el homicida que emplea medios calificados.

Así, atendiendo a la importancia del bien jurídico protegido, su grado de afección,⁶⁴ la forma subjetiva de ataque al mismo, esto es, si se comete con dolo o culpa; la trascendencia social del hecho,⁶⁵ y el grado de ejecución,⁶⁶ se establecen los criterios más importantes en el juicio de la proporcionalidad abstracta. Existen otros criterios relacionados con el

⁶² Op. Cit. p. 85.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Por ejemplo en el delito de lesiones, que clasifica la gravedad de la punibilidad conforme a la magnitud del daño físico.

⁶⁵ No debe confundirse con la alarma social, este criterio se refiere a que debe tomarse en cuenta la conciencia social que se tiene del hecho, por ejemplo, no se valoran por igual delitos contra el honor, en lugares donde existe una diferencia cultural, y con diferente apego a costumbres, existen sociedades muy relajadas moralmente y otras no.

⁶⁶ Los delitos tentados deben punirse con punibilidades menores que las de los delitos consumados.

principio de proporcionalidad, como las formas de participación, por ejemplo, en Alemania (parágrafo 27) y España (artículo 63), la propia ley precisa una sanción diferente para el cómplice.

4.1.3.4 Principio de (re)socialización.⁶⁷

Puede ser llamado con actualidad, principio de reinserción social positiva, acorde a la actual redacción constitucional. La exigencia democrática de que sea posible la participación de todos los ciudadanos en la vida social conduce a reclamar que el derecho penal **evite la marginación indebida** del condenado a una pena o del sometido a una medida de seguridad, a esto se le conoce como **derecho de indemnidad**. Cuando la privación de la libertad es inevitable, habrá que configurar la aplicación de esa pena, de tal forma que evite en lo posible sus efectos desocializadores, buscar que fomente cierta comunicación con el exterior y facilite una adecuada reincorporación del recluso a la vida en libertad. Así debe entenderse el principio de (re)socialización en un Estado democrático, no como sustitución coactiva de los valores del sujeto, ni como manipulación de su personalidad,⁶⁸ sino como un intento de ampliar las posibilidades de la participación en la vida social, por ello son tan importantes las penas sustitutivas a la punición, como arrestos de fin de semana, reclusiones nocturnas o reclusiones con fines de semana en libertad, en fin, lo que contempla el tratamiento en externación

⁶⁷ A partir de la reciente reforma Constitucional, con la renovación al texto del artículo 18, es propio denominar este principio, como “reinserción social”, tal como ya fue mencionado, y cuyo contexto será clarificado en apartados subsecuentes. Cfr. Notas 53 y 55.

⁶⁸ Aquí aplica la crítica de Zaffaroni a las ideologías “reístas” o políticas re. Refiere que las políticas actuales para tratamiento del reo en el contexto de lo que conocemos como readaptación, son atentatorias de los derechos humanos, por tener un efecto discriminatorio al considerarlo un ser inferior en su condición biosicosocial. Como la vulnerabilidad a la que lo ha expuesto el propio estado es la causa real de la su aprisionamiento, la resocialización es una oferta, nunca una imposición o coacción modificadora de la personalidad. Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/objetivos_sistema_penitenciario.doc. En este sentido también Herbert Walter Aquino Silva en “sentido y justificación de la pena, desde los derechos humanos”, quien califica las políticas re como autoritarias, citado por Wael Hikal, “introducción a la criminología”. p. 228.

contemplado ya en la ley de ejecución de sanciones penales de Michoacán, pues, cuando no existen contratiempos, permiten que el sentenciado no pierda contacto con su entorno social.

Sería fundamental que este principio se clarificara más en la Constitución Mexicana, pues si bien el artículo 18 en la actual redacción de su segundo párrafo dota a las sanciones de un fundamento científico, con carácter resocializador; persiste en las leyes el abuso en la pena privativa de libertad. En este sentido podrían suprimirse las penas de prisión muy cortas y las de larga duración, ya que está demostrado que ambas dañan más al individuo,⁶⁹ las de corta duración porque generalmente son impuestas a delincuentes primerizos circunstanciales que los contaminan su paso por la cárcel. En estos casos deberían aplicarse penas alternativas como la multa o jornadas a favor de la comunidad. En las penas de larga duración, porque una estancia prolongada en prisión (más de 10 diez años) es contraria a los efectos que se busca en un individuo redimible, pues producen trastornos en él que complican su habilitación social.

4.1.3.5 Principio de humanidad de las sanciones.-

En la actualidad, el principio de dignidad o de humanización de las sanciones, tiene mayor trascendencia, ya desde hace mucho tiempo se ha pugnado por evitar que haya penas lacerantes, como las mutilaciones y la tortura, pero actualmente, si bien aquellos postulados están rebasados, ya que la ley expresamente proscribía sanciones que atenten físicamente contra el individuo⁷⁰ al menos en las culturas occidentales, e impide al legislador conminar ningún delito por grave que sea, con una pena inocuizadora de carácter definitivo, prácticamente destinada a destruir

⁶⁹ En este sentido Conde Pumpidu, Manuel. “*Juzgado de vigilancia penitenciaria*”. p. 20.

⁷⁰ El primer párrafo del artículo 22 de nuestra carta Magna, reza: “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 los bienes y cualquiera otra pena inusitada y trascendentales”.

física y moralmente al sentenciado, sin posibilidad alguna de reinserción social;⁷¹ ahora, la idea humanizadora conlleva, implícita también, la evitación de daños psicológicos, pugnando porque realmente sean menos aflictivas, al buscar sanciones alternativas a la prisión, procurar la sustitución de las punitivas privativas de libertad, por otras penas menos severas, pues de considerar que aquellas sean necesarias, se aplique entonces una pena de prisión por el menor tiempo necesario. Desafortunadamente, contrario a lo que la ciencia penal nos demuestra, en nuestro País se ha hecho de lado este principio y se adopta una actitud represora por parte del estado, al pretender abatir los índices de criminalidad con el aumento exacerbado de las penas privativas de libertad, cuando es bastante conocida su ineficacia.

Otro aspecto de la humanización de las penas es la manera de cumplirlas, así, si se trata de una pena privativa de libertad, debe cuidarse que las cárceles guarden condiciones debidas para darle un mínimo de dignidad al reo, situación que también en nuestra realidad penitenciaria nacional poco acontece.

Quiero concluir este apartado con una reflexión que leí o escuché decir a alguien; “en la prisión sólo existen dos tipos de delincuentes: los que nunca debieron haber ingresado y los que nunca deberían salir de ahí”. Es claro que se refería a los individuos que sólo entran a contaminarse, y a los presos que contaminan y no tienen disposición de enmendar su actitud. Por eso creo que, hacer leyes penales altamente represivas, con el argumento de que existen criminales genotípicos, o porque se dispara el incremento de la delincuencia, es volver a un estado bárbaro; pero hacer leyes penales respetuosas de ese estado democrático, ya que también existen delincuentes ocasionales o circunstanciales, sería propio de un estado civilizado.

⁷¹ En este sentido, Zugaldía Espinar, Óp. Cit. p. 254.

4.2 Determinación Judicial de la sanción (punición).

Una vez asignada la punibilidad que corresponde al delito, o delitos (en caso de concurso), el Juez dispone de arbitrio para moverse en un marco de sanción, y determinar una <punición>, que no es sino elegir una cantidad concreta de tiempo o dinero para imponerla como sanción específica. En efecto, cuando ya se dijo por parte del órgano legislativo que conducta debería aparecer como delictuosa, nos referimos a la determinación legal, pero cuando una persona incurre en esa conducta que el estado previamente consideró como ilícita penalmente, y a la cual se le señaló un marco penal de sanción, el Juez, al dictar su fallo definitivo, podrá moverse en ese marco tomando en cuenta las circunstancias agravantes y atenuantes para definir su nivel de culpabilidad y gravedad del hecho, y con base en ello, medir la punición, a esa actividad se le denomina determinación judicial de la sanción en **sentido estricto**. Cuando el Juez en sentencia definitiva, ha señalado con precisión, cual es la punición que ha de imponerse, según el caso, el Juez puede todavía conceder beneficios para suspender sanciones o conmutar la pena corporal por el otorgamiento de una multa,⁷² Y cuando esto también es considerado por el Juzgador, podemos afirmar que se trata de una determinación judicial de la pena en **sentido amplio**.

En efecto, ya se dijo en líneas anteriores que en la determinación judicial de la sanción, el Juez que conoce de la causa al pronunciar sentencia definitiva observará las reglas que establece el artículo 54 del Código Penal del estado, para tomar las atenuantes y agravantes y moverse en el marco penal que previamente señaló el legislador, haciendo la

⁷² Ver artículo 72 y 79 del Código Penal del estado de Michocán.

consideración que nuestra legislación no pone candado total al arbitrio judicial dejando al Juez con una posibilidad subjetiva de apreciar, a su consideración lo que le beneficia y lo que perjudica al acusado, contrariamente a lo que señala el Código Penal Español reformado de 1995.⁷³

4.2.1 Determinación Judicial Cuantitativa de la sanción.

Se trata de la individualización judicial de la sanción en sentido estricto. Cuando el juzgador hace la punición del hecho, y debe apoyarse en un criterio legal que le permita medir o graduar las sanciones. Anteriormente el criterio fundamental era el de la -peligrosidad criminal-,⁷⁴ entendido este concepto como la peligrosidad que reviste el sentenciado por sus antecedentes, caracterología y motivación con el hecho concreto por el cual es juzgado. La moderna política criminal se ha inclinado por el criterio de la <culpabilidad>, que es la graduación de la pena con base en la reprochabilidad que se hace al delincuente principalmente por el hecho cometido, y ya existen varias legislaciones penales del País, como la de nuestro Estado, que desde una reforma de 1997 lo adoptó, tomando como modelo el texto del artículo 52 del Código penal federal después de su reforma del 10 de enero de 1994, de la que incluso, el actual artículo 54 del código penal Michoacano, es una copia fiel.

Para mejor comprensión de las implicaciones contenidas en esta nueva disposición, es menester analizar la significación que la ley penal le da al término de peligrosidad, para el efecto de individualizar la sanción.

⁷³ Ver Código Penal Español de 1995 que en su artículo 66 y relativos señala de manera expresa a los jueces, qué debe considerarse por agravantes y cuáles son las circunstancias que deben considerarse como atenuantes, a diferencia del Código Penal de Michoacán, que no lo señala de manera precisa.

⁷⁴ Debe distinguirse este concepto del de la “peligrosidad social”, comprensible éste como la preponderante aptitud de un sujeto para convertirse en autor de un delito, o para recaer si ya fue juzgado, aquí se considera básicamente el perfil criminológico y sus antecedentes penales.

Individualizar judicialmente la sanción, implica principalmente, como ya se apuntó con antelación, concretar del marco de punibilidad- que esta prevenido para cada delito, una sanción determinada. A esa cantidad concreta de pena que se le denomina **<punición>**, puede definírsele como “la fijación de la particular y concreta privación o restricción de bienes del autor del delito, realizada por el juez para reafirmar la prevención, y es determinada cuantitativamente por la magnitud de la culpabilidad”.⁷⁵

La individualización de la sanción es cuantitativa cuando se trata de penas, pero cabe señalar que no sólo se individualiza de manera cuantitativa, sino que existe una **individualización cualitativa** de la que se hará mención en acápite subsecuente.

4.2.1.1 Reglas generales para la individualización judicial de la sanción.

Es menester abordar la interpretación del contenido del artículo 54 del Código Penal de Michoacán, que contiene las observaciones legales para adaptar la pena al sentenciado, para ello expondré comentarios ya vertidos en otro espacio jurídico, al hablar sobre la individualización de la pena. En principio, en su primer párrafo dicho numeral expone:

“El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas ...

Anteriormente el precepto únicamente decía “fijaran las sanciones”, el término era correcto porque -la sanción - comprende cualquier privación o restricción de bienes del autor de un delito, es decir, se refiere tanto a la pena como a las medidas de seguridad; y pese a que no hace distinción de unas y otras, ya habíamos dicho que las penas tienen un sentido aflictivo, casi de castigo; mientras que en las medidas de seguridad, es un sentido preventivo –especial-, pueden procurar incluso una solución al estado peligroso del delincuente.

⁷⁵ RAMIREZ DELGADO, Juan Manuel. Óp. Cit. p. 17.

“...y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

Esos límites se ubican en el marco general de la punibilidad establecido para cada delito. Es desatinado decir que la punición se determinará con base en la gravedad del “ilícito”, porque en razón de ello ya se determinó una punibilidad mayor con relación a la de un delito que es considerado menos grave, en ese sentido, creo que sería correcto definir esa circunstancia como “gravedad del hecho”, pues en el ejemplo de una violación equiparada, no se sancionaría mayormente por el hecho en sí de ser una violación ya agravada por la propia Ley, sino porque es más grave, en el caso de que se abuse de una menor de 12 años, que sea mediante el empleo de la violencia, que si es por propia voluntad de la víctima; o en el caso de que se abuse de una niña de seis años, que si se hace con una mujer atractiva de 20 años perturbada de sus facultades mentales que le impidan producirse voluntariamente en sus relaciones sexuales. Entonces vemos que se trata del mismo ilícito, con la misma punibilidad, pero con “hechos” más graves que ameritan distinta punición.

Para determinar la gravedad del hecho (o ilícito como dice el precepto), se toman en cuenta las circunstancias de las fracciones I, II y III.

Por otra parte, considerar el grado de culpabilidad para el efecto de medir la punición, resulta adecuado, pues la culpabilidad, concebida como un “juicio de reproche” que se hace al imputado por haber infringido la norma, implica sancionar a la persona principalmente por lo que hizo, y no tanto por lo que es, pues el estado peligroso que antes imperaba como fundamento para la graduación de la pena, implicaba prácticamente sancionar a una persona mirando hacia el futuro, o sea, haciendo un pronóstico de su futura conducta previendo una recaída en el delito, lo que podría tener incluso implicaciones de legalidad, pues a una persona debe sancionársele por hechos comprendidos como delitos por leyes anteriores, es decir por actos del pasado y no futuros. Así, era común ver que los jueces para ubicar la “peligrosidad” del acusado, al individualizar **cuantitativamente** la sanción, tomaban en cuenta, principalmente, si era delincuente primario⁷⁶ o no. Pero si en determinado momento se analizó un hecho tipificado en esa época, como era el caso de las injurias o el de conducir vehículos de motor terrestre en estado de ebriedad, haciendo la consideración de que el acusado era reincidente en el mismo género delictivo, y para persuadirlo de no incidir en su conducta se le punió severamente, esa cantidad de pena impuesta es ilegal, pues para

⁷⁶ Si se trata de un acusado primodelincuente, no debería tomarse en cuenta esa circunstancia para atenuar el reproche al individualizar cuantitativamente la pena, sino únicamente considerarla al hacer la individualización cuantitativa.

determinarla se tomó en consideración la probable comisión de hechos delictivos futuros que incluso, a la postre, ya dejaron de ser delito (aunque en el de conducir ebrio sólo se condicionó).⁷⁷

Sin embargo, los antecedentes penales indiscutiblemente deben ser tomados en cuenta para individualizar la sanción, así lo ha definido la Corte en jurisprudencia firme,⁷⁸ ya que fundamentan también la culpabilidad de acto, esto es, influyen en el ámbito de autodeterminación del autor del delito porque constituyen una circunstancia de su personalidad

El artículo 54 del CPM señala que debe atenderse a las condiciones propias del sujeto activo, que sirvan para determinar la posibilidad que tuvo el mismo de haber ajustado su conducta a lo previsto en la norma. Todas las reglas que ahí contienen, tienen como finalidad específica, servir de medio, por virtud del cual el derecho penal proporcione la seguridad jurídica a que aspira, teniendo para ello como objetivo la prevención de conductas delictivas, al ser una de las formas que asegura la convivencia de las personas en sociedad, y así cumplir con la prevención especial que deriva de la aplicación de la sanción a un caso concreto para evitar la posterior comisión de delitos por parte del sentenciado. Por tanto, si bien las alusiones a la culpabilidad deben ser entendidas en la forma de una culpabilidad de acto o de hecho individual, en esas referencias necesariamente deben encontrarse aspectos claramente reveladores de la personalidad del sujeto, ya que es incuestionable que la personalidad desempeña un papel importante en la cuantificación de la culpabilidad, toda vez que es uno de los datos que nos indican el ámbito de autodeterminación del autor, necesario para apreciar el por qué adoptó una resolución de voluntad antijurídica pudiendo adoptar una diferente. En ese orden de ideas, es claro que el juzgador al determinar el grado de culpabilidad del acusado, debe tomar en cuenta sus antecedentes penales.

El cambió de criterio, de la peligrosidad a la culpabilidad, dio cabida a un derecho penal de actos y no tanto de autor como era antes, y ahora lo correcto no es decir si la peligrosidad oscila entre tal o cual término, sino que debería graduarse el <reproche>. **Los conceptos de peligrosidad y culpabilidad, como ya se expuso, no están disociados** como muchos creen, lo que la reforma trajo al precisar el grado de culpabilidad, fue ponderar el juicio de reproche que se hace al autor de un delito por el hecho de haber infringido la norma, sobre la peligrosidad **criminal** que revista el delincuente, ya que ésta también será tomada en cuenta, pero ya no como criterio principal para el efecto de medir la pena, sino como otro elemento

⁷⁷ Aun el artículo 65 del Código Penal Michoacano, dispone que la reincidencia deberá ser tomada en cuenta para la individualización judicial de la pena, refiriéndose obviamente a la individualización cuantitativa, porque además dice que también sea tomada en cuenta para el otorgamiento de los beneficios, sin embargo, tal disposición contraviene la concepción de la culpabilidad como criterio para graduar la pena.

⁷⁸ Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Novena Época. t. XIV, octubre del 2001. p. 79.

más de reproche, máxime que el artículo 3° del Código de procedimientos penales del Estado previene al Juzgador de imponerse de las circunstancias del caso que revelen la mayor o menor **temibilidad criminal y social**⁷⁹ del enjuiciado.

Cabe explicar lo anterior, Don Luis Jiménez de Asúa⁸⁰ decía, que el contenido de la culpabilidad supone tres instantes que el juez debe advertir: 1). El acto propio, que lo constituye el hecho o la naturaleza de la acción, circunstancia que incluso queda comprendida en una de las fracciones que sirven para calificar la “gravedad del ilícito”,⁸¹ 2). La motivación, la constituyen los móviles y las causas criminógenas; y, 3). El de la caracterología, donde se toman en cuenta los factores criminógenos. En este último instante de alguna manera se medita también sobre la **peligrosidad social** del reo, y si incluso se tiene gran certeza de que sufra una recaída en el delito, correspondería facultar al Juez para aplicar algunas medidas de seguridad, o bien, postergar esa tarea para la determinación administrativa de la sanción.

4.2.1.2 Circunstancias para considerar la gravedad del ilícito.

I. “La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto”. Para tomar conocimiento de la extensión del daño producido, debe contarse con la prueba pericial de criminalística si es un delito de resultado material, o psicológica si produce un daño moral; y respecto de la magnitud del peligro corrido, debe hacerse un estudio analítico de la conducta predelictiva; y cuanto más grande sea el daño o el peligro producido, más reprochable será el hecho.

II. “La naturaleza de la acción u omisión ...”. Se atiende el delito en su análisis dinámico, para llegar a un mejor juicio de reproche; aquí se toma en cuenta si la conducta es intencional o imprudencial, en el caso de que sea dolosa, será más reprochable un dolo directo que un dolo eventual; si es culposa, será menos reprochable una culpa inconsciente que una culpa con representación del resultado.

“... y de los medios empleados para ejecutarla”. Para satisfacer esta exigencia, debe de preguntarse ¿con qué o cómo lo hizo?; el Juez,

⁷⁹ Esta última, la peligrosidad social, sólo podrá ser tomada en cuenta al individualizar la sanción en sentido amplio, es decir, cualitativamente.

⁸⁰ JIMENEZ DE ASUA, Luis. *El Criminalista*. Tómo IV. p. 102.

⁸¹ De ahí que sea un tanto tautológico si se dijera para medir la pena, que “la gravedad del delito y el grado de culpabilidad” oscilan en determinado término (mínimo y medio, medio y máximo), ya que tanto la gravedad del hecho como el grado de culpabilidad quedan comprendidos en el concepto normativo de reproche; de ahí que lo adecuado sería, considero yo, decir: “la reprochabilidad que se hace a x, se ubica entre tal o cual término”.

dependiendo de la naturaleza del delito puede valerse de la criminalística, el perito le dirá que cosa empleó el agente para producir la muerte si se tratara de un homicidio; o de la psico-dinámica, si se tratara de un fraude, en este caso el Juez analizando los hechos advertirá a través de pruebas objetivas, de que artilugios mentales se valió el delincuente para engañar o inducir a error a la víctima.

III. “Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado”. Surgen las interrogantes: ¿cuándo, dónde, cómo y en qué momento lo hizo? El juez para establecer algunas de las circunstancias exteriores de ejecución puede ayudarse de la criminalística y la medicina forense, y con el desahogo de pruebas de campo, como la reconstrucción de hechos y la inspección judicial.

4.2.1.3 Circunstancias para considerar el grado de culpabilidad.

IV. “La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito,...”. Se toma en cuenta el grado de intervención como autor o partícipe en la comisión del delito, en las formas que precisa el artículo 17 del Código Penal del Estado, algunas más relevantes que otras (obvio que las más relevantes son las más reprochables); teniendo presente que las condiciones personales del autor directo que influyan en la pena, no perjudican ni benefician a los copartícipes, salvo que las conozcan⁸².

“... así como su calidad y la de la víctima u ofendido”. En este renglón, tiene que tomarse en cuenta la calidad del sujeto frente a la víctima, verbigracia, en el caso de una violación de una menor, si el sujeto activo cumple un papel de confianza o de protección, bien sea porque se trate del maestro, padrastro, sacerdote o familiar de la víctima, entonces el reproche debe ser mayor.⁸³ Las condiciones de la víctima que agraven la situación no deben ser ignoradas por el activo al cometer el hecho.⁸⁴

No debe ser tomada en cuenta la importancia social del sujeto pasivo por su status, es decir, que en un delito de homicidio se pensara que es mas reprochable la conducta porque el sujeto pasivo es un congresista que si es un campesino; o en una violación si la víctima es ama de casa que fuere

⁸² Artículo 19 del Código Penal, párrafo primero: “Las relaciones, cualidades y circunstancias personales que aumenten o disminuyan la sanción, no tendrán influencia sobre los partícipes, excepto cuando tengan conocimientos de ellas”.

⁸³ Se debe tener cuidado al considerar esta circunstancia en algunos delitos para evitar el doble reproche, por ejemplo, si en el delito de homicidio se viola la seguridad y la confianza que se espera del activo, el hecho se califica por traición. En el delito de robo, puede operar también la calificativa de la fracción III del artículo 303 del Código Penal.

⁸⁴ Artículo 19 del Código Penal, párrafo segundo.

prostituta⁸⁵. En este renglón también deben considerarse aspectos victimológicos, como, si existió alguna provocación consciente o inconsciente de la víctima, recuérdese aquél dicho de que “la ocasión hace al ladrón”, y entonces la víctima juega un papel participativo desencadenante en el delito, y así, el sujeto activo podría ser considerado un delincuente ocasional.⁸⁶

V. “La edad, educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto ...”. Algunas de estas circunstancias de la personalidad del delincuente, pueden ser advertidas por el Juez al tomar conocimiento directo del mismo, sin embargo, para conocer sus costumbres, su entorno social y condiciones económicas, el Juez podría solicitar al departamento de trabajo social con que cuenta el Supremo Tribunal de Justicia, que le elabore los dictámenes correspondientes. De aquí pueden determinarse algunos factores criminógenos causales, como la pobreza, el alcoholismo, la marginación, la promiscuidad, la ignorancia etc. que pueden operar en la comisión de determinado delito.

“... así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir”. La prescripción de esta circunstancia es un tanto errónea, pues no debería haber una disyuntiva, sino conjunción, ya que lo que “impulsa” son los –móviles–, y lo que “determina” son las <causas>,⁸⁷ para conocer el móvil, el juzgador se pregunta ¿porqué lo hizo?, y se hace una dinámica de las motivaciones; para saber la causa, la pregunta es ¿qué lo orilló a hacerlo?, y se hace un estudio dinámico del hecho delictivo. Por ejemplo, en un caso de robo de famélico, lo que impulsa al sujeto a apoderarse antijurídicamente de comida, o sea, el móvil, es el hambre, y la causa, es la falta de dinero, para completar diríamos que el factor criminógeno causal sería el desempleo, si es que no se trata de un vago refractario al trabajo.

“Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres”. Indiscutiblemente esta circunstancia debe atenuar el juicio de reproche, pues esa extrañeza cultural los pone en desventaja con el resto de los

⁸⁵ En el caso de que una prostituta sea víctima de una violación se estima que el daño causado es menos grave que si la víctima fuera una ama de casa, por el relax moral que tiene aquella; o en el caso de un homicidio, si el sujeto pasivo es un profesionista, buen padre de familia que si se trata de un delincuente, ya que aquél es útil a la sociedad; pero esta circunstancia debe ser tomada en cuenta al analizar la fracción I del artículo en estudio.

⁸⁶ Es aquél que cae en el crimen empujado por las tentaciones que le ofrecen su estado personal o el medio físico o social en que vive, y sólo incurre en el delito si se presentan esas tentaciones, por ejemplo, alguien que comete estupro cada vez que es provocado por una adolescente atractiva y coqueta; o el ladrón que sólo se apodera antijurídicamente de las cosas, cuando las ve totalmente descuidadas por sus dueños.

⁸⁷ Deben distinguirse los factores criminógenos causales de las causas criminógenas, los primeros se presentan de manera general, y las causas son en lo particular.

governados,⁸⁸ pues en sus usos, por ejemplo, puede explotar recursos naturales sin los procedimientos legales, aun conociendo la existencia del trámite, sin embargo, le es difícil internalizar esa norma que le prohíbe talar árboles o disponer del agua arbitrariamente, pues tiene el claro entendimiento de que los recursos naturales le son propios. Y en cuanto a sus costumbres, como ejemplo, está la práctica de la hechicería que es muy común en su cultura, y se ha dado el caso de una defensa putativa, cuando un miembro de la comunidad priva de la vida a otro que ejerce esas prácticas, creyendo que lo tiene “embrujaado” y que le está causando un daño; aquí debe tomarse en cuenta esa costumbre que incluso produjo el móvil, y atenuar el juicio de reproche. Así entonces, debe ser considerado a favor del acusado indígena, si el hecho delictivo es permisible en su derecho consuetudinario.

VI. “El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y,”. Se califica la actitud que asume el hechor con relación a la infracción cometida. Puede ser porque haya obrado responsable o irresponsablemente para con la víctima. O bien, por la actitud que proyecta frente al hecho cometido, es decir, si confiesa o niega la comisión del delito comprobado, y en el caso de confesar, si lo hace cínicamente o si refleja arrepentimiento.

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

El contenido de esta fracción debió ser redactado con mejor técnica por la importancia que tiene, éste es el instante donde el juzgador advierte la caracterología o personalidad del delincuente en base a su perfil criminológico; incluso esta fracción debería estar cohesionada con la V. Esas “demás condiciones especiales y personales”, derivan de lo que conocemos como factores criminógenos, que son estímulos que favorecen la comisión de hechos delictivos, pueden ser de naturaleza externa (factores exógenos) o interna (factores endógenos), los primeros se producen fuera del individuo, están en su medio ambiente, en su mundo circundante, provienen de sus relaciones familiares, de la influencia que ejerzan en él los medios de comunicación, el clima, la idiosincrasia de la región, etc., y los otros en su naturaleza biológica o psicológica, provienen de la herencia o pueden ser adquiridos.

Sería importante que el Juez, de acuerdo con el caso, ordenara la elaboración de dictámenes para realizar un estudio integral de la

⁸⁸ Incluso podría darse un legítimo desconocimiento de la norma, circunstancia que en el Cpfed es contemplada como excluyente de delito. Al respecto, véase mi artículo: “*El condicionamiento cultural*”, en Revista del Colegio de Abogados de Michoacán, año 1, nueva época, número 1 bis, pp. 12-14.

personalidad del delincuente,⁸⁹ sustentado en la psicología criminal, la biología criminal y la sociología criminal, para destacar las circunstancias determinantes en la infracción de la norma y saber si esa persona presenta una disfunción glandular, una psicopatía o que tan contaminable es por su mundo circundante, tomando como referente la comisión del hecho delictivo que se le imputa.

Teniendo conocimiento del perfil criminológico del acusado y además del móvil y las causas criminógenas, podría saberse si se trata de un delincuente circunstancial, ocasional, pasional, atávico, inocuo, etc., dato importante para individualizar –cualitativamente– la sanción. Un delincuente circunstancial u ocasional⁹⁰ merece las bondades del sistema de reacción penal, como el otorgamiento de beneficios, la no aplicación de la suma concursal de penas, etc.; un delincuente pasional⁹¹ o atávico⁹², por su predisposición al delito ameritan otro tratamiento, éstos y los que son inocuos⁹³ requieren la aplicación de medidas de seguridad.

4.2.2 Determinación Judicial Cualitativa.

Este aspecto de la individualización judicial de la sanción (en sentido amplio) se presenta en diferentes formas: cuando el Juzgador de la causa haciendo uso de la facultad discrecional que le otorga la Ley decide, si amerita que se compurgue la pena, se conmute o bien se suspenda; si se trata de penas alternativas, decide cual imponer; o incluso, si es factible sustituir la pena de prisión por otra consecuencia jurídica (una medida de seguridad); considero que también aquí se contempla si se aplica o no la suma concursal o si se renuncia a la pena.

⁸⁹ Podrían ser solicitados al Director de la prisión invocando el artículo 7° de la Ley de Normas Mínimas, que dispone que al reo se le harán estudios de personalidad (para fines de tratamiento) desde que quede sujeto a proceso, y que se turnará copia de los mismos a la autoridad jurisdiccional del cual dependa

⁹⁰ Un delincuente circunstancial es aquél que alguna vez en su vida se vio inmerso en determinadas circunstancias que lo llevaron a cometer el delito, y nunca vuelve a delinquir, por ejemplo, un padre que lesiona al novio de la hija cuando los sorprende en actos sexuales. (Delincuente ocasional. Cfr. nota 86).

⁹¹ Son individuos de temperamento sanguíneo o nervioso, cuya excesiva carga emocional los lleva a reaccionar desproporcionalmente frente a estímulos que lesionen su afectividad.

⁹² Es aquél que presenta un complejo de condiciones congénitas y adquiridas que lo hacen proclive a la criminalidad (incluso desde temprana edad).

⁹³ Habría que ver si puede realmente denominárseles así, pero se trata de aquellos que infringieron la norma, y que por su longevidad, grave estado de salud o por haber sufrido bastante de por sí con la comisión del delito, no representan un peligro a la sociedad y a todas luces es incluso innecesaria la pena, entonces se renuncia a ella.

Como ya se apuntó, la determinación judicial de la sanción es cualitativa, cuando el Juzgador en su fallo aplica su arbitrio judicial para considerar alternativas que la propia ley propone, a fin de suprimir o atenuar la punición. La individualización cualitativa de la sanción más importante, sin duda será la que haga el órgano jurisdiccional que aplique la sanción, es decir, el Juez de reinserción social, denominado por la ley como Juez de ejecución de sanciones.

4.3 Determinación administrativa de la sanción penal.

Se llama actualmente “determinación penitenciaria de la pena”, o también conocida como individualización “ejecutiva”, a la actividad que hasta ahora, se realiza por parte del poder ejecutivo a través de su órgano desconcentrado de prevención y reinserción social (subsecretaría). Se ha dicho que se “ejecuta”⁹⁴ la pena que previamente fue impuesta por un juez a un delincuente, y que ha de regular, como ya se dijo, en aras de cumplir satisfactoriamente con una prevención especial, al hacer el estudio de un tratamiento que ha de dársele a quien compurga una pena, y cumplir así con la <reinserción social positiva>. De acuerdo con nuestra Ley actual corresponde a la Subsecretaría de Prevención y Reinserción Social, dependencia de la Secretaría de Seguridad Pública del Estado, aplicar todas las medidas necesarias para ofertar al delincuente la socialización, concediendo todavía liberaciones anticipadas, cuando a criterio de dicho órgano gubernamental, se encuentre el reo en posibilidad de reincorporarse a la sociedad.

⁹⁴ No estoy de acuerdo con seguir empleando ese término. Considero que es anacrónico, porque su empleo se suscitó cuando la pena realmente se ejecutaba, es decir, históricamente hubo penas corporales, de castigo físico y de muerte; por ello, había un verdugo que las “ejecutaba”. Ese término ya no tiene cabida en un estado moderno de derecho. Si bien denotativamente tiene aplicación, pues sus raíces etimológicas significan accionar para cumplimiento de algo, la connotación que se le ha dado en términos de justicia penal, son los de acatar una orden en un cumplimiento irrestricto e inflexible, como cuando se ejecutaban penas lacerantes y la propia muerte; lo cual ya no ocurre, porque en materia de administración de sanciones, la punición tiene modificaciones con la concesión de beneficios o la retención.

Sin embargo, como hemos señalado, a partir de la reciente reforma en materia de cumplimiento de sanciones, esta tarea final, ya está encomendada a una autoridad judicial, pues así lo dispone ya nuestra norma fundamental, y entonces a esta fase se le conocerá también como de individualización judicial de la sanción, sólo que, como ya mencionamos, se trata de una individualización **cualitativa**. Esta fase del sistema de justicia penal se rige por una **ley especial, la de ejecución⁹⁵ de sanciones penales**.

4.3.1 Prevención especial del delito y reinserción social positiva.
Función de la pena en la individualización administrativa de sanciones.

En el derecho penal moderno se ha discurrido, en el ámbito político criminal, que el fin de la sanción es la prevención del delito. Es prevención general cuando se norma, y especial cuando se aplica de manera individualizada óptimamente en el caso concreto. Ese objetivo no debe perderse de vista aun cuando la realidad pragmática de vele cierta ineficacia del sistema.

Con miras a cumplir con una prevención especial, el concepto de “reinserción”, en el contexto de la más reciente reforma Constitucional en México,⁹⁶ ciñe a la transformación del <ofensor>⁹⁷ inadaptado socialmente, en un ciudadano útil, con una investidura cultural que lo comprometa con

⁹⁵ Sería conveniente cambiar el término “ejecución” por administración, quedando así: “ley de administración de sanciones penales” (Cfr. Nota anterior).

⁹⁶ La bancada del PAN en la cámara de senadores, en fecha reciente (marzo del 20011) planteó la propuesta de eliminar el término de “reinserción social”, por considerarlo atentatorio de la garantía de dignidad. Refieren que permite la manipulación e injerencia en el libre desarrollo de personalidad de los presos. www.pan.senado.gob.mx/detalle.php?id=55-4235. Este es el argumento del Dr. Zafaronni en su crítica a las políticas “re” (Cfr. Nota 68), sin embargo, a mi juicio, es innecesario suprimir o sustituir ese término, pues basta recontextualizarlo como ya lo he expuesto a lo largo de este trabajo, y creo que tal planteamiento obedece una vez más a las acciones demagógicas de un partido político. Si su sentimiento fuese auténtico, las acciones serían más promisorias si regularan desde ahora lo que pasa en materia de garantías y derechos fundamentales en los centros federales de readaptación social.

⁹⁷ En materia de justicia restaurativa se propone dar un mote distinto al que tradicionalmente se ha dado al autor de un delito, evitando estigmatizarle, y va en ello el sentido de ese modelo de justicia, donde se es incluyente para restablecer el orden social por cualquier daño causado, al sujeto activo del ilícito penal, no solo a la víctima.

el pacto social. Pero lo más importante, es procurar en algunos casos, no trastocar la personalidad de alguien que etiológicamente no requiere tratamiento alguno (delincuentes circunstanciales). Existen propuestas contemporáneas como la doctrina del **derecho terapéutico** y la **justicia restaurativa**,⁹⁸ para dejar atrás el gran engaño de que existe tratamiento en las cárceles, y que ese tratamiento, contemplado en la ley, si lo hubiera en la práctica, sería el idóneo.

El derecho terapéutico dirige una mirada al humanismo. En las leyes, pugna porque se amplíen o ponderen las medidas de seguridad y disminuya el abuso de la pena de prisión. En la praxis judicial, pugna porque siquiera se apliquen las que ya están contempladas (medidas de seguridad), pero repito, es necesario que exista voluntad política para instrumentar los medios. Un tópico importante en un proyecto de restauración social es la creación de centros de drogadicción, o centros de deshabituación como se conoce en otros lugares, para dar tratamiento a los delincuentes adictos y así habilitarlos.⁹⁹ La internación está contemplada en la ley penal de Michoacán como medida de seguridad. De hecho, no se concibe la reinserción social positiva sin tratamiento, ni éste, sin fines de reinserción. Amando Vega Fuente¹⁰⁰ señala que los servicios terapéuticos tienen un compromiso educativo porque pretenden movilizar las potencialidades del individuo no desarrolladas o deterioradas por las dificultades encontradas a lo largo de su vida.

La misión de la reinserción social tiene mucho de la filosofía del derecho terapéutico. En primer lugar, los operadores oficiales u honorarios, cumplen un papel de agentes terapéuticos cuya actuación se cimenta en

⁹⁸ Esta idea surgió desde los años setentas con meros tintes de mediación, en los noventas tomó forma con características de justicia social ya más extendidas; y en la actualidad, es una de las mejores propuestas con una promisoría funcionalidad en el campo del derecho penal. <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=561>.

⁹⁹ Golberg, Susan. "Juzgados para el siglo 21: Un enfoque de resolución de conflictos". www.nji.ca/public/documents/judgingfor21scenturyDe.pdf

¹⁰⁰ *La acción social ante las drogas*. p. 158

variados principios como el de aptitud interpersonal, que desburocratiza los procedimientos de determinación de la sanción. El funcionario interactúa con el sentenciado como un verdadero **agente de cambio**,¹⁰¹ la mirada es hacia el futuro no hacia el pasado. Son también destacables las llamadas “técnicas cognoscitivas”, con las que se logra que el reo tome conciencia de los factores criminológicos desencadenantes que le atañen, a fin de evitarlos y no estar en aptitud de recaer en la acción delictiva.

Las características corregidas de la actitud tradicional, que propone el derecho terapéutico para el proceso de reinserción social, son significativas. Tradicionalmente, la autoridad se orienta al caso, se basa en el derecho, solo aplica la Ley, es un mero arbitro calificador, ve siempre hacia al pasado, es individualista, tiene un resultado legal y puede ser solamente **eficiente**.

Por el contrario, la nueva propuesta de la **justicia terapéutica en la actitud de los operadores** estriba, en que se oriente a las personas, se base en necesidades, aplique además de la ley, las ciencias criminológicas, sea un entrenador, que actúa de manera interpersonal, se obtenga un resultado terapéutico y se llegue a ser **eficaz**¹⁰² con el logro de la óptima reinserción social.

5. Esquema tradicional de justicia en el cumplimiento de sanciones.

Tradicionalmente, de acuerdo con lo que hemos planteado en este capítulo, el esquema de justicia en la generalidad de los estados de nuestro país, donde no figura el funcionario judicial administrador de sanciones, se presenta de esta manera, el funcionario penitenciario es quien “ejecuta” la

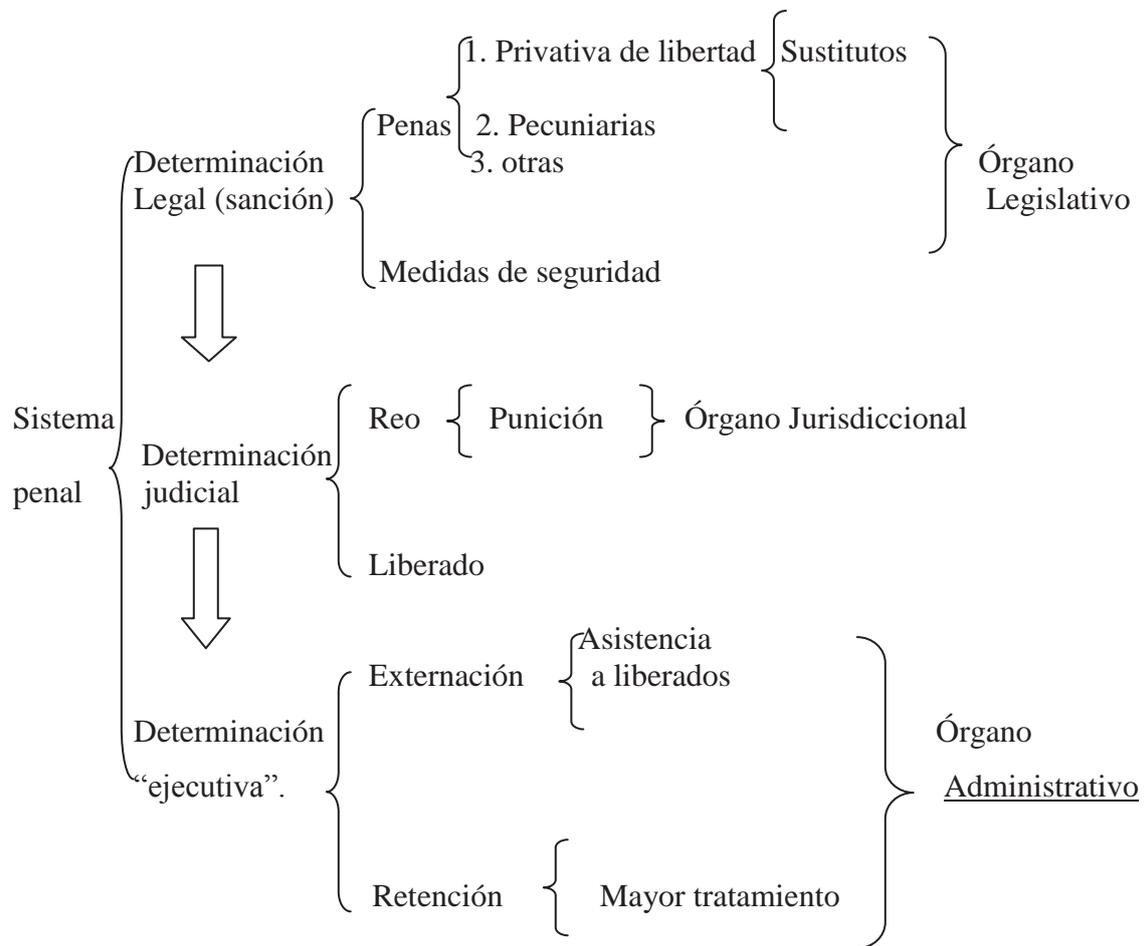
¹⁰¹ Catalina Droppelmann R. Justicia terapéutica: *El juez como agente de cambio*.
http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090611133652.pdf

¹⁰² Existe una significación distintiva entre la eficiencia y la eficacia, la eficiencia está en la efectividad de los procesos mediante una optimización de los recursos; mientras que la eficacia se encuentra en el resultado esperado o querido. La definición de uno y otro término está en que se es eficiente cuando se sabe optimizar los recursos, y se es eficaz cuando se tiene la capacidad para lograr los objetivos.
<http://www.gerencie.com/diferencias-entre-eficiencia-y-eficacia.html>

pena, es decir, hace cumplir la pena prácticamente como un castigo impuesto, pues se trata de un mero aprisionamiento.

El funcionario administrativo está más preocupado por administrar la cárcel que por administrar las sanciones. Las externaciones por beneficios preliberacionales son concedidas bajo criterios fríos desentendidos de la mística de resocialización (por ejemplo para desahogar las prisiones), las evaluaciones del interno son mecanizadas y burocratizadas, no existe conocimiento especializado por parte de los servidores públicos que trabajan en esa área. Por otra parte, el recluso esta en indefensión legal sobre los abusos de la autoridad penitenciaria, los recursos son absurdos y definitivos.

ESQUEMA TRADICIONAL DE JUSTICIA EN EL CUMPLIMIENTO DE SANCIONES.



CAPITULO II SISTEMA PENITENCIARIO MEXICANO.

1. Estructura y marco normativo.

El sistema penitenciario en México se sustenta en un discurso que poco o nada corresponde con la realidad carcelaria. En el país existen ya seis centros federales de readaptación social distribuidos en diferentes regiones del país,¹⁰³ en los que se ha instituido un modelo estrictamente disciplinario por tratarse de prisiones de máxima seguridad. Existen además en todo el país, centros estatales de “readaptación” social, donde debería existir una infraestructura adecuada para el tratamiento técnico del reo, pero no hay tal; y centros preventivos, llamados también de retención, donde se supone no deben purgarse penas, sino dar solo cumplimiento a la prisión preventiva de los procesados. Ambas clases de prisión son operadas por organismos desconcentrados de prevención y readaptación dependientes de la Secretaría de Seguridad Pública,¹⁰⁴ en sus respectivos ámbitos de competencia.

1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por disposición constitucional, preservando algunos principios de “ejecución penal” presentes en documentos internacionales de derechos humanos, soportados en la recurrente disertación del sentido preventivo especial de la pena prisión, para su cumplimiento, se han definido criterios ideológicos positivos de lo que Zaffaroni¹⁰⁵ denomina como políticas “re” (readaptación, resocialización, reinserción, reeducación etc.), a las que hace

¹⁰³ El reglamento Federal de los centros de readaptación (art. 6) contempla cuatro, mas una colonia penal. Sin embargo, actualmente existe el número cinco (oriente) ubicado en el municipio de Villa Aldama, Veracruz.

¹⁰⁴ En el estado de Michoacán lo regula el artículo 25 fracciones XXII; XXIII; XXIV y XXVIII de la Ley Orgánica de la administración Pública.

¹⁰⁵ Cfr. Nota 68. Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales.
www.alfonsozabrano.com/.../objetivos_sistema_penitenciario.doc.

un crítica interesante, considerando discriminatorio para el reo someterlo a un proceso readaptatorio, por creer que presupone una condición de inferioridad en el recluso, quien solo es producto de una selectividad criminalizante (por delitos bagatela), frente a otro sector social que también delinque (peculados, cohechos, enriquecimiento ilícito, fraudes etc.) pero no es vulnerable frente al poder punitivo del estado. Por cierto, concluye que debe cambiarse de discurso jurídico a otro que tenga un sentido más compatible con los derechos humanos.

En lo particular me es comprensible la opinión del jurista, porque ciertamente, el grueso de la población penitenciaria proviene de estratos bajos que cae en el delito por factores criminógenos causales que tienen que ver con la propia ineficacia de la política gubernativa, crisis económicas y educativas. Y si bien, de la estadística criminal resaltan los delitos patrimoniales, como robos de baja cuantía; a ese sector de la delincuencia no se le puede (re)educar o (re)socializar si antes no se le había educado ni socializado con una mejor oferta de vida. Citando a Muñoz Conde,¹⁰⁶ nos preguntaríamos ¿Qué sentido tiene resocializar al delincuente contra la propiedad, adoctrinándolo en el respeto de la propiedad privada en una sociedad basada en la desigualdad económica o en una injusta distribución de sus recursos?, o, ¿cómo socializar al autor de una violación, sin cuestionar una educación hipócrita absolutamente represiva del instinto sexual?.

La criminología crítica nos dice que es una falla del sistema no prevenir con una equitativa distribución del presupuesto para implementar programas sociales aplicados en las zonas de marginación donde proliferan individuos, que en su momento componen el grueso de las poblaciones carcelarias. Por lo tanto, es congruente instrumentar nuevas acciones en

¹⁰⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. “La resocialización del delincuente, ¿un mito?”. Problemas actuales de criminología. p.115

materia penitenciaria que corrijan la falacia de la (re)adaptación social, cuyo término fue introducido a la constitución en la reforma de 1965, para suprimir otro término primitivo (regenerar), porque no se puede readaptar lo que no estaba antes adaptado (delincuentes atávicos), y tampoco, readaptar a quien no está desadaptado (delincuentes circunstanciales u ocasionales); por lo tanto, lo idóneo, es que debe haber un replanteamiento del arsenal sancionatorio (penas y medidas de seguridad), parar el abuso de la pena privativa de la libertad y partir de la educación y preparación social del reo para la reinserción en el congregado social, a partir de su propia conciencia, por ejemplo, con programas de <<**justicia restaurativa**>>,¹⁰⁷ y atendiendo a la filosofía de la <**justicia terapéutica**>, a fin de que salga del -estereotipo selectivo del poder punitivo-.¹⁰⁸ Todo ello, delineado por nuestra ley fundamental, para que sea norma rectora.

1.1.1 El artículo 18 de nuestra Carta magna, en su párrafo primero, dispone, “solo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados”. De las dos disposiciones sólo la primera se cumple, pues no en todas las prisiones se separa los procesados de los sentenciados.

Y en el párrafo segundo, precisa que, “El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, el trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la <**reinserción**>¹⁰⁹ del sentenciado a la sociedad y

¹⁰⁷ http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_restaurativa. Uno de los valores centrales de la justicia restaurativa, es no solo reintegrar a la víctima óptimamente a la sociedad, sino también al autor del daño, a quien no solo se le tolera, sino que se participa con él para esa óptima reinserción.

¹⁰⁸ Cfr. Nota No. 68. Eugenio Raúl Zaffaroni. Op. Cit. p. 8.

¹⁰⁹ De los términos comúnmente empleados en el “reismo”, el de reinserción es el adecuado y puede escapar a la crítica de Zaffaroni (cfr. Cita No. 68), ya que reinsertar socialmente al reo de manera positiva implica, en mi opinión, un carácter no reformativo sino formativo y constructivo. Conlleva la idea de colocar en situación inocua nuevamente en el congregado social, a quien proviene de ahí. En ese sentido,

procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la Ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto”. Con esta disposición se sientan las bases para el penitenciarismo científico, pero las estructuras carcelarias se encuentran demasiado anquilosadas para ser funcionales. Siendo que el sistema penitenciario es el reducto de los fracasos políticos de gobierno, debería de tener una mayor atención del aparato gubernativo, pero por el contrario, existe una relativa apatía para efficientizar el sistema, implementando regímenes óptimos, funcionales, productivos y respetuosos de la condición humana para acabar con lo que es también una utopía (aparte de una falacia): la (re)adaptación del reo. El Consejo técnico interdisciplinario no bien existe como órgano técnico regulador de la preparación del reo. Los patronatos de asistencia a liberados son letra muerta de la Ley general.

1.1.2 El artículo 21, de la ley fundamental, en el párrafo tercero, dispone: “La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad Judicial”. Hasta este momento, mas por una inercia cultural globalizante, que por un análisis obligado para superar un pragmatismo autoritario de las autoridades penitenciarias, se implementa nacionalmente en México la figura del juez encargado de administrar la sanción, con la responsabilidad implícita de ser garante de los derechos del recluso. Indudablemente, este órgano jurisdiccional con sus facultades de modificación de sanciones podrá dictaminar con mayores elementos de juicio los beneficios de libertad anticipada.¹¹⁰

nuestra constitución es acertada terminológica y conceptualmente, pues el contenido de que la dota (capacitación para el trabajo, educación, salud y deporte), le otorga ese sentido.

¹¹⁰ ORDAZ HERNANDEZ, DAVID/ CUNJAMA LOPEZ, EMILIO. *La figura del Juez de ejecución de sanciones penales*. Primera página. [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/numero6\(4aepoca\)](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/numero6(4aepoca)).

1.2 Norma convencional.

Más que supralegalmente¹¹¹ contamos con documentos importantes en la esfera internacional, donde el estado mexicano adquiere compromisos para establecer un sistema de administración de sanciones con tintes democráticos, esto es, con pleno respeto por los derechos fundamentales de la persona reclusa sometida a juicio o en cumplimiento de una pena, lejos de una acción penosa retributiva, pues se pondera, entre los valores de la pena, el de (re)socialización. A partir de la reciente reforma al artículo primero Constitucional, la norma convencional puede ser considerada en una jerarquía horizontal con nuestra Constitución, al menos en materia de respeto a los derechos humanos. Al referir el precepto que se hará la interpretación más amplia, abre la puerta al principio de supremacía internacional. El derecho internacional por tanto es norma obligada sobre cualquier disposición jurídica en contrario para constreñir el respeto a los derechos fundamentales.

Destaca el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", del 22 de diciembre de 1969. Pero también se cuenta con otros generados por la ONU, que, si bien no son vinculatorios directamente para nuestro País, no dejan de ser instrumentos rectores importantes en la línea de derechos fundamentales de los reclusos, se contarían los siguientes:

- Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento.
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad.
- Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros.

¹¹¹ La Suprema Corte de Justicia ha determinado ya el carácter supralegal e infraconstitucional del derecho convencional. Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, t. X, noviembre de 1999, Novena época. p. 46

- Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento.
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- Reglas de Estándares Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros
- Reglas de Estándares Mínimos de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil (Las Reglas de Beijing).
- Cuerpo de Principios para el Tratamiento de los Prisioneros.

La fracción 3ª del artículo 10 del Pacto universal (sobre derechos civiles y políticos) dispone que "el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la **readaptación social** de los penados". Y la fracción 6ª del artículo 5 del Pacto de san José, prescribe que "las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial **la reforma y la readaptación social** de los condenados". Como ya expusimos, independientemente de lo cuestionable de la política "reista", en la data de la suscripción de esos documentos internacionales, el fundamento de mejor contenido democrático parecía ser el de "enmendar" o "curar" al reo, lo importante, es que se daba un mejor fundamento a la "ejecución" de la pena de prisión pretendiendo apartarla de un mero cumplimiento aflictivo. Sin embargo, ese término aun cuando persiste, se debe contextualizar con la interpretación de la norma más garantista, en nuestro caso, si la doctrina mexicana y el orden jurídico positivo interno clarifican en un sentido más amplio las garantías que contienen los derechos fundamentales, en concreto, el de reinserción social, pues entonces, en atención al principio pro persona, se considerará que el término de "readaptación" que subsiste en la norma internacional hace referencia a lo que ahora contiene el principio de reinserción social.

1.3 Ley de normas mínimas.

Con la creación de la Ley de Normas Mínimas (mayo de 1971), se instituye en el país un verdadero sistema penitenciario, pues el objeto de la Ley es implementar un régimen penitenciario a base de **la educación como <pedagogía correctiva>**, y la capacitación para el trabajo, como función terapéutica, y se le da una proyección nacional, instando a los Estados para que adopten estas reglas, mediante acuerdos celebrados entre el Ejecutivo Federal, a través de la Coordinación General Para la Prevención de la Delincuencia, y las entidades federativas. El artículo 6° de la Ley, dispone que el tratamiento del reo será personalizado con el fin de adecuar la atención requerida por él, de acuerdo a sus propias circunstancias; mientras que el artículo 7° prevé que el régimen penitenciario deberá ser progresivo y técnico, aquí es donde se logra el mayor avance, y donde radica la esencia del régimen, puesto que el tratamiento se contempla como una sucesión de etapas para apoyarla en el hallazgo del estudio de la personalidad y en los progresos del tratamiento individualizado,¹¹² es decir, deben existir periodos de cuidadoso y detallado estudio de personalidad a los reos, desde que están sujetos a proceso, a fin de prepararlos desde su ingreso al penal para su adecuado retorno a la sociedad, y el resultado de esos estudios permitirá saber los logros del tratamiento y los causes que debe dársele. En el mismo artículo 7° se esquematiza la progresividad del tratamiento, pues refiere que primero deberá haber fases previas de estudio y diagnóstico, y posteriormente una fase de tratamiento, que a su vez se dividirá en dos períodos, el de tratamiento en clasificación, y el de preliberación. Se dice que el tratamiento debe ser también técnico, porque contaría con la aportación de diversas ciencias y disciplinas pertinentes a la (re)socialización del delincuente, sería idóneo que se aplicaran tales como la endocrinología y la psiquiatría, ello, a fin de ser

¹¹² Sergio García Ramírez. *Legislación Penitenciaria y Correccional*. p. 23.

aplicados todos los recursos para reincorporar al sentenciado óptimamente al congregado social (reinserción social positiva).

1.4 Ley de ejecución de sanciones penales en el Estado.

Esta ley estatal que constituye el manual de operaciones para la administración de sanciones, fue renovada en enero del 2005, simplificando la que se derogó¹¹³, y en la actualidad, se derogó para renovarla. En principio, advertimos que atinadamente se le cambió de denominación,¹¹⁴ sustituyendo lo de “Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad”, pues como ya comentamos, no pueden pasar por alto las medidas de seguridad, y no se debe ser tan recurrente en el concepto de pena como consecuencia jurídica del delito. La ley de ejecución de las sanciones debe contener la regulación del cumplimiento de todo tipo de sanciones, privativas o no de la libertad personal.

Dicha Ley fue modificada para los efectos de establecer la competencia en materia de administración de sanciones, ya que debe corresponder a un servidor público de la Judicatura velar porque se cumpla la sanción con el fin socializador que le da fundamento a las consecuencias jurídicas del delito en el marco de un estado social y democrático de derecho.¹¹⁵

91 La ley de sanciones privativas y restrictivas de libertad en el estado de Michoacán, la primera que surgió en el país (noviembre de 1972), solo a un año del decreto de la Ley de normas mínimas. Era una época en la que Michoacán era vanguardista en el tema de justicia penal.

¹¹⁴ En otros estados conservan la misma denominación, y otros con variantes erróneas, como por ejemplo, en B.C.N. y Morelos es ley de “sanciones y medidas de seguridad”, confunden los términos, porque las medidas de seguridad son sanciones. Campeche, dice “sanciones y penas”, y además cuenta con otra ley de normas mínimas que es innecesaria ya que existe una ley general. En Jalisco e Hidalgo la ley dice solo “ejecución de penas”. En Puebla y otros estados, se refieren solo a “sanciones privativas de libertad”, pero es inexacto, porque también se regulan otras sanciones, como las jornadas de trabajo. Pero en otros es correcta la denominación, en S.L.P. la ley dice “penas y medidas de seguridad”. En Nuevo León también son atinados, ya que su ley, muy propiamente dice: “Ley que regula las sanciones penales”. http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico/8_spublica.htm

¹¹⁵ Sin embargo, la autoridad administrativa seguirá conociendo de los casos de internos sentenciados en fechas anteriores a la reforma.

En la reforma a dicha Ley, a propósito de establecer ya la competencia judicial en materia de administración de sanciones, convendría de una vez hacer un replanteamiento conceptual partiendo de hacer una sustitución terminológica,¹¹⁶ por ejemplo, erradicar el término “readaptación” y sustituirlo por el de “reinserción”,¹¹⁷ como atinadamente se hizo en la reforma al artículo 18 de nuestra Constitución política. El artículo 21 de la ley en comento, al inicio del capítulo segundo (título tercero), relativo justamente a la “readaptación” social, prescribe, que la (re)adaptación social tiene por objeto “colocar al sentenciado en condiciones de no delinquir nuevamente”. Lo cual es un tanto inadecuado, ya que es utópico decir que hay “garantía” de que un sentenciado, a quien realmente recién se adaptó, y si es que se logró tal cometido, no vuelva a delinquir, puesto que puede haber reincidencia incluso, por otro u otros delitos diferentes por el que fue sentenciado (y no necesariamente estar detenido por el nuevo delito). Por eso, lo óptimo, congruente y realista, es enfocarse en el término de reinserción social positiva-, que implica, colocar al sentenciado nuevamente en el conglomerado social apto para vivir en armonía social, recién adaptado, recién educado, con una nueva conciencia transpersonal,¹¹⁸ respetuoso de los derechos de los demás; y sólo corregido, si fuera necesario, en su parte endógena.

El artículo 22 precisa que los medios para lograr la “(re)adaptación” son: el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Sería pertinente actualizar lo enunciado, con la actual disposición constitucional

¹¹⁶ Parte de esa sustitución terminológica sería decir, “centro de prisión preventiva”, en lugar de “centro de retención”. “Dirección de prevención y reinserción social”, en lugar de “readaptación social”. “Derecho de reinserción social positiva”, en lugar de “Derecho ejecutivo penal”. Individualización o determinación de la “sanción”, en lugar de determinación de la “pena”, mencionar administración de sanciones, en lugar de “ejecución de penas” etc.

¹¹⁷ En este sentido el dictamen del proyecto de la ley federal de ejecución de sanciones ya propone que a los centros de readaptación social se les llame centros de reinserción social (art. 4).

¹¹⁸ La psicología transpersonal es la cuarta fuerza de la psicología, lo más novedoso en ese campo. Surge en 1969 como propuesta de solución a los espacios que el conductismo, el psicoanálisis y el humanismo no han podido llegar. Esta rama de la psicología profundiza incluso en el campo de las emergencias psicoespirituales que podemos comprender como aquellas crisis de transformación personal espontánea, emergidas generalmente de traumas físicos o psíquicos, muy común en la experiencia carcelaria.

(artículo 18) que añade la salud y el deporte. La Constitución Italiana (art. 27.3) prescribe, “las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de la humanidad y deben tender a la reeducación del condenado”.¹¹⁹ Obvio, se refiere al cumplimiento de las sanciones, pero las sanciones por sí, sean penas o medidas de seguridad no educan, sino el aplicarlas de manera formativa; y además en ese sentido, son más importantes las medidas de seguridad. Amén de que sobre el régimen de sanciones, prevalece el régimen carcelario, para lograr la óptima reinserción social del condenado.

Con relación al trabajo, de amplio es sabido la falacia que eso constituye, pues ni se tiene la infraestructura necesaria, ni existe la voluntad política por adecuar el régimen a un sistema legal penitenciario que pregona la autosuficiencia (personal e institucional), y menos aun la capacitación técnica en alguna arte. Será tarea del órgano judicial administrador de sanciones denunciar la falta de programas para instrumentar el trabajo obligatorio (en cierto sentido y con las restricciones que marca la ley),¹²⁰ como terapia ocupacional y fuente de sustento; e insistir, hasta que deje de ser letra muerta la ley en este aspecto, ya que el trabajo es, además y principalmente, un derecho civil que otorga la Constitución a toda persona (artículo 123) y que está acogido por el derecho internacional como uno de los principales derechos fundamentales del individuo. Luego entonces, toda persona detenida tiene derecho a ser empleada o a tener una actividad remunerativa, y el Estado está obligado a ofertárselo. También en lo que toca a la capacitación al trabajo, que debe ser variada para diferentes artes, el Estado está obligado a proporcionarlo

¹¹⁹ <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81901/79011>

¹²⁰ En el proyecto de decreto de la ley federal de ejecución de sanciones atinadamente se establece la obligatoriedad del trabajo para resarcir el daño cuando exista condena al respecto (título decimo tercero). En la ley de ejecución de sanciones del estado de Michoacán, en una interpretación *a contrario* podemos afirmar que el trabajo es obligatorio, pues refiere el artículo 24 cuatro supuestos de los casos en que el trabajo no será obligatorio, por lo tanto, salvo esas excepciones podemos considerar que sí los es.

como parte de la oferta de socialización que ofrece al reo, ya que debe asegurarse que una vez excarcelado estará en aptitudes de ser una persona útil y productiva.

La educación, como se asienta en el artículo 32 de la Ley de ejecución de sanciones penales, debe atender “el desarrollo armónico de las facultades humanas, y fortalecer los valores consagrados en el artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.¹²¹ La educación es también un derecho social,¹²² al cual no se sustrae como titular la población carcelaria. La perspectiva central de la adaptación social del penado, es que tanto el trabajo como la educación, primero debe verse como un derecho antes que un medio coercitivo para cumplir ese fin. Debe prevalecer primero el interés del detenido, y su elección en las áreas o campos de su interés. Ese interés deberá ser incentivado con la “persuasión” de promisorios beneficios. Si el estado no incluye materialmente en su oferta esos <derechos>, debe existir el –derecho- de exigirlos.

1.5 Reglamento de los Centros de Retención.

Existe un reglamento de los centros de “retención” el cual es prácticamente obsoleto (data desde febrero de 1992), ya que hace a alusión en su contenido, a artículos de la derogada “ley de ejecución de sanciones privativas y restrictiva de libertad” (art. 4), así como a otras instituciones que ya cambiaron de denominación (en el artículo 33 todavía se refieren a la policía judicial, ahora llamada ministerial). Además en la nueva Ley de ejecución de sanciones penales ya se menciona el reglamento a esta Ley,

¹²¹ Entre esos valores de carácter cívico, se destaca la conciencia nacionalista y los ideales de democracia y justicia en el ámbito universal. Por ello debiera promoverse en las cárceles los honores patrios. Otro aspecto es la instrucción necesaria para erradicar la ignorancia y el fanatismo e inculcar los principios de fraternidad e igualdad de derechos.

¹²² H. Gutiérrez, Mariano. “*La crisis de la prisión y la salida por vía de los derechos sociales*”. Conferencia de cierre en el II Simposio Internacional de Derechos Humanos, INPEC. Bogotá, noviembre de 2009. <http://www.pensamientopenal.com.ar/16062010/criminologia02.pdf>.

con diferente denominación (art. 2 fracción XIII). El término de retención en sí, es incorrecto. Se refiere a las cárceles que no cuentan con la infraestructura para hacer cumplir la sanción, pero dada la figura denominada “retención” contenida en los artículos 77 y 78 del Código penal del Estado, se presta a una confusión conceptual. Por eso es atinado llamarles centros de prisión preventiva, que es la privación de la libertad que se sufre hasta en tanto es sentenciado el inculcado. Se hace necesaria y apremiante la creación del -reglamento de la Ley de ejecución de sanciones penales- que tome muy en cuenta los derechos humanos del preso y que sus disposiciones se ajusten a la realidad carcelaria.

2. Praxis penitenciaria.

Para conocer la realidad de la administración carcelaria no se requiere una investigación exhaustiva ni sigilosa. Es ampliamente conocido, que en la mayoría de las prisiones no se cuenta con una debida infraestructura, ni se acatan los lineamientos que exige la Ley de Normas Mínimas, y aun, si en algún centro penitenciario se observaran los extremos requeridos por dicha Ley, existen diversos factores que hacen que el sistema penitenciario contemplado idealmente, en la práctica sea totalmente ineficaz, convirtiendo la estancia de los reos en los llamados Centros de Readaptación Social, en un mero aprisionamiento como castigo al hecho delictivo cometido (retribución). En primer lugar, tenemos el problema de la sobrepoblación que existe en casi todas las cárceles del país, instituciones, que si además son llevadas con una mala administración y un presupuesto deficiente, no permite contar con el apoyo humano necesario para dar la atención personalizada de la que se habla, y si aunado a ello, se mantiene a los reclusos en condiciones inhumanas, privándolos de dignidad, lógico es, que el sujeto no tenga la disponibilidad anímica para someterse a cualquier tratamiento.

El hacinamiento en las cárceles trae aparejados otros problemas también trascendentes en la formación del reo, transformación que en este caso es hacia lo criminal y no hacia la readaptación, como producto de ello podemos señalar la promiscuidad homosexual, donde en la mayoría de los casos es por imposición violenta. Alrededor de 1990, existían en el país aproximadamente 440 centros penitenciarios, de los cuales sólo unos pocos tenían capacidad para albergar a más de mil internos, y ya que mientras la población de reclusos aumentaba el 22% cada año, la institución sólo era ampliada en un 5%, y por ese motivo la generalidad de las prisiones se vio sobrecargada, siendo entre los estados con mayor población reclusa Baja California, Tamaulipas, Campeche y Quintana Roo.

En el tercer informe de gobierno rendido por el titular del Ejecutivo Federal,¹²³ con relación a la población penitenciaria se dijo que se registran 227,021 internos, de los cuales, 173,742 son del fuero común y 53,279, al fuero federal, y de todos ellos, falta espacio físico para 56,097 internos, siendo importante la cantidad de centros de reclusión con problemas de sobrepoblación.

Otros aspectos importantes que contravienen al sistema penitenciario, en las prisiones estatales, son la corrupción, la excesiva permisibilidad, y el autogobierno. En los centros federales ciertamente se han erradicado estos vicios, a costa también de los derechos fundamentales de los prisioneros.

2.1 Tratamiento del reo. Ya hemos comentado que aun cuando contamos con un bien esquematizado sistema penitenciario, nos encontramos que la realidad no corresponde a los propósitos de la Ley, ese hecho lo constatamos al checar el funcionamiento de casi todas las prisiones del país, pues sólo en unas pocas, las más grandes, es donde apenas se observa alguna

¹²³ Tercer informe de Gobierno 2010. www.informe.gob.mx/informe

que otra regla, verbigracia, cuando pudieran estar separados por sexos los reos, pero no clasificados como dispone la Ley; y si aunado a ello, observamos que prácticamente no se pretende educar al reo, como esta prevenido, la cárcel se transforma en una **escuela de delincuentes**, donde quienes han cometido un crimen menor egresan de ahí formados para perpetrar otro de mayor naturaleza. Los especialistas en la materia han constatado, desde hace mucho tiempo, que son siempre nefastos los contactos prácticamente inevitables entre prisioneros; si tomamos dos reclusos la regla casi nunca falla: el mejor se contamina sin que el peor se mejore.¹²⁴

Con la creación de los Ceferesos se ha tenido un nuevo aliciente para confiar en el sistema penitenciario, sin embargo, sólo llegan a erradicarse algunos vicios que imperan en las prisiones estatales (ej. autogobierno), al implementar un modelo disciplinario con medidas estrictas de seguridad, que han disminuido notablemente la corrupción. Juan Pablo de Tavira, quien fungió como director del que en su momento fue el Centro Penitenciario más importante del país, pues cuando empezó a operar, era el único en su tipo, en su ensayo “¿por qué Almoloya?” refiere, "hasta ahora se ha podido demostrar que sí es factible lograr un centro de reclusión penal donde impere la disciplina y el rigor penitenciario, para evitar corruptelas, que deriven en privilegios para un sector de la población penal, y en hechos violentos"; empero, lo que ponemos en tela de juicio es, si realmente, se ha llegado a prodigar al reo el tratamiento adecuado. Veamos ahora un comentario que sobre ese centro de reclusión que tanto se ha preconizado e instituido como paradigma penitenciario, hizo Jesús Antonio Tallabs Ortega, quien fue diputado federal, secretario de la comisión de Derechos Humanos de la cámara de diputados: "son ya cuatro los años de la construcción de este penal de alta seguridad, que se proyectó bajo el esquema penitenciario Francés, sin embargo, es preciso señalar que a pesar de estar catalogado como "Centro de

¹²⁴ En ese sentido, Raúl Carranca y Rivas. *Derecho penitenciario*. p. 565.

Readaptación", no se instrumenta sistema alguno tendiente a la readaptación real de los internos, tratándose tan solo de un centro de reclusión o aislamiento social".¹²⁵

Efectivamente, la prisión de Almoloya, fue el modelo seguido por sistemas penales extranjeros, como Francia, que instituyó en los centros federales de reclusión (máxima seguridad), un régimen disciplinario que solo busca el sometimiento psicológico del detenido, diseñado justamente para delincuentes de alto riesgo o de marcada peligrosidad social. Régimen que nada tienen que ver con el concepto de (re)socialización, pues solo ha convertido a esas cárceles en depósitos de humanos automatizados, con un alto costo de mantenimiento, ya que guardan condiciones mínimas requeridas por los estatutos de derechos humanos lo cual implica un gasto muy fuerte, sin que haya productividad por parte de la población.

De las prisiones estatales, sabemos que persiste la corrupción interna solapada por la autoridades administrativas, incluso generadas por ellas. Todo se vende, los espacios, las concesiones de todo tipo, droga, etc. Quien goza de solvencia solo padece la internación, pero quien no tiene medios económicos, padece la sobrevivencia. El poderoso desea ser excarcelado para seguir en sus turbios negocios. El vulnerable, está en incertidumbre de cumplir cualquier propósito de enmienda, tal vez no ha tomado conciencia de su rol social, tal vez los mismos factores causales lo lleven nuevamente al delito. ¿Cuál tratamiento de resocialización?

3. Derechos fundamentales del reo.

Una persona condenada en sentencia judicial por delitos penales, puede ser privada de sus derechos civiles¹²⁶ y políticos, pero siempre

¹²⁵ *Almoloya, viaje a lo desconocido*. Publicado en periódico ABZ No. 13 (1/I/96).

¹²⁶ Como sanción, la privación de derechos civiles puede ser considerada una pena y no medida de seguridad. Se condiciona que lo solicite el órgano acusador, pero en mi opinión debe tener relación con los hechos materia de la sentencia, o sea, que el Juez no puede sancionar en abstracto, sino que debe precisar de cuales derechos civiles en concreto va a privarse al reo.

deberá gozar de sus derechos fundamentales. Cabe hacer la distinción de tales derechos. Los derechos civiles son los que concede a un ciudadano la Constitución política de su país dentro de sus límites territoriales, mientras que los derechos fundamentales o humanos, son de los que goza una persona simplemente por nacer,¹²⁷ y han sido reconocidos por los organismos internacionales. Ciertamente buena parte de los derechos civiles constituyen también derechos humanos,¹²⁸ podemos contar entre éstos, a la libertad de conciencia (art. 24 Constitucional), de expresión (Arts. 6º y 7º), de asociación (Arts. 9º y 35), la igualdad ante la ley (Arts. 4º y 13), el derecho a la intimidad y a la privacidad (Art. 16), etc.

Existen países que hacen patente, en el caso de las personas privadas de su libertad, la consigna del respeto irrestricto a sus derechos fundamentales como en el caso de España, cito el precepto correspondiente:

“Artículo 252.¹²⁹ Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”.

En México, con la reciente reforma Constitucional, concretamente en su artículo 1º, cuyo texto reza: “las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los

¹²⁷ http://www.es.wikipedia.org/wiki/derechos_civiles

¹²⁸ http://www.andar.org.mx/docs_pdf/der.pdf

¹²⁹ <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Derechosdelpreso.htm>

tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia".

Considero que, con esta reforma, al menos en materia de derechos humanos, se abre claramente una puerta hacia el derecho internacional, más allá de los límites trazados por la propia constitución. El derecho internacional adquiere supremacía en forma complementaria al texto de los dispositivos constitucionales relacionados con la protección de derechos fundamentales, pues la constitución refiere que se favorecerá a las personas la protección más amplia, dando cabida al principio pro persona, y hasta hoy día, la protección más amplia se encuentra en el derecho internacional, pues de sabido es que en nuestro país el avance en cultura de respeto a los derechos humanos ha sido lento, y la normativa pobre.

Derechos fundamentales de los detenidos, derivados de instrumentos internacionales, podemos considerar los siguientes:¹³⁰

a) **Derecho intrínseco a la dignidad.** Todo detenido, sin distingo de clases, raza o credos, debe ser tratado de una manera humana y con respeto a la dignidad de una persona.¹³¹ No debería haber discriminación por motivos de sexo, lenguaje, religión, opinión política o de otro tipo, origen nacional o social, propiedad, nacimiento u otro estatus.¹³² Sin embargo, es importante respetar las creencias religiosas y los preceptos culturales del grupo al cual el detenido pertenece, cada vez que las condiciones locales lo

¹³⁰ <http://www.pfi.org/cjr/human-rights/prison-conditions/charter>

¹³¹ Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento (Resolución de la Asamblea General 43/172, anexo, principio 1); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Jóvenes Privados de Libertad (Asamblea Resolución 45/113, anexo, regla 12).

¹³² Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros (Asamblea General Resolución 45/111, Anexo, Principio 2)

requieran.¹³³ Las medidas aplicadas por ley y designadas exclusivamente para proteger los derechos y el estatus de las mujeres (especialmente las mujeres embarazadas y en período de lactancia), los niños y los jóvenes, los adultos mayores, las personas enfermas y las personas con discapacidad, no deben ser consideradas como discriminatorias. Un detenido debe ser tratado por el sistema penitenciario de acuerdo con las condiciones impuestas en la sentencia de prisión, sin que haya un mayor agravamiento al sufrimiento inherente en esa situación.¹³⁴

b) Derecho a la Separación, Clasificación y Tratamiento.

Un detenido tiene el derecho a ser ubicado en un área separada o en una sección de una institución, tomando en cuenta su sexo, edad, antecedentes penales, causa legal para su detención y las necesidades de tratamiento.¹³⁵

Una persona detenida bajo la sospecha de ser delincuente o porque hay una investigación criminal hacia ella, debe disfrutar de la presunción de inocencia hasta que se pruebe su culpabilidad.¹³⁶ Además, él o ella no estarán obligados a ser parte de los programas de tratamiento o rehabilitación dentro de la administración de justicia penal juvenil o del sistema penitenciario.¹³⁷

c) Derecho a ser ubicado en condiciones humanas

¹³³ Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros (Principio 3).

¹³⁴ Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento (Principio 5).

¹³⁵ Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Resolución de la Asamblea General 2200 A (XXI), Anexo, artículo 10, párrafo 2(b)); Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros (reglas 8 y 68).

¹³⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Asamblea General Resolución 217 A (III) M Art. 11, para 1); Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14, para 2); Estándar de Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 84, para.2); Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento (principio 36); Regla de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 89).

¹³⁷ Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 10, párrafo 2(a)); Reglas de Estándares Mínimos de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal Juvenil (Las Reglas de Beijing), (Resolución 40/33 de la Asamblea General, anexo, regla 13, párrafo 3 y 4, y la regla 26); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Jóvenes Privados de Libertad (reglas 17 y 29).

Un prisionero tiene el derecho de ser ubicado en lugares que reúnan las condiciones de salud adecuadas; tomando en cuenta las condiciones climáticas, una ventilación adecuada, una superficie mínima, luz, ventilación y calefacción.¹³⁸

d) Derecho a una Alimentación Adecuada.

Un prisionero tiene derecho a una alimentación con suficiente valor nutritivo, adecuada para fortalecer su salud, de buena calidad y bien preparada y servida en las horas adecuadas. El agua potable debe estar disponible para cada detenido cuando él o ella lo necesiten.¹³⁹

e) Derecho a la salud y al cuidado médico

Un detenido tiene el derecho de ser ubicado en un lugar limpio con condiciones de vida dignas, una dieta adecuada, ropa suficiente y cuidado médico, incluyendo la medicina preventiva y la curativa. Dichas condiciones deben estar disponibles en el país sin discriminación sobre cuál sea la condición legal.¹⁴⁰

f) Derecho a la educación, a la cultura¹⁴¹ y el deporte

Un detenido tiene derecho al acceso a programas educativos, culturales y deportivos. La participación de los prisioneros en estos programas es fundamental para el desarrollo del individuo y la comunidad, tienen un efecto humanizante sobre la vida en prisión y juegan un rol trascendental en la reintegración a la sociedad.

¹³⁸ Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (ONU) (Reglas 9, 10 y 19).

¹³⁹ Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 20).

¹⁴⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art.25); Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros (Principio 9).

¹⁴¹ Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 77); Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos (Principio 6).

g) Derecho a la consulta legal, a un juicio rápido y justo, a una sentencia proporcional, incluyendo las penas alternativas.

Un prisionero tiene el derecho de comunicarse y consultar con su abogado, y recurrir a los servicios de un intérprete para ejercer su derecho de una manera efectiva.¹⁴² Él o ella tienen el derecho de ser oídos lo antes posible ante una autoridad judicial u otra autoridad que tenga el poder de revisar si es apropiada la suspensión de la detención, incluyendo la puesta en libertad antes del juicio.¹⁴³ Las decisiones con respecto a la imposición de medidas no carcelarias para un delincuente, deben estar sujetas a revisión por un juez u otra autoridad competente independiente, una vez que haya sido solicitada por el ofensor. Con el objetivo de reducir el uso del encarcelamiento y racionalizar la política de la justicia criminal a través del involucramiento de la comunidad y con el fin de promover el sentido de responsabilidad del delincuente hacia la sociedad para saber si es elegible a una sentencia no carcelaria en los casos permitidos por la ley, si fuera así, se tomarán en cuenta los criterios establecidos con respecto a la naturaleza y gravedad del delito, su personalidad y antecedentes penales, el propósito de la sentencia y los derechos de las víctimas.¹⁴⁴

h) Derecho a inspecciones independientes o supervisión

Un prisionero tiene el derecho de recibir inspecciones independientes o supervisiones planificadas por los responsables de una autoridad competente distinta de la autoridad a cargo de la administración del lugar de detención o encarcelamiento. Y tienen derecho al acceso a las personas que visitan los lugares de detención o encarcelamiento, sujeto a

¹⁴² Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.14, párrafo 3); Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las personas Bajo Cualquier Forma de Detención o Encarcelamiento (principio 11, párrafo 1, 17, 18 y 32); Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (reglas 93).

¹⁴³ Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas Bajo cualquier forma de Detención o encarcelamiento (Principio 11, párrafo 3).

¹⁴⁴ Reglas de Estándares Mínimos de las Naciones Unidas para las Medidas no Carcelarias (Las Reglas de Tokio), (Resolución de la Asamblea General 45/110, anexo, reglas 1.4, 1.5 y 2.3).

condiciones razonables para asegurar la seguridad y el orden en esos lugares.¹⁴⁵

i) Derecho a la reintegración (o reinserción social).

La oferta que se hace al reo de rehabilitarlo para ser integrado nuevamente al conglomerado social, constituye no sólo un compromiso del pacto penitenciario, sino un derecho del detenido, el derecho a tener la oportunidad de ser una persona útil, y a tener la oportunidad de convivir nuevamente con la sociedad con aptitudes nuevas, aptitudes para el trabajo y de cultura. Un prisionero tiene el derecho de obtener dentro de los límites de los recursos disponibles, aunque estos sean privados, cantidades adecuadas de material educativo, cultural e informativo; incluyendo material sobre como ejercitar los derechos personales; sujetos a condiciones óptimas para resguardar la seguridad y el orden en el lugar de detención o encarcelamiento.¹⁴⁶ Una persona encarcelada tiene el derecho de tomar un trabajo remunerado, el cual le permitirá aumentar su autoestima y facilitará su reintegración en la sociedad. Esto permitirá que contribuya a mejorar su condición económica y proveerá de apoyo a su familia.¹⁴⁷ Las barreras existentes deben limitarse y se debe promover el contacto con los familiares, amigos y la comunidad en general, mediante los programas de tratamiento en semiliberación.

4. Administración o control de sanciones (ejecución penal).

¹⁴⁵ Cuerpo de Principios para la Protección de Todas las Personas bajo cualquier forma de Detención o Encarcelamiento (Principio 29).

¹⁴⁶ Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 10, párrafo 2); Cuerpo de Principios para el Tratamiento de los Prisioneros (Principio 28), Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 40).

¹⁴⁷ Reglas de Estándares Mínimos para el Tratamiento de los Prisioneros (Regla 65); Principios Básicos para el Tratamiento de los Prisioneros (Principio 8).

El esquema de trabajo para la administración de sanciones en un marco democrático (y científico) en Michoacán, está delineado; porque con la nueva ley de ejecución de sanciones penales se definen claramente lo que se ha llamado “sustitutivos penales”, que, en mi opinión, no son sustitutivos (salvo la conmutación y suspensión condicional, que son impuestas por el Juez de la sentencia), sino punitivas modificadas, o privaciones de libertad sustitutas a la prisión permanente. De por sí se encontraban previstas en el código penal, como tratamiento en libertad y semiliberación, pero solo las nominaban, ahora en la ley de ejecución de sanciones se describen y explican sus procedimientos. Lo destacado de esto, son los visos para la minimalización¹⁴⁸ de la cárcel, tanto esperada y proclamada por los juristas especializados,¹⁴⁹ en clara muestra de un proceso de desinstitucionalización de la prisión.¹⁵⁰ Además, no solo se especula legislativamente, sino que, hubo voluntad política en la presente administración de Gobierno para poner en marcha un plan piloto con la concesión de estas bondades del sistema. Sin duda alguna, el toque maestro se dará con la ya instituida implementación del Juez de ejecución de sanciones, pues de sabido es la percepción de corrupción que se tiene por parte de la sociedad, en materia de aplicación de beneficios preliberacionales. Era necesario un órgano de investidura judicial para recuperar esa confianza. Ya Beccaria señalaba también, que el “Magistrado ejecutor de las leyes, debe interesarse más en su observancia que en la corrupción”.

¹⁴⁸ Lo que en doctrina criminológica se conoce como reduccionismo. Existe aparte una corriente de pensamiento en el ámbito de la criminología pugnando incluso por el abolicionismo de las penas corporales, consideran que el reformismo es prácticamente una falacia, porque las instituciones no tienen los medios para reeducar, y su principal argumento se sostiene por la deslegitimación del sistema penal.

¹⁴⁹ Otros estados de la república, como Puebla, han actualizado su ley de ejecución de sanciones sobre este tema. www.congresopuebla.gob.mx/docs/mesa2/

¹⁵⁰ Recurrir menos a las instituciones penitenciarias tradicionales, pero sin pugnar por el abolicionismo de la cárcel. Melgoza Radillo, Jesús. La prisión. p. 115.

Haremos un extracto de los medios de excarcelación anticipada, sustitutos y modificaciones de la pena de prisión. Partiendo de que, como <sustitutivos penales> la ley de la materia define,

- a) El tratamiento en externación;
- b) La libertad anticipada, que a su vez comprende la preliberación, libertad condicional y remisión parcial;
- c) La modificación no esencial de la pena de prisión; y,
- d) La conmutación y la suspensión condicional de la ejecución de la pena.

Beneficios o tratamientos que pueden ser revocados por las siguientes circunstancias:

- I. Cuando se incumple con alguna de las obligaciones que se le fijaron; y,
- II. Cuando sea condenado por la comisión de un nuevo delito doloso mediante sentencia ejecutoria. Tratándose de delitos culposos, la Dirección podrá revocar o mantener el beneficio dependiendo de la gravedad del delito.

4.1 Tratamiento en externación. El tratamiento en externación consiste, según la propia ley, en permitir que el reo cumpla su pena privativa de la libertad con salidas intermitentes del área de reclusión. Puede salir diario para trabajar o estudiar y regresar por las noches al centro penitenciario; puede concedérsele que sólo esté recluido los sábados y domingos y el resto de la semana gozar de la libertad para cumplir con actividades propias de su tratamiento, laborales y educativas; o bien, tener salida semanal para recibir tratamiento en instituciones autorizadas durante el tiempo que no labore o estudie.

Los requisitos son los siguientes:

- a) Que la pena de prisión no exceda de cinco años;
- b) **Que el proceso lo hubiere llevado en libertad provisional;**
- c) Que sea primodelincuente por delito doloso;

d) Que tenga trabajo fijo o esté estudiando en escuela oficialmente reconocida.

e) Que tenga una persona que avale su comportamiento¹⁵¹ y de garantías para el cumplimiento de sus obligaciones;¹⁵² y,

f) Que no esté vigente la reparación del daño.

En el caso de que hubiera estado detenido durante el proceso, también se le puede otorgar el tratamiento en externación condicionado a que la pena corporal no exceda de siete años.

4.2 Libertad anticipada. Este término contiene beneficios que anticipan la excarcelación del reo, salvo la preliberación que constituye un tratamiento similar al anotado en líneas supra, con la diferencia de que, en este caso, el reo compurgó parte de la pena corporal impuesta.

4.2.1 La preliberación. Esta modificación de la pena privativa de libertad tiene como condiciones para su procedencia las siguientes: (art. 157 LESP)

- I. Que haya compurgado el cincuenta por ciento de la pena privativa de libertad impuesta;
- II. Que haya trabajado en actividades reconocidas por el centro;
- III. Que haya observado buena conducta;
- IV. Que participe en actividades educativas, recreativas culturales o deportivas organizadas por el centro;
- V. Que se haya garantizado la reparación del daño, cubierto o declarado prescrita;
- VI. No ser reincidente por delito doloso;
- VII. Cuenten con una persona conocida, que se comprometa y garantice a la Dirección, el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el preliberado;¹⁵³ y,

¹⁵¹ Aquí aplica la figura de la vigilancia orientadora, sólo que no se incluye en el catálogo de sanciones, considerada obviamente como medida de seguridad.

¹⁵² Las que se marcan en el artículo 76 de la Ley de ejecución de sanciones penales: I. cumplir con la reclusión en el horario establecido; II. Someterse al tratamiento que se determine; III. No consumir bebidas embriagantes u otras sustancias tóxicas; IV. No frecuentar centros de vicio; y V. cumplir con las actividades que se le asignen.

¹⁵³ Esta disposición es concerniente a la figura jurídica de la vigilancia orientadora, que no está considerada en el catálogo de sanciones, y como ya dijimos, existe en otros países contemplada como medida de seguridad.

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

Satisfechos aquellos requerimientos, se someterá a un proceso que lo llevará a compurgar el resto de la pena en estancia intermitente.

- a) Salida diaria a trabajar o estudiar con reclusión nocturna; o,
- b) Salida los sábados y domingos para convivir con su familia y reclusión diaria; o,
- c) Salida semanal con reclusión los sábados y domingos.

4.2.2 Libertad condicional. Para gozar de este beneficio se necesita que el reo haya compurgado las tres quintas partes de la pena si se tratare de delitos dolosos, o la mitad en caso de delitos culposos. Además, el artículo 159 de la ley relativa dispone que se satisfagan los siguientes requisitos:

- I. Que hubiere observado buena conducta durante el tiempo de reclusión;
- II. Que del examen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir;
- III. Que resida o, en su caso, no resida en el lugar determinado que se precise en la sentencia, e informe a la autoridad de los cambios de su domicilio. La designación del lugar de residencia, se hará conciliando la circunstancia de que el reo pueda proporcionarse trabajo, con el hecho de que su permanencia en él no sea un obstáculo para su enmienda;
- IV. Que adopte, en el plazo que la resolución determine, alguna actividad lícita, si no tuviese los medios propios de subsistencia.
- V. En caso de haber sido condenado a pagar la reparación del daño, ésta se haya garantizado, cubierto o declarado prescrita; y,
- VI. Cuenten con una persona de su conocimiento, que se comprometa y garantice el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el preliberado.

Dichos requisitos replican de manera ociosa el contenido del artículo 74 del Código Penal del Estado, salvo que éste, en su fracción VI contempla además que se otorgue una garantía de cien a mil días de salario, según la gravedad del delito, la cual podrá efectivarse en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones del reo.

La libertad condicional se hace nugatoria si se trata de reos en segunda reincidencia o habituales, o en caso de que la ley expresamente lo disponga.

4.2.3 Remisión parcial de la pena. Este beneficio implica, que, por dos días de trabajo verificado, se hará remisión de uno de prisión. Para ello es menester que el reo hubiere observado una conducta impecable y muestre signos inequívocos de que está apto para reincorporarse útilmente a la sociedad. Un aspecto importante con este beneficio, es que opera con total independencia del de la libertad condicional, es decir, pueden manejarse en conjunto.

Por otro lado, si el reo toma participación en actividades educativas o laborales organizadas se adicionarán a su favor, días equivalentes al quince por ciento respecto del total de tiempo acreditado de trabajo o capacitación.

4.3 Modificación no esencial de la pena.

El artículo 164 de la ley de ejecución de sanciones dispone que, cuando está demostrado que el sentenciado no puede cumplir con algunas de las sanciones penales impuestas, por ser incompatible con su condición física o precario estado de salud, se podrá modificar la forma de ejecución estableciendo las condiciones y el lugar para tal efecto. Disposición análoga es la que le precede en momento, al dictar sentencia condenatoria, cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves con motivo del delito, por su senilidad o precario estado de salud, fuere notoriamente irracional o innecesario imponer la pena de prisión. Si no se prescinde de ella, puede sustituirse por una medida de seguridad, así dispone el artículo 54 bis del Código Penal del Estado. Consideraciones ambas, tanto la renuncia de la pena cuanto la modificación no esencial, para los diferentes momentos procesales, que son de alto contenido humanístico.

4.4 Conmutación y suspensión condicional de la ejecución de la pena de prisión. La regulación de estos sustitutos de la pena está contemplada,

respectivamente, en los artículos 72 y 79 del Código penal del Estado, y son parte de la individualización cualitativa de la sanción que hace el órgano judicial al dictaminar en sentencia definitiva.

La conmutación de la pena, sustituye definitivamente la pena de prisión por una pena económica, o bien, por jornadas a favor de la comunidad;¹⁵⁴ en este último caso, tomando en cuenta desde luego, supletoriamente, la Ley federal del Trabajo, en lo que concierne a las circunstancias de la aplicación de esa medida (actividad, duración y horario). Debiendo ser por ahora la autoridad administrativa quien se encargue de decidir las condiciones, lugar o institución donde se cumplan.

La suspensión condicional, suspende las sanciones impuestas, por el tiempo de la duración de la condena de la pena de prisión. Se constituye un fiador que otorga una fianza señalada por el Juez, la cual será efectivizada en caso de que el fiado incumpla con sus obligaciones, que son las de presentarse en la Dirección de Prevención y readaptación Social, se supone para que le den seguimiento y verificar que no cometa un nuevo delito, pues de lo contrario se aplican las penas impuestas.

5. La retención. Esta figura jurídica, de cierto, ociosa en la ley penal, es pasada por alto en la nueva ley de ejecución de sanciones penales, tal vez porque lo que apremia es el descongestionamiento de las cárceles. Y si se ha tomado a la ligera la concesión de beneficios (por lo burocrático y rutinario de las evaluaciones), en el sentido de constatar la **aptitud y actitud** del reo hacia la resocialización, con mayor razón la autoridad administrativa no está en condiciones de determinar si el reo requiere más tiempo en prisión. La retención consiste en tener detenido al reo por más

¹⁵⁴ En la práctica no es utilizada. Creo que los jueces temen innovar o se atiende por comodidad a la pena económica. Sin embargo, las jornadas de trabajo pueden ser eficaces para disuadir la reincidencia, ya que las multas generalmente no son ellos quienes las sufren, sino la familia. Para conmutarlas se atienden prerrogativas sustanciales que contempla la Ley Federal de Trabajo a fin de no generar un cumplimiento gravoso que pueda hacerse extensivo a sus dependientes.

tiempo del que fue sentenciado si éste no muestra señales de (re)adaptación.¹⁵⁵ Debe habersele impuesto una pena de prisión de más de dos años. El artículo 78 del Código Penal, hace una referencia respecto de supuestos para aplicar esta figura, al artículo 124 de la **derogada** ley de sanciones privativas y restrictivas de libertad, así que esa parte de los requerimientos ya no puede ser tomada en cuenta.

6. Los consejos técnicos interdisciplinarios. La ley da por hecho que en cada establecimiento penitenciario se constituye un órgano consultivo al cual se le ha denominado “consejo técnico interdisciplinario”. Este órgano es muy importante en la función progresiva y técnica del tratamiento del reo, porque a sus evaluaciones se debe en gran medida el otorgamiento o no de beneficios. Se constituye por un miembro de cada uno de los sectores del personal de la institución, presidida por el Director o Alcalde de la prisión. Y si bien, la Ley no dispone expresamente que en cada centro carcelario exista, si lo da por hecho porque prevé que se contará con un consejo técnico, presidido por el Director de Prevención y Readaptación Social, e integrado por personal especializado en las siguientes disciplinas: derecho con conocimiento en ciencias penales, medicina general, medicina en psiquiatría, psicología, trabajo social, criminología, pedagogía, capacitación laboral y disciplina interna; y refiere que tendrá como función revisar los dictámenes que envíen **los consejos técnicos de los centros**; cuyos miembros (los de este consejo técnico) serán nombrados y removidos por el Secretario de Seguridad Pública; obviamente, los miembros de los consejos de cada una de las prisiones hasta hoy, los remueve el Director de Prevención y Readaptación Social.

¹⁵⁵ Hasta tres quintas partes si es delito doloso, o la mitad, si fue culposo. Artículo 77 del Código penal de Michoacán.

7. Asistencia a liberados (o post penitenciaria). La asistencia post penitenciaria es otro segmento muerto de la Ley. Es incongruente incluso hablar de resocialización, y reinserción social positiva, sin tomar en cuenta la atención pos penitenciaria del reo externado. Tal vez sea una prueba más de la falta de voluntad política de los gobiernos, para siquiera acercarnos a la factibilidad de la óptima reinserción social de un condenado, ya que, lo que sí es factible es que el externado pierda motivación y recaiga en el delito. Es pues indispensable crear departamentos en el área de ejecución de penas, dedicados oficialmente a éste rubro, puesto que no podemos dar por hecho que al ser externado el reo, a veces en el mismo proceso de reinserción social (por aplicación de un sustitutivo penal), éste hubiera superado los efectos de la prisionización,¹⁵⁶ por la abrupta ruptura con la sociedad. A saber, el externado se enfrenta con una situación desventajosa frente al resto de la comunidad, ha perdido su trabajo, su familia se ha desintegrado, padecerá estrés postraumático por el contacto social fuera de cautiverio, etc.

En muchos países, como el nuestro desde hace varias décadas, se prevé como soporte en tales circunstancias, a las comisiones o patronatos de ayuda y asistencia a liberados; la ley de normas mínimas, en su artículo 15, exige que haya un patronato¹⁵⁷ para dar asistencia moral y material; y las leyes secundarias en la materia también lo contemplan, sin embargo, salvo en unos pocos estados,¹⁵⁸ existe desinterés para implementar programas al respecto, tal vez sea porque se dispone que sean

¹⁵⁶ Término también empleado como “enculturación. Se le llama así al proceso de incorporación y paulatina adaptación al medio carcelario y consiste básicamente en “la progresiva asunción por parte de la persona privada de libertad de una nueva forma de vida, en el aprendizaje de nuevas habilidades y consistencias comportamentales”. Puede decirse que es el proceso de adaptación por la desinserción social y sus consecuencias psicosociales. Segovia Bernabé, José Luis. *Las consecuencias de la prisionización*. [http://www.juntadeandalucia.es/\(...\)/religion/carcel/fichero-00.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/(...)/religion/carcel/fichero-00.pdf).

¹⁵⁷ Puede existir como un órgano desconcentrado dependiente con autonomía operativa, coordinando acciones con las autoridades carcelarias, y en un futuro próximo, con el Juez de ejecución penal.

¹⁵⁸ Por ejemplo en zacatecas, en el 2007, para dar cumplimiento a la Ley de normas mínimas, se creó el reglamento correspondiente para regular las condiciones y actividades del patronato.

nombramientos honoríficos. Como ejemplo, en Chile, en la actualidad, existen materialmente mecanismos postpenitenciarios de control e intervención para la reinserción social del externado puesto en marcha.¹⁵⁹

En Argentina, existen patronatos con verdadera infraestructura para materializar los programas de reinserción social. En la ley de ejecución de sanciones vigente en nuestro estado existen al menos, las siguientes disposiciones:

“Artículo 105.

Existirá **una institución** dependiente de la Dirección que prestará **asistencia y atención** a los liberados y externados, la que procurará **hacer efectiva la reinserción social**, coordinándose con Organismos de la Administración Pública Estatal o no Gubernamentales, a través de la aplicación de las políticas de atención postpenitenciaria. La asistencia y atención a los liberados y externados, se basará en un programa de participación activa de las autoridades y organizaciones sociales, diseñado bajo principios de trabajo, educación y convivencia social, sus actividades serán supervisadas periódicamente por la Dirección.”

“Artículo 106.

El Gobernador del Estado establecerá las bases, normas y procedimientos de operación de la institución **de asistencia postpenitenciaria.**”

Esta institución, además de supervisar que el reo cumpla con sus obligaciones, velará porque al reintegrarse a la sociedad no sufra discriminación ni ninguna afectación a sus derechos fundamentales, que es tan importante como aquello,¹⁶⁰ además de que con esa misión nos aproximamos o damos visos de una justicia restaurativa. Podrán coadyuvar con los servidores públicos, los que estén constituidos como fiadores o avales, si es el caso de los que están en tratamiento en externación o preliberacional. E incluso, para los externados en definitiva, sería conveniente clarificar aquella figura ya anotada al comentar la Ley penal Alemana, denominada **<vigilancia orientadora>**, **que, de cierto, es**

¹⁵⁹ En el año 2001 implementaron un programa muy interesante denominado “hoy es mi tiempo”, con estrategias enfocadas a cuatro aspectos, el individual, familiar, laboral y educativo. www/gendarmeria.cl/interior_rein_postpenitenciario.html.

¹⁶⁰ Algunos de sus derechos civiles y políticos podrán estar suspendidos con motivo de la sentencia judicial, y por tanto no podrán ser ejercitados, pero prevalece el derecho a la indemnidad.

necesario mencionar en nuestro catalogo de sanciones, pues ya la ventila la ley de ejecución de sanciones penales.¹⁶¹ O bien, la pena de **libertad vigilada** puesta en marcha en otros países, que al revés, la menciona nuestro catalogo de sanciones como “vigilancia de la autoridad” pero no está referido en ningún ordenamiento la manera de hacerla valer.

7.1 La vigilancia orientadora. Es una medida de seguridad que se fundamenta en un pronóstico de peligro social, generalmente solo se aplica en casos de determinados delitos y es impuesta por la autoridad ejecutora. Consiste en la tutoría obligada de un asistente, a título honorífico o de oficio (según la ley alemana), que lo guiará y vigilará para prevenirle del delito. Yo creo que la vigilancia orientadora, debe ser a cargo de un tutor, que podría constituirse en un familiar principalmente, de manera honorifica, coadyuvante con un patronato de asistencia a liberados y con un departamento específico de la dirección de prevención y readaptación social, aplicada como medida de seguridad en casos de personalidades delictivas no relevantes, involucrados en la comisión de delitos no graves, y como requisito en los casos que ya prevé la ley de ejecución de sanciones penales. Y deberían ser excluidos, los primodelincuentes circunstanciales, cuyo perfil no revele rasgos criminológicos preponderantes.

7.2 Libertad vigilada. Existen en otros países medidas de control de la vida del penado en libertad, en formas variadas, pero con la misma misión: cuidar que el externado no recaiga en el delito. La libertad vigilada data desde el régimen progresivo irlandés propuesto por Crofton (1815-1897) como parte de una última etapa de cuatro.¹⁶² En la modernidad, existía ya en España tratándose de la justicia de menores, en Chile es una

¹⁶¹ Artículos 81 fracción VII y 83 fracción VI de la Ley de ejecución de sanciones penales.

¹⁶² Melgoza, Radillo, Jesús. La prisión. p. 69

sanción alternativa a la de prisión. En España se propone como una pena accesoria para delincuentes de alto riesgo. En su contenido se encuentran varias medidas que se imponen por separado, y que consisten en prohibiciones y restricciones de las actividades del liberado.¹⁶³ Para dar cumplimiento a esta fase del sistema, se contempla el uso de instrumentos de control, como los medios electrónicos de localización permanente.

A diferencia de la vigilancia orientadora que es a cargo de un tutor, aquí debe haber un asistente o agente de ejecución, como servidor público. Como la libertad vigilada tiene carácter de pena, se debe evitar la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, por lo que deben fijarse tiempos y condiciones específicas de cumplimiento, en acatamiento al principio de legalidad de las penas. Además, debe estar plenamente demostrado el grado de peligrosidad social del delincuente, y no sustentarse en una mera presunción de peligrosidad. Si existiere incumplimiento, se ha considerado que como existe el quebrantamiento de la pena de libertad vigilada, se contemple sancionar con otra pena de prisión.

En un plano objetivo, y en mira de justo equilibrio de la defensa, tanto de los bienes jurídicos de la sociedad, cuanto de los derechos fundamentales del reo. La pena de libertad vigilada se hace necesaria en esos casos de excepción, cuando se trata de delincuentes atávicos que se supone, como parte de su condena, le fue otorgado tratamiento rehabilitatorio, y requiere apoyo postpenitenciario, para verificar la eficacia de la terapia. Además, la sociedad debe estar tranquila al saber que sigue en foco del sistema.

¹⁶³ Como prohibición de tener pornografía, de consumir alcohol, visitar determinados lugares etc. La ley de ejecución de sanciones penales en su artículo 76, las menciona como obligación para obtener el tratamiento en externación.

CAPITULO III.

INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL SISTEMA PENITENCIARIO.

1. Antecedente general.

Se habla mucho sobre la base científica para el debido tratamiento del delincuente en prisión, pero poco se profundiza sobre la base filosófica del carácter preventivo especial que conlleva su estancia en la cárcel, obviamente con miras a la óptima reinserción del condenado. Estados responsables comprometidos con esa mística han puesto toda su atención fuera del discurso demagógico en que han caído otros, favorecidos tal vez por una problemática criminal menos exacerbada. Y en esos países, que no han podido organizar de manera auténtica su sistema de administración de sanciones bajo los postulados de una política democrática, han tenido que poner la vigencia del sistema penitenciario al cuidado y control del órgano jurisdiccional para hacerlo funcional, acorde al principio de prevención especial, y al de reinserción social, constituyendo incluso otro principio fundamental, más que una norma estructural,¹⁶⁴ que sería el principio de “control judicial de la ejecución de la pena”,¹⁶⁵ el cual consistiría, no solo en tener la garantía de que es un órgano jurisdiccional quien administra la sanción, sino que, **ese servidor público sea especialista en el ramo**, un verdadero conocedor de los derechos fundamentales, y de los componentes del hasta ahora llamado “derecho ejecutivo penal”.

Entonces existen dos sistemas o mecanismos de control de la sanción, un sistema judicial puro, en el que un Juez directamente se encarga de ello, y otros sistemas indirectos¹⁶⁶ o impropios. Del primer

¹⁶⁴ Bach i estany, Joseph Ma. *Cárcel y Derechos Humanos*. p. 123.

¹⁶⁵ Podría llamársele principio de judicialización del control de la sanción o administración de la sanción, para sustituir lo de “ejecución de la pena”. Cfr. Nota 95.

¹⁶⁶ El diseño implica la actividad jurisdiccional pero sólo como recurso con carácter meramente revisor de última instancia.

grupo fue pionero Brasil (1922). Actualmente, y desde muchos años, se incluye también España, Francia, Italia (que fue pionero en Europa), Polonia etc.

En el segundo grupo, con mucha civilidad y voluntad política, es ejemplar el caso de Suecia; si bien este país presenta a favor un elevado nivel cultural y baja conflictividad interindividual, es destacable que la labor que se realiza tiene como pilares la humanización y resocialización.¹⁶⁷ También figuran con sistema netamente administrativo, Alemania; Suiza, con un sistema de control judicial indirecto, ya que es el órgano jurisdiccional quien determina el internamiento de “anormales” peligrosos, y otras medidas de seguridad, que por cierto, fueron concebidas originalmente por Carlos Stoos, nativo de ese país. Se impone decir que Suiza tiene un importante catálogo de sanciones, donde sobresalen los denominados –sustitutos penales–.

En este grupo también se cuentan los países del ámbito anglosajón, como Estados Unidos, Escocia, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, en los que, hoy día, ven con preocupación la necesidad de instaurar sistemas análogos al de la judicialización de la “ejecución penal”, para procurar la óptima reinserción del reo, diseñando teorías de verdadera solución al problema como la del derecho terapéutico.¹⁶⁸ Al respecto, han instaurando incluso, tribunales con función específica para tratamientos (no en fase de cumplimiento), a estos tribunales se les llama Tribunales de resolución de

¹⁶⁷ La pena por compurgar prácticamente es indeterminada para la generalidad de los delitos, expone Bachs i Estany, a la fecha de su publicación (1992), que la Ley penal contempla la perpetuidad para casos insalvables, pero generalmente el sistema se sustenta en régimen de prisión abierta. Las penas son de 14 días a 10 años y en caso de concurso no pueden rebasar los doce años. Las sanciones más utilizadas son la multa, condena condicional, supervisión, prisión y sometimiento a tratamiento especial. Todo esto nos da una idea del carácter científico de su sistema de administración de sanciones.

¹⁶⁸ La *therapeutic jurisprudence* nació como doctrina en el medio académico, pero ya tiene acogida en la práctica postpenitenciaria, se ha creado la figura del agente terapéutico, y se estudia la posibilidad de crear Juzgados de reinserción. B Wexler y Calderón, Jeanine. El Juez de vigilancia penitenciaria: Un modelo para la creación de Juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del derecho terapéutico. WWW.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004art1.pdf

conflictos, concretamente:¹⁶⁹ “Juzgado de tratamiento de drogas”, “juzgados de violencia doméstica”, “juzgados de salud mental”, “juzgados de adolescentes” etc., Estos tribunales solucionan el problema judicial, pero están más atentos a resolver los factores criminológicos causales que dan vida al delito de manera recurrente, lo cual los hace eficaces para disminuir los índices delictivos. Se trata de una verdadera prevención especial del delito mediante juzgados especializados, como en México tenemos a los juzgados de justicia para adolescentes cuyo sistema es muy diferente (más científico) al de justicia para adultos. Pero también es destacable en México que el Poder Judicial del estado de Nuevo León haya incursionado en esta experiencia a modo de los tribunales estadounidenses, creando un “Tribunal para el tratamiento de adicciones”.¹⁷⁰

Como complemento de la función de esos juzgados especializados, en los países anglos, buscan pues, en la fase de “ejecución” o de administración de sanciones, que sea también un órgano jurisdiccional quien se encargue de ventilar directamente el tratamiento del reo, y cesar de esa función al órgano administrativo.

En México, y como ha ocurrido en otros países (Ej. Argentina), se ha judicializado el control de las sanciones solo en parte del país. Como se ha dicho, existe actualmente en nuestro país una reforma constitucional integral al sistema procedimental de la materia, incluyendo en ella la judicialización del cumplimiento de las sanciones, dando lugar pues, a la figura que comúnmente se le ha llamado “juez de ejecución penal”. Incluso, a la fecha, operan ya bajo esa nueva mecánica jurídica, varios estados de la república, en el caso del estado de México, hasta se anticipó a la iniciativa que dio luz a dicha reforma.

¹⁶⁹ Winick, J. Bruce. “Justicia terapéutica y los juzgados de resolución de problemas”.
www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/jylosjrp-brucewinick.pdf

¹⁷⁰ Replica el modelo de las “Droug Courts” de EUA, que también se ha implementado en países como Canadá, Jamaica, Chile, Colombia y Puerto Rico.
http://amij.org.mx/M_experiencias/Experiencias2010/EXPERIENCIA_STJ_NUEVO_LEON.pdf

2. Juez de vigilancia penitenciaria Español.

De acuerdo con las sentencias 129/95, 128/96 y 39/97 del Tribunal Constitucional,¹⁷¹ las funciones del Juzgado de vigilancia penitenciaria, son, velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, es decir, hacer valer el llamado principio de legalidad “ejecutiva” y la garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Resolver en vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, y en general salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones en que incurra la autoridad cumpliendo los preceptos del régimen penitenciario (Ley Orgánica General Penitenciaria).

La Audiencia Provincial de Madrid ha calificado el Código Penal como deficiente en la claridad de su texto¹⁷² para determinar las competencias o funciones del Tribunal sentenciador y el Juez de Vigilancia Penitenciaria, creando incluso ambigüedades o duplicidad de funciones en ambas competencias.

Debe hacerse hincapié en este punto, porque al transcurso de más de treinta años las anomalías legislativas persisten. La magistrada con destino en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria número 3 de Madrid, María del Prado Torrecilla Collada, refiere¹⁷³ que desde un inicio, al operar los tribunales de vigilancia penitenciaria, lo hicieron con una gran **carencia de normas procesales**, y actualmente, le parece intolerable que pasados treinta años de la vigencia de la Ley, persista la ausencia de normas procesales específicas. Carencia que se ha suplido con los criterios

¹⁷¹ www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/jvp.htm

¹⁷² En autos del 904/97 de fecha 23 de julio de 1998, y 1/98 de fecha 8 de enero de 1998.

¹⁷³ Publicado en diario “La Ley”, número 7250. Sección tribuna, 28 de septiembre del 2009. Año XXX. Referencia D-299.

comunes de actuación que fijan periódicamente los Jueces de Vigilancia Penitenciaria en las reuniones que ex profeso programan.

También esgrime la funcionaria que no se han concretado las funciones que se atribuye a los jueces de vigilancia, porque no están adecuadamente definidas, lo que ha supuesto conflictos entre la autoridad administrativa con el tribunal de vigilancia penitenciaria.

La definición de las competencias, agrega, debe ser muy concreta y exhaustiva, huyendo de definiciones generales, que también propician conflictos competenciales entre los tribunales sentenciadores y de vigilancia penitenciaria.

Estos comentarios deben ser tomados muy en cuenta, pues es probable caer en la misma problemática al instaurar este nuevo sistema en México. De sobra conocida es la actitud comodina de las legislaturas para limitarse a copiar de otras leyes análogas sin realizar un verdadero análisis previo, para calificar yerros o incluso, adecuar aquella normatividad a una circunstancia socio-jurídica propia. El marco jurídico en nuestro estado ya está establecido con la renovada Ley de ejecución de sanciones penales. Ha habido la propuesta de crear un código federal de ejecución de sentencias¹⁷⁴ donde se definan categóricamente todos los detalles de fondo y forma en torno a la funcionalidad de los tribunales de administración de sanciones; sin embargo, no es necesario ahondar para justificar que ese cuerpo normativo se denomine mejor como Ley de administración de sanciones penales, la acepción de ejecución de sentencias es más abstracta, y además, buena parte del cumplimiento de las sentencias lo hace el propio juez sentenciador; pero lo más importante es que, “ejecutar” las sanciones, no es justamente “ejecutar la sentencia”, sino que, administrar las sanciones constituye una búsqueda para elegir la sanción correcta que procure la

¹⁷⁴ Rivera Montes de Oca, Luis. *Juez de ejecución de Penas*. Capítulo 4.4

reinserción positiva del reo.¹⁷⁵ Por lo tanto, es más apropiada la denominación que se encuentra en uso; aunque, el contenido normativo es el mismo llámese de una u otra forma.

Por último, señalo una precisión de la funcionaria española antes mencionada, que debe hacerse patente en la legislación: **“Salvo en el aspecto concreto de la custodia física del recluso, la administración penitenciaria actúa subordinada a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria”**.¹⁷⁶ Esto es congruente porque el sistema penitenciario debe instituirse para cumplir el sentido de la pena de prisión. Y el sentido de dicha pena es interpretado por el órgano jurisdiccional, no el administrativo, así es que, es el funcionario judicial quien llevará la batuta de las acciones en pro de la transformación del reo conforme a los acordes de la nueva filosofía de la reinserción social positiva. Haciendo las precisiones necesarias se evitarán roces o fricciones entre ambas autoridades, la judicial y la administrativa.

2.1 Artículo 76 de la Ley General Orgánica Penitenciaria.¹⁷⁷

“Artículo 76.

1. El Juez de vigilancia tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las Leyes y Reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse.

2. Corresponde especialmente al Juez de vigilancia:

- a. Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo,

¹⁷⁵ En ese sentido Doñate Martín, Antonio. Óp. Cit. p. 17

¹⁷⁶ El proyecto de la ley federal de ejecución de sanciones penales prevé esa situación, precisando sobre la competencia de la autoridad penitenciaria, que será un auxiliar del Juez (art. 7).

¹⁷⁷ http://noticias.jurídicas.com/base_datos/Penal/lo1-1979.t5.html

- asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores.
- b. Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan.
 - c. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena.
 - d. Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.
 - e. Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.
 - f. Resolver en base a los estudios de los equipos de observación y de tratamiento, y en su caso de la central de observación, los recursos referentes a la clasificación inicial y a progresiones y regresiones de grado.
 - g. Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficio penitenciarios de aquellos.
 - h. Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que prevé la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiendo el Juez Central de Vigilancia Penitenciaria recabar para el ejercicio de dicha función el auxilio judicial de los Jueces de Vigilancia Penitenciaria del lugar en el que radique el establecimiento que ha de ser visitado.
 - i. Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado.
 - j. Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del director del establecimiento.

Artículo 77.

Los Jueces de vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

Artículo 78.¹⁷⁸

1. En lo que respecta a las cuestiones orgánicas referentes a los Jueces de vigilancia y a los procedimientos de su actuación, se estará a lo dispuesto en las leyes correspondientes.
2. Los Jueces de vigilancia tendrán su residencia en el territorio en que radiquen los establecimientos penitenciarios sometidos a su jurisdicción.

¹⁷⁸ La magistrada Torrecillas Collado considera insuficiente el contenido de la ley, sugiere que esas “leyes correspondientes” que marca este artículo, son inexistentes. Califica de escueta la remisión que se hace hacia los preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues solo referencian las visitas penitenciarias, y opina además, que se incumple con lo dispuesto en el transitorio primero.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA PRIMERA.

Hasta que se dicten las normas referidas en el artículo 78, el Juez de vigilancia se atenderá a los artículos 526, 985, 987, 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.”

Como podemos advertir resulta cierta la reticencia normativa reguladora de la función jurisdiccional en materia de administración de sanciones que existe en el sistema Español. Ya **tenemos testimonio de que lo escueto de esas disposiciones jurídicas ha generado problemas importantes, por ello, aprendamos de la experiencia ajena y tomemos las debidas prevenciones para contar con una Ley útil.**

3. La vigilancia o supervisión penitenciaria.

La vigilancia penitenciaria consiste, generalmente en la actividad oficiosa que realiza el funcionario judicial sobre la infraestructura material y humana de los servicios penitenciarios, merced a una facultad que le es otorgada por la propia Ley. Tal vez sea Italia el país que más ha desarrollado esta faceta de la actuación judicial en el campo penitenciario con la figura que denominó “Juez de supervisión penitenciaria”.

Uno de los mayores problemas con los que puede enfrentarse el titular de los tribunales encargados de administrar y hacer cumplir el sentido de la sanción impuesta, está justamente en esta función supervisora. Por una parte, el riesgo de friccionarse con la autoridad administrativa quien es objeto de las recomendaciones que se emiten como resultado de esas supervisiones. Debe evitarse la posibilidad de que el funcionario judicial en un afán de celo profesional por cumplir con la encomienda de la vigilancia o supervisión se convierta en superdirector de los centros penitenciarios, o en un híbrido juez-agente penitenciario,¹⁷⁹ con los conflictos que le acarrearía por una supuesta intromisión en las actividades

¹⁷⁹ Conde Pumpidu, Manuel. Jornadas. p. 31. También en este sentido Doñate Martín, Antonio. “Jurisdicción de vigilancia penitenciaria, naturaleza, órganos y competencia”. p. 33

de la administración penitenciaria.¹⁸⁰ Al juez por nada debe competerle la organización y el desarrollo de los servicios penitenciarios.¹⁸¹ Ruiz Vadillo incluso apuntó, “este juez no debe ser un vigilante, sino un ordenador”.¹⁸²

Por otro lado, la óptica que se ha tenido para considerar a este órgano jurisdiccional como la panacea de solución para toda la problemática penitenciaria, ha llevado a muchos países donde existe esta figura, a rebasarla en sus capacidades.¹⁸³ Es decir, que se le han encargado muchas tareas de las que no puede dar cabal cuenta, al menos no óptimamente, ya que supera sus posibilidades materiales. Tal situación, habiéndose hecho crítica en la experiencia de algunos países, ha revertido el beneficio que se esperaba al crear esta figura, al punto de considerar el retorno a un sistema impuro, o sea, eminentemente administrativo.

Mi propuesta, a fin de evitar caer en esa problemática sería, no soslayar por parte del Poder Judicial esa función que de manera congruente le es encomendada,¹⁸⁴ pero no centrarse en ella como una de las actividades fundamentales del juez de reinserción que ya estará bastante ocupado con la función jurisdiccional de la administración de sanciones, y otras tareas jurídicas.¹⁸⁵ Si se ve de esa manera es como dar por hecho y ver de manera natural que tiene que haber abusos y deficiencias por parte de la función de las autoridades carcelarias. De hecho, la actividad fiscalizadora de la

¹⁸⁰ Dice Heriberto Ascencio Cantisan que “cada poder tenga su parcela definida y no exista intromisión de unos en otros”, *El juez de vigilancia*. p. 15.

¹⁸¹ Rivera Montes de Oca, Luis. *Juez de ejecución de penas*. (presentación).

¹⁸² Citado por Borja Mapelli Camarena. La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/mapelli16.htm>.

¹⁸³ Tal es el caso de España, pues en la primera reunión de Jueces de vigilancia penitenciaria en 1982, entre los problemas más graves que se plantearon fue la imposibilidad material de asumir todas las funciones que les fue encomendadas. Comentado por Borja Mapelli. *Ibíd.*

¹⁸⁴ En efecto, no demerito en nada la importancia de la fiscalización penitenciaria, pues incluso en algunos países se ha exigido su mejor regulación para que sea efectiva, tal es el caso de Costa Rica, donde fue planteado al congreso por los penalistas especializados, la precisión en la norma, entre otras cosas, sobre la periodicidad de las visitas de inspección.

<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/armijo07.htm>

¹⁸⁵ Cargarle esta tarea sería constreñirla a la burocratización, en palabras de Borja Mapelli, citado por Ascencio Cantisan, sabemos que en España fue frustrante la experiencia porque pasó justamente eso, opinando dicho jurista que con el tiempo el juez de vigilancia se convertiría en un apéndice de supervisión formal. *Op. Cit.* Pág. 12.

autoridad judicial no debería existir si hay calidad en el servicio penitenciario. Sin embargo, como no es así se hace necesario pero no en la medida que se concibe. Lo que debe hacerse es ceñir al ejecutivo para que tome medidas asertivas en el sentido de mejorar las condiciones carcelarias e instruir y capacitar a los servidores públicos, para disminuir esa necesidad de actuación supervisora, tanto las que se realizaría de manera periódica y general cuanto a la supervisión o revisión cuando es instado el juez por un recluso sentenciado, merced a una queja formalmente interpuesta por actos de la administración penitenciaria, pues debe verificar las circunstancias que le aleguen o le sean expuestas, y que sean atentatorias de las prerrogativas fundamentales del interno, siendo él garante de ello.

La tarea supervisora de los servicios generales penitenciarios, es sumamente importante, ya que no solo debe constatarse que se cumplen las normas mínimas en el tratamiento carcelario, además se tiene la facultad y obligación de denunciar públicamente las arbitrariedades que hubiere, y tomar determinaciones para remediarlas. Aparte de las condiciones físicas de la prisión para dar un trato digno al recluso, se debe velar por que se cumplan las medidas básicas de socialización. El trabajo en la cárcel es un mito, pues ni se tiene la infraestructura necesaria, ni existe la voluntad política por adecuar el régimen a un sistema legal penitenciario que pregona la autosuficiencia (personal e institucional), y menos aun la capacitación técnica en algun arte. Será tarea del funcionario judicial, denunciar la falta de programas para instrumentar el trabajo obligatorio (en cierto sentido y con las restricciones que marca la ley), como terapia ocupacional y fuente de sustento, e insistir, hasta que deje de ser letra muerta la ley en este aspecto, ya que el trabajo es, además y principalmente, un derecho civil que otorga la Constitución a toda persona (artículo 123) y que está acogido por el derecho internacional como uno de los principales derechos fundamentales del individuo. Luego entonces, toda

persona detenida tiene derecho a ser empleada o a tener una actividad remunerada, y el Estado está obligado a ofertárselo. También en lo que toca a la capacitación al trabajo, que debe ser variada para diferentes artes, el Estado está obligado a hacerlo como parte de la oferta de socialización que ofrece al reo, ya que se debe prever que una vez excarcelado estará en aptitudes de ser una persona productiva.

La educación, como se asienta en el capítulo cuarto del título tercero de la Ley de ejecución de sanciones penales, debe atender el desarrollo armónico de las facultades humanas, y fortalecer los valores consagrados en el artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.¹⁸⁶ La educación es también un derecho social,¹⁸⁷ al cual no se sustrae como titular la población carcelaria. La perspectiva central de la habilitación o adaptación social del penado, es que tanto el trabajo como la educación, primero debe verse como un derecho antes que una obligación para cumplir ese fin. Debe prevalecer primero el interés del detenido, y su elección en las áreas o campos de su interés. Ese interés deberá ser incentivado con la “persuasión” de promisorios beneficios. Si el estado no incluye materialmente en su oferta esos <derechos>, debe existir la facultad de exigirlos.

No puedo dejar de comentar en afán de simple honestidad, que lejos de cualquier ideal dogmático, las pretensiones en materia de supervisión carcelaria no pueden ser ambiciosas, sería como engañarnos y dar por hecho que las prisiones en México tienen condiciones estables conforme al marco normativo. De empeñarnos en verlo de otra manera ocurriría lo que en otros países como en el caso de Italia del que da noticia Accattatis,

¹⁸⁶ Entre esos valores de carácter cívico, se destaca la conciencia nacionalista y los ideales de democracia y justicia en el ámbito universal. Por ello debiera promoverse en las cárceles los honores patrios. Otro aspecto es la instrucción necesaria para erradicar la ignorancia y el fanatismo e inculcar los principios de fraternidad (solidaridad) e igualdad de derechos.

¹⁸⁷ Op.cit. H. Gutiérrez, Mariano. “La crisis de la prisión y la salida por vía de los derechos sociales”.

citado por Ascencio Cantisan,¹⁸⁸ quien menciona que los jueces de supervisión penitenciaria en su país sirven sólo para garantizar la –apariencia- de un control, pero que no suponen un control real, y agrega, que existe falta de voluntad política para que ese órgano tenga realmente un cometido efectivo.

La solución real por tanto, sería que no hubiere la necesidad de una vigilancia judicial permanente, esto es, que las autoridades a las que concierne la administración de la prisión, cumplieran en la mayor medida con los preceptos legales, apegándose a los principios penitenciarios, y a la nueva cultura de la reinserción social, para que fueran casos de excepción los que dieran motivo de queja. No es imposible esta vía, puede precisarse en la ley y exigirse partiendo de la debida selección de perfiles en esos servidores públicos.

4. La judicialización en la administración de las sanciones.

Al hablar de –administración- judicial en la fase del cumplimiento de las sentencias, la referencia es hacia las sanciones impuestas y sus sustitutivos. Nada tiene que ver con la administración carcelaria o penitenciaria, cuya actividad compete a una autoridad de carácter eminentemente administrativo. La autoridad que regulará el cumplimiento de las sanciones impuestas, tiene carácter eminentemente jurisdiccional. De ahí el comentario en párrafos anteriores, de que no haya necesidad de hacerlo, pues las autoridades administrativas carcelarias serian vigilantes de los procesos de calidad del servicio penitenciario.

Pues bien, la actividad jurisdiccional en esta última fase de la determinación de las sanciones, constituida incluso como un principio político-criminal y como una prerrogativa fundamental del reo, debe centrarse en lo que es la **individualización cualitativa**, ya no cuantitativa,

¹⁸⁸ *El Juez de vigilancia*. p. 10.

porque la punición fue objeto de la sentencia que puso fin al proceso. En esta fase a diferencia de la anterior, el objeto de atención es principalmente el sujeto y su personalidad, ya no tanto el hecho delictuoso y la forma de comisión. Si el reo está privado de su libertad, es importante el diagnóstico que emite el consejo técnico interdisciplinario, sustentado en la evaluación progresiva con base en los estudios técnicos que se le están practicando. **Aplicará el principio de inmediación, y será únicamente el Juez quien decidirá cómo administrar las penas y medidas de seguridad.**

El funcionario judicial hará uso de los medios selectivos de control de la sanción (sustitutivos penales) para elegir el que sirva eficazmente en el tratamiento adecuado para ser reinsertado positivamente. El reo excarcelado, virtud del goce de un sustitutivo, o por cumplimiento de la pena, debe ser observado, incluso apoyado por el aparato gubernativo, para no recaer en el delito; y el Juez debe supervisar y estar al tanto de su progreso y éxito final.

Punto muy importante es precisar y delimitar también las facultades o funciones del juez de la causa, con las que corresponde al juez de control de sanciones, a fin de no generar conflictos de interpretación competencial en razón de la materia. Pero al hacerlo, tampoco se debe caer en el error de otorgar en la ley facultades de control de la sanción al Juez de la causa, porque se desnaturalizaría la función del primero. El Juez del proceso culmina en su sentencia, cuando es condenatoria, con la punición, y sólo aplica, como hasta ahora, las sanciones alternativas y los beneficios de suspensión condicional de sanciones o conmutación de la pena de prisión. También le corresponde imponer las medidas de seguridad que se requiera. Al Juez de control de sanciones, por su parte, le corresponde modificar la punición privativa de libertad mediante los “sustitutivos”, y aplicar las medidas de seguridad que imponga el Juez de la causa, o imponer las que se hagan necesarias cautelarmente durante el tiempo de internación.

5. Tribunales de reinserción social positiva.

Es conveniente poner en claro en qué consiste la reconceptualización de la reinserción social, explicar a que se debió ese cambio en el texto constitucional, y cuál es la naturaleza de este nuevo enfoque, a la luz de una política criminal más humanista¹⁸⁹ y también realista.¹⁹⁰ No puede causar sorpresa que el grueso de los especialistas en la materia adolezca de la percepción semántica sobre ese término conceptual, si por ejemplo, un insigne jurista como el Doctor Sergio García Ramírez ha calificado el término de reinserción social, como “exento de mayor designio”.¹⁹¹

Existe el antecedente, que cuando se introdujo a la Constitución mexicana el término de “readaptación”, se superaba un concepto pobre que databa desde su promulgación original en el año 1917, se desfasaba el propósito de “regenerar” al criminal como fundamento de la pena, lo que presuponía que el delincuente era una persona degenerada.¹⁹² En aquella época (1964-1965) con una noción más precaria de la criminología y otros campos científicos de la etiología del delito, hablar de readaptación sin duda era un notable avance.¹⁹³ Ahora con la óptica de la sociología jurídica, la antropología jurídica, la psicología jurídica, etc., podemos advertir a *prima facie*, que el término de readaptación aplicado como justificación del sistema de justicia penal, es una falacia, ya que no se

¹⁸⁹ Como ya lo he expuesto, están presentes los postulados del derecho terapéutico (*therapeutic jurisprudence*), doctrina surgida en el derecho anglosajón de corte muy humanista, que en sus principales premisas está la de considerar al delincuente como un sujeto y no como un objeto del derecho. Cfr. Nota 165.

¹⁹⁰ En el prisma de esta nueva cultura de justicia en materia de aplicación de sanciones, no escapa a la mirada de la corriente de pensamiento del *realismo sociológico*, que se desentiende un poco del derecho positivista, concebido fríamente como el conjunto de normas o mandatos, para ahora, hacer una vinculación a los fenómenos del mundo empírico, y a los contenidos normativos no jurídicos de tipo político, social, moral etc. Se percibe al derecho más como fenómeno social que como pura norma vigente.

¹⁹¹ Constitución Política de México comentada. Instituto de Investigaciones jurídicas. Porrúa. 20va. edición. México 2009. p. 379

¹⁹² Dicho por Miguel Sarre. <http://www.miguelsarre.com/2010/10/debido-proceso-y-ejecucion-penal.html>.

¹⁹³ Por cierto, el Doctor García Ramírez fue uno de los impulsores de esa importante reforma.

puede (re)adaptar, lo que otrora no estaba adaptado, ni se puede (re)educar, otro término muy empleado, si antes no se estuvo educado. Pero tampoco se puede (re)adaptar, a quien nunca se desadaptó, como en el caso de quien cae en el delito por factores meramente circunstanciales. Y nuestra realidad sociológica y la estadística criminal nos indican, que el mayor porcentaje en los índices delictivos se trata de delitos “bagatela”¹⁹⁴ cometidos por personas extraídas de lugares donde son ausentes los programas de política social, lo cual las convierte en zonas marginadas, donde vive gente con pobres expectativas de vida, que por sus condiciones socio-económicas nunca se educó ni estuvo adaptada conforme a los parámetros de la clases sociales que se elevan sobre la de ellos, es decir estamos frente a sujetos **inadaptados**, y no desadaptados.¹⁹⁵

Por otro lado, en una segunda perspectiva, el término de “readaptación social” es utópico si se confronta el contenido de la norma vigente sobre derecho “ejecutivo” penal, con el pragmatismo burocrático, mecanizado, deficiente, apático y mediocre de las instituciones penitenciarias. O sea, que jamás podrá ser “readaptado” un delincuente si para ello sólo contamos con la pura Ley y no lo operamos en la práctica por la deficiencia en las estructuras y la falta de voluntad en los servidores públicos. De nada sirve que la norma prescriba las condiciones en que una persona compurgue una pena, y como sea tratado, si no se obedecen esas instrucciones.

¹⁹⁴ Se le llama así en la jerga jurídica a los delitos de poca importancia, comúnmente se hace una referencia a los robos de poca cuantía, lesiones leves etc. Que si bien en el delito de robo de poco monto el hecho toma otro cariz (calificado) por la modalidad de ejecución, esto solo toma relevancia para tener una libertad provisional, finalmente la punición es poca, y es asequible que se le suspenda o conmute.

¹⁹⁵ La ciencia sociológica, y en el particular, la criminología social, ha puesto de manifiesto los factores criminógenos causales producto de la desigualdad social. Con relación a este tema, las obras de González de Durana, Ana Arriba. “*Procesos de vulnerabilidad y exclusión social*”. Y Hernández Pedreño, Manuel (coord.). “*Exclusión y desigualdad social*”. Sobre este panorama se cimenta el concepto de culpabilidad por vulnerabilidad, acuñado en la criminología crítica, con exponentes en Italia con Alesandro Baratta y en América latina con Zaffaroni.

Por todo ello, cuando ya no ha podido mantenerse el engaño del discurso demagógico de la “curación social” a través de la cárcel, ni seguir encubriendo el relativo fracaso del sistema penitenciario, es que con una actitud honesta, se retrotrae el discurso político criminal para advertir que el delincuente generalmente no es un enfermo social, sólo es una persona desintegrada, desinsertada, vulnerable de sus condiciones socio económicas, que lo han endurecido y hecho apático frente a la propuesta del pacto social en el que se considera en desventaja, porque el estado no le tiene un oferta viable de supervivencia, y para él la sobrevivencia anárquica es su mejor camino. Es innegable el estándar caracterológico que se describe del grueso de la población penitenciaria en muchas partes del mundo: “jóvenes, principalmente, hombres solteros que provienen de los estratos sociales y económicos más bajos de la sociedad. La mayoría de ellos sin aptitudes laborales, pobremente educados y con antecedentes de inestabilidad laboral. Muchos con antecedentes penales y autoconcepto bajo, carecen de metas significativas en la vida; una buena parte son deficientes mentales, inestables emocionalmente y propensos a la violencia y otras conductas desviadas”.¹⁹⁶ En este sentido, se trata de sujetos que jamás estuvieron adaptados al medio social en el estándar de conducta deseado. Son sujetos que no fueron ilustrados ni tuvieron la oportunidad de tener una mejor influencia en su formación formal e informal.

Cito para ilustrar lo antes dicho, con un caso real¹⁹⁷ entre cientos que existen de esa naturaleza, el de un delincuente por un hecho menor (delito bagatela), de aproximadamente **18 años de edad**, ya que desconoce concretamente su fecha de nacimiento, **analfabeta**, de **trabajo eventual** con ingreso de **cincuenta pesos por jornal**, y aficionado a las bebidas embriagantes y a la marihuana; **sin religión**; **huérfano** de padre, tiene

¹⁹⁶ Melgoza Radillo, Jesús. Op. Cit. P. 107

¹⁹⁷ Proceso penal número 156/2010 instruido en contra de Daniel Caracosa Heredia por la comisión del delito de robo. Ventilado en el Juzgado penal del Distrito judicial de Zacapu, Michoacán.

padraastro y siete hermanos; **primodelicuyente**. En su declaración preparatoria acepta que los hechos los cometió bajo la ingesta de drogas, y refiere: "... yo nada mas le quebré el vidrio al carro y no saqué nada y le corrí para arriba todo espantado porque sonó la alarma, pero la "neta" yo no agarré nada y **la verdad me dejé agarrar por la policía porque yo ya nada mas ando sufriendo en la calle, porque mi padraastro me corrió de la casa** y ya no tengo nada más que agregar".

Ahora pregunto, ¿la cárcel "readaptará" a este sujeto?, ¿le será siquiera de mínima utilidad?, responder afirmativamente revelaría demasiada ingenuidad e ignorancia. La cárcel es una escuela del crimen, pero la defensa social impele a que se le segregue, porque va a seguir delinquiendo, ya que la prisión, por muy dramático que parezca, es su mejor alternativa de vida. Estas son las realidades que no puede perder de vista el Tribunal de reinserción social, no puede continuar el engaño que ha subsistido por todo el tiempo, intrasistemáticamente y hacia la sociedad.

5.1 Visión de la reforma. Con el enfoque sociológico mencionado en líneas *supra*, al sustituirse el desfasado término de "readaptación", por el de reinserción social se contextualiza una nueva visión del sistema, ya que no se trata de un cambio ocioso de redacción, va implícita una mística de – transformación-. Se trata de un paradigma que enfatiza el trato humano a todo prisionero, **valorándolo como sujeto¹⁹⁸ y no como objeto de derecho.¹⁹⁹** La ley deberá poner énfasis en los derechos del individuo frente al estado, y no a la inversa.²⁰⁰ Debemos focalizar este concepto además en el marco de una filosofía, de lo contrario quedaría en abstracto

¹⁹⁸ Al considerarlo un sujeto de interés público, un verdadero sujeto de la relación procesal sancionatoria, implica que se le deben reconocer sus derechos subjetivos atento al principio de reserva penal.

¹⁹⁹ Así lo previene la justicia terapéutica. Y se concibe también en el medio jurídico, Vgr. en la justificación del foro nacional "hacia la armonización del marco normativo en materia de ejecución de sanciones penales". 8 y 9 de Septiembre del 2010. Convocado por el Consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal.

²⁰⁰ Consideración sexta de la iniciativa de decreto para expedir la ley federal de ejecución de sanciones.

su percepción, con el riesgo de caer en una dispersión conceptual. Esa filosofía está contenida en las doctrinas del derecho terapéutico y de la justicia restaurativa, a las que se ha hecho referencia en otros estadios de este trabajo.

El concepto de “reinserción” ciñe a la transformación del “ofensor”,²⁰¹ generalmente en estado de vulnerabilidad²⁰² o inadaptado socialmente, en un ciudadano útil, con una investidura cultural que lo comprometa con el pacto social. Pero lo más importante, es procurar en algunos casos, no trastocar la personalidad de alguien que etiológicamente no requiere tratamiento alguno (delincuentes circunstanciales). En este proceso, el de reinsertar positivamente en el conglomerado social al reo aprisionado, o incluso, aunque no estuviera privado de su libertad,²⁰³ la autoridad gubernativa juega un papel muy importante no en una posición paternalista, sino asistencial y de apoyo. En este sentido podemos decir en lenguaje de la justicia restaurativa, que el resultado tiene carácter de **restauración social**. En realidad, el contenido de la reinserción social positiva, como principio y no como regla, implica prodigar un trato **constructivo**, ya no correctivo.

Para hacer precisiones sobre las diferencias que existen entre el sistema que prevalece actualmente, con el que se propone, diríamos que, hoy día, el sentido de la reinserción social es lacónica, es sólo eso, un

²⁰¹ En materia de justicia restaurativa se propone dar un mote distinto al que tradicionalmente se ha dado al autor de un delito, evitando estigmatizarle, y va en ello el sentido de ese modelo de justicia, donde se es incluyente para restablecer el orden social por cualquier daño causado, al sujeto activo del ilícito penal, no solo a la víctima.

²⁰² Existe una tesis sostenida en América latina por el Dr. Zaffaroni, bajo una perspectiva sociocriminológica, sobre una culpabilidad por vulnerabilidad, que defiende desde una postura agnóstica de la pena por las fallas éticas que existen en el sistema de justicia. La idea es brillante pero aun no se ha desarrollado en el campo de la dogmática penal. Citado por Gómez Urso, Juan facundo. “La culpabilidad por vulnerabilidad. Ética y legitimidad del reproche desde el saber penal”. www.pensamientopenal.com.ar/17092007/neuquen01.pdf. “Culpabilidad por la vulnerabilidad”. Discurso doctorado honoris causa del Dr. Zaffaroni. Macerata, Italia. 2002. <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/zaffamacerata.htm>.

²⁰³ Miguel Sarre refiere “Cuando estamos frente a una pena no privativa de la libertad, la reinserción social obviamente no implica los servicios propios del régimen en reclusión, sino el cumplimiento de la pena con apego a derecho”. Cfr. Nota 183. Para afinar diría yo, que el principio de reinserción social positiva, es el fundamento de todo tipo de sanciones, no solo de las penas.

simple proceso de reinsertación del reo en la sociedad,²⁰⁴ ni siquiera verificable, y por ello, con alto grado de negatividad (reincidencia delictiva). A futuro, siguiendo estos lineamientos, la **reinserción social** podrá ser **positiva**.

5.2 Misión de la reforma. La misión está en el papel y el desempeño que tengan los servidores públicos involucrados en todo el engranaje del sistema de aplicación de sanciones. Se cimenta en dos aspectos: preservar las garantías de legalidad administrativa sancionatoria, debido proceso y seguridad jurídica del reo. Y salvaguardar los derechos fundamentales del reo prisionero. Para que la reinserción social sea positiva, debe ser verificable, eso sólo se logra a través de **procesos de calidad²⁰⁵ en el servicio de la administración carcelaria y en el control de sanciones, con aptitudes profesionales, vocacionales, interpersonales, y actitudes proactivas y humanas**. También en la infraestructura material, ya que deben existir establecimientos adecuados para hacer factible la aplicación de algunas medidas de seguridad (tratamientos de deshabitación, psicológico, etc.).

En primer lugar, los operadores oficiales (u honorarios si los hubiere), cumplen un papel de agentes terapéuticos cuya actuación se cimenta en variados principios como el de aptitud interpersonal, que desburocratiza los procedimientos de la determinación cualitativa de la sanción. El funcionario interactúa con el sentenciado como un verdadero agente de cambio, la mirada es hacia el futuro no hacia el pasado. Hay un aspecto importante distintivo de esta fase del sistema, con la que le precede, que es la de la punición; al individualizar cuantitativamente la

²⁰⁴ F.J. Alvarez García, define la reinserción de esa manera, “un proceso de reintroducción del individuo la sociedad”. Citado por José Zaragoza Huerta. *Derecho penitenciario Español*. p. 8

²⁰⁵ No sería descabellado procurar la certificación de esos servicios aplicando alguna de las normas ISO específicas para instituciones de justicia o penitenciarias. En algunos países como Argentina, se ha logrado certificar el servicio de las instituciones de justicia.

sanción, el criterio fundamentador es el del juicio de reproche atento a la culpabilidad de acto, no de autor. Por el contrario, al administrar la sanción (individualización eminentemente **cualitativa**), se atiende a la personalidad del sujeto y ya no tanto al hecho delictivo.²⁰⁶ Aplica aquí un apotegma expresado así: “La penitenciaría sólo recibe al hombre, quedándose el delito a la puerta.”²⁰⁷ La carga operativa se centra sobre el “ofensor”, en el cambio de actitud, de conciencia y aptitudes para enfrentar la vida en sociedad, y la perspectiva del delito pasa a ser sólo un referente causal, la causa por la que se encuentra este sujeto en foco del aparato de justicia.

6. Facultades del órgano jurisdiccional administrador de las sanciones.

La figura del llamado Juez de Ejecución Penal ha sido considerada donde es vigente la norma rectora de la judicialización de la sanción, como un órgano jurisdiccional especializado, con funciones de vigilancia, decisorias, y consultivas, encargado de la administración de las penas y medidas de Seguridad, acatando el principio de legalidad, garantizando los derechos de los internos y corrigiendo los abusos y desviaciones que puedan producirse por parte de la Administración Penitenciaria.

Podemos clasificar sus funciones en los siguientes rubros:

I) Facultades decisorias al determinar un tratamiento en externación, al conceder beneficios de libertad anticipada, o incluso, al emplear la retención; y al resolver sobre una modificación no esencial de la pena. También al resolver peticiones y quejas que afecten a los derechos fundamentales de los internos con relación al régimen y al tratamiento;

²⁰⁶ En la introducción del código modelo de la CONATRI, en el punto cinco relativo a la ejecución de sentencias, se dice incluso que el dictamen multidisciplinario del reo será atendiendo criterios en razón de la persona, no de la punición.

²⁰⁷ Frase célebre del excelso penitenciarista Coronel Manuel Montesinos y Molina (1815-1897). Citado por Melgoza Radillo, Jesús. La prisión. p. 67. Y por el Dr. José Zaragoza Huerta en su ponencia presentada en el foro nacional “hacia la armonización del marco normativo en materia de ejecución de sanciones penales”. 8 y 9 de Septiembre del 2010. Convocado por el Consejo de coordinación para la implementación del sistema de justicia penal.

II) Facultades resolutorias de la segunda instancia, al resolver recursos de apelación sobre la aplicación de sanciones disciplinarias a internos y sobre otros aspectos penitenciarios.

III) Facultades supervisoras de las condiciones penitenciarias, al ser garante de todos los derechos del penado; concernientes, por ejemplo, a la utilización de medidas de manejo y de traslados de los internos dentro del ámbito físico de la administración penitenciaria, de las condiciones humanas de su estancia, las restricciones a sus comunicaciones, etc., el principio de reserva, debe ser norma rectora de esta función, y el Juez estará presto a atender la queja sobre cualquier anomalía en éste sentido; pero, insistiendo, cuando se trate de supervisiones oficiosas, debe delegarse esta función en un área administrativa del Poder Judicial, que es congruente, y además práctico para no sobrecargar al Juez con todo tipo de tareas;²⁰⁸ y,

IV) Facultades consultivas al formular propuestas a las autoridades competentes sobre materias que no figuran propiamente entre sus competencias, pero le conciernen indirectamente en pro de un mejor desenvolvimiento del régimen y tratamiento penitenciario.

6.1 Administración de las sanciones.

La administración de sanciones se encuentra entre las facultades decisorias de este órgano jurisdiccional. La inminente individualización judicial administrativa de la sanción en Michoacán, debe superar el abandono histórico en el que se ha tenido a la individualización “ejecutiva” de carácter eminentemente burocrático-administrativo. Digo abandono, porque el puro discurso y la letra de los textos normativos no cuenta como logro.

²⁰⁸ Consúltese el comentario vertido en este mismo capítulo, apartado tres, relativo a la vigilancia penitenciaria.

Ejecutar la pena no debe significar ya mas, el simple cumplimiento de una sentencia ejecutoriada, si no, lo que implica una administración de sanciones, o sea, la búsqueda de medidas que resulten de mayor idoneidad y la elección de sustitutivos de la prisión que pugnen por la reinserción social positiva, es decir, la reintegración útil, o al menos inocua, del penado en la vida comunitaria, lo que se traduce al apotegma empleado por algunos para definir la reinserción social, como: “una vida futura sin infringir la ley”.²⁰⁹ Lo cual, en mi opinión, no puede ser garantía, puesto que existen personalidades criminológicas refractarias a cualquier oferta de integración social. Siempre va a existir un penado que por atavismos particulares desdeñará las bondades de un sistema penitenciario humanista. Por tal razón, la nueva administración de sanciones, en aquella tarea de elección de instrumentos jurídicos, debe revitalizar la figura jurídica de la retención, en un afán mínimo de defensa social, buscando la eficacia incapacitadora.²¹⁰ Además de tener un control de supervisión pos penitenciaria para reducir los riesgos de la reincidencia.

Debemos destacar algo imperante en esta fase de la justicia penal, la salvaguarda de las condiciones del debido proceso y la seguridad jurídica del penado así como el respeto irrestricto a sus principios procesales como el de proporcionalidad, imparcialidad, racionalidad y equidad. Existen varios principios en esta etapa última del proceso de justicia penal que cobran forma al judicializarse el cumplimiento de las sanciones. Las han diversificado de muchas formas, pero el criterio más homogéneo es el que precisa como principios básicos a la legalidad “ejecutiva”, la resocialización, la judicialización y la inmediatez. Y menciona como

²⁰⁹ En este sentido Doñate Martín. Óp. Cit. p. 17

²¹⁰ Es una de las valoraciones del aprisionamiento sancionador, cuando se trata de delincuentes recalitrantes, a fin de limitar la acción antisocial. Melgoza Radillo, Jesús. Op. Cit. P 108.

subprincipios, el de reserva, de humanidad, de igualdad y el de progresividad.²¹¹

Del principio de legalidad como eje vertebral del sistema de justicia, se desprende la garantía conocida en la doctrina como “legalidad ejecutiva penal”. El artículo 14 de nuestra carta magna, además de la garantía de legalidad criminal y la de legalidad penal, de sobra conocidas, contiene también la garantía de legalidad “ejecutiva” penal, que asegura el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad con apego a las normas legales, entre éstas, las que rigen en la relación jurídica penitenciaria.

El principio de resocialización ya comentado en el capítulo primero, apartado 3.1.3.4, implica de primera mano, entre otras cosas, que los llamados beneficios de libertad anticipada anotados en el capítulo segundo, apartado 4.2, no serán considerados como meras bondades del sistema otorgadas a pleno criterio de la autoridad, sino como satisfacción de un derecho que tiene el penado para probar que es receptivo ya al pacto social, y que está en aptitudes y con la actitud requerida para ser reinsertado a la sociedad.

Aprovecho este momento para expresar una crítica al contenido del artículo 76 bis del Código penal del estado, que hace nugatorio el beneficio de la libertad condicional a ofensores sentenciados por delitos graves, así como a la intención de un congresista de la LXXI legislatura para reformar los artículos 79 y 81 de la Ley de ejecución de sanciones penales ya derogada, para hacer nugatorio todo beneficio de libertad anticipada a los reos de secuestro.²¹² Dicha disposición legal y tal iniciativa de reforma, contravienen el principio de resocialización, pues sin excepción, todo reo que compurga una pena privativa de libertad tiene derecho a ser reinsertado en la sociedad si se ha evaluado satisfactoriamente su comportamiento.

²¹¹ Guillamondegui, Luis. “*Los principios rectores en la ejecución penal*”.
http://www.enj.org/portal/biblioteca/penal/ejecucion_penal/22.pdf

²¹² http://www.eduardosanchez.mx/pdf/I_Ley_de_Sanciones_Penales.pdf

Existen dos errores en ese equivocado criterio de política criminal defensiva. El primero, que en el cumplimiento de la sanción ya no importa tanto el hecho delictuoso, que si fuera grave ya fue punido con una punición severa; lo que importa ahora es la personalidad del reo, y bien puede cometerse un exceso recluyendo por tanto tiempo a un partícipe del delito con un perfil criminológico muy bajo, es decir, alguien que incurrió en el delito por causas criminógenas y móviles no abyectos. El peor error sería el segundo, que después de purgar una pena de muchos años, se expulse de la prisión a un engendro social que nunca tuvo disposición de someterse a ningún tratamiento por no tener el incentivo de la reinserción social. Y concluyo este punto, diciendo que es innecesario ese agravamiento, ya que, de acuerdo con los estudios y el examen progresivo del reo se revelará si es necesario que compurgue la pena de prisión completa, y aún, si requiere ser ampliada su estancia con otro periodo más de cárcel (retención) dada su renuencia.

La judicialización en el cumplimiento de la sanción indica que únicamente el órgano jurisdiccional determinará la individualización administrativa de la sanción. Por ejemplo, en el caso de la pena privativa de libertad, nunca la autoridad penitenciaria intervendrá para aplicar un beneficio o perjuicio derivado de las figuras jurídicas relativas a su cumplimiento. En las evaluaciones que realice el consejo técnico interdisciplinario, el órgano jurisdiccional presidirá las sesiones, dictaminarán en conjunto y será él quien tome las decisiones pertinentes.

La garantía de inmediación será constatada con la dinámica que instrumente el Juzgador al operar de manera directa como agente de cambio, interpersonalizando acciones con el sentenciado en la relación jurídica procesal. Guillamondegui agrega además, "... que los elementos de convicción lleguen directamente al espíritu del sujeto que ha de valorarlos, sin que se interpongan otras personas, porque éstas pueden tergiversar,

falsificar, desdibujar consciente o inconscientemente la verdad, quitando o limitando la eficacia de tales elementos”.

El principio de progresividad se hará patente cuando el tratamiento técnico interdisciplinario, y la serie de evaluaciones que se haga al penado, sea consecuente y evolutivo. Con base en este principio podrán ser exigidos los beneficios de libertad anticipada, porque se requiere que el detenido sea preparado paulatinamente para su reincorporación social definitiva en el cabal cumplimiento de la sentencia.

6.2 Control de garantías y de los derechos fundamentales del reo.

Respecto de aquellos subprincipios referidos por Guillamondegui, diremos *grosso modo*, que el de reserva, prohijado por el principio de legalidad administrativa penal, es el principio que legitima la vigencia de todos los derechos subjetivos del reo, porque consiste justamente en que el penado puede gozar de todos aquellos derechos que no se encuentren afectados expresamente por el ordenamiento jurídico o por la sentencia condenatoria, **reafirmandose así su condición de sujeto de derecho** a pesar de que comúnmente se piense lo contrario, principalmente en las penitenciarías federales de naturaleza administrativa estrictamente disciplinaria, quienes consideran, por el propio reglamento que las rige, que una persona, desde que es sujeta a prisión preventiva está exenta de derechos.

Existen muchos derechos que no se pierden por la condición carcelaria, y muchos que se adquieren por esa circunstancia.²¹³ De los subprincipios de donde se desprenden estos derechos, podemos destacar el de humanidad, en el cual subyace el imperativo *erga omnes* de respetar la dignidad humana del reo, y promover una política carcelaria que tenga

²¹³ Son derechos consignados en nuestra Constitución Política, y el derecho convencional. Me remito al comentario sobre este punto expuesto en el capítulo dos apartado tres, donde cito algunos documentos internacionales relacionados con los derechos fundamentales del reo.

como enfoque a la persona, a quien se le debe garantizar que el cumplimiento de la pena impuesta estará exenta de tratos crueles, inhumanos o degradantes, estableciéndose incluso la responsabilidad penal del funcionario público o particular que tuviera participación en supuestos de tales características.

El sub-principio de Igualdad ante la Ley mediante el cual se prohíbe cualquier tipo de discriminación durante la ejecución de la pena por cuestiones de raza, sexo, idioma, religión, ideología, condición social o cualquier otra circunstancia, salvo las que provinieren del tratamiento penitenciario individualizado al que es sometido el interno de acuerdo a sus condiciones personales. Incluimos en este subprincipio, el derecho a la **indemnidad**, que es el trato igualitario, sin ninguna clase de prejuicios sociales ni políticos que se otorga al exconvicto, quien todavía pudiera estar sujeto a un tratamiento en externación.

Puntualizo, que en la facultad de control judicial que tiene el Juez de reinserción, en la que es garante de los derechos fundamentales de los internos, no sólo está la salvaguarda de los mismos, o sea, defenderlos y protegerlos, sino que esa función está en la de ser un garante efectivo de los derechos, pues puede y debe corregir los abusos y desviaciones que conozca.²¹⁴

En otra vertiente, además de velar porque se respeten los derechos del interno, el Juez está obligado a respetar las garantías de todo sometido al proceso del cumplimiento de la pena, que se regirá por la normativa y los principios que son también generalmente aplicables al procedimiento de la causa penal. Donde imperará la publicidad, la oralidad y todo el carácter garantista, pero de preferencia, con un modelo de procedimiento judicial penitenciario especial, que no devenga en una imitación del otro. Esa

²¹⁴ En este sentido Doñate Martín. Óp. Cit. Pág. 27.

necesidad ha surgido en España con los jueces de vigilancia penitenciaria.²¹⁵

7. Límites a su función.

Los límites a la función del Juez de control de procesos deben estar bien precisados, pues de no ser así se pueden presentar problemas, fricciones competenciales tanto con el juez sentenciador, como con la autoridad carcelaria. Me remito a lo señalado por la magistrada María del Prado Torrecilla Collada expuesto en apartados anteriores con relación a la experiencia española, donde por falta de normatividad existe discusión sobre esas competencias.²¹⁶ Por un lado, podría suscitarse, que la autoridad administrativa carcelaria, en actitud de celo profesional, pretenda continuar con prácticas que atañen ya al *novo* Juez, y en ese sentido, coarte o limite su función, pero también pudiera ocurrir lo contrario, que el funcionario judicial se exceda entrometiéndose en actividades y áreas que son propias de la administración carcelaria, tal como lo advertí en el capítulo tres apartado 3 de este trabajo;²¹⁷ la prevención a estos problemas es que la ley no deje lagunas y sea precisa.

He sugerido además, que el Juez de reinserción social no debería cumplir con tareas supervisoras oficiosas, la razón es porque el Juez ya estará casi sobrecargado con la tarea personalizada de la administración de sanciones, que es la preponderante de su función, y de cargarle a sus actividades la supervisión carcelaria se corre el riesgo que, por incapacidad humana, desatienda aquella. Por consiguiente, como **primer límite a la función** del órgano jurisdiccional penitenciario, podemos precisar el de la vigilancia o supervisión permanente penitenciaria.

²¹⁵ Martín Diz, Fernando. El juez de vigilancia penitenciaria. p. 232

²¹⁶ En el capítulo tres, apartado 2.1, relativo a la experiencia española.

²¹⁷ Cfr. Notas 175 y 176.

También Doñate Martín²¹⁸ alerta sobre los <riesgos> de “los momentos administrativos y judicial de la individualización penitenciaria”, y la necesidad de delimitarlos para mitigar tensiones institucionales. Pone en claro, el también magistrado, que el Juez de vigilancia, actúa por sí y nunca por delegación del órgano sentenciador; pues, al crearse *ex novo* la figura judicial del juez de vigilancia en España, el legislador sólo hizo un trasvase de competencias, parte de la potestad jurisdiccional del juez de la sentencia pasó a este otro órgano penal. Esto me sugiere, que incluso, el juez de la sentencia podría aplicarse únicamente en la individualización cuantitativa, quedando absolutamente en manos del juez cumplimentador lo que concierne a la individualización cualitativa, es decir, el juez de la sentencia ya no concedería beneficios como el de la conmutación y el de la suspensión condicional de la sanción ni aplicaría la renuncia a la pena. Pues será tarea de la comisión en el congreso analizar la utilidad o el beneficio de lo que contenga el servicio jurisdiccional del tribunal de reinserción, pero sí debe quedar claro y preciso, cuáles serán las tareas, y que facultades tiene este órgano, a fin de no incurrir en invasión de esferas.²¹⁹ **El segundo límite a las funciones** del juez de reinserción sería por tanto, el que la ley tenga claridad competencialmente, con relación a las funciones del juez de la sentencia.

Doñate Martín además,²²⁰ menciona otro límite a la función del juez de reinserción, en su país, juez de vigilancia penitenciaria. Este límite deviene de la función supervisora, y es la facultad que tiene como órgano consultor. El Juez de reinserción ciertamente está facultado para formular propuestas que mejoren o corrijan deficiencias en la administración carcelaria, pero eso no lo convierte en un órgano consultivo de tiempo

²¹⁸ *Jurisdicción de Vigilancia Penitenciaria*. p. 22.

²¹⁹ Ascencio Cantisan nos dice que debido a ese roce de competencias por falta de precisión normativa, ha generado problemas no sólo en España sino en otras partes del mundo. Óp. Cit. p. 10.

²²⁰ Óp. Cit. p. 29

completo; el juez de reinserción no puede estar en todo tiempo para estar evacuando consultas de la administración penitenciaria. El juez de reinserción social no será un órgano con facultades meramente inspectoras y de propuestas, sino que se requiere un órgano con facultades jurisdiccionales de control y garantías de derechos. Así que, sería una **tercera limitante a su función**, que se reglamente el aspecto consultivo en precisión de qué aspectos será en los que pueda y deba hacer propuestas para la mejora de los servicios penitenciarios.

8. Perfil del Juez de administración de sanciones.

De manera breve tocamos lo atinente al perfil que debe presentar el servidor público que se desempeñe como juez de reinserción social (aplicable también al magistrado). De primera mano, sus cualidades virtuosas serán las de todo empleado que presta servicios al Poder Judicial, institución que tiene una investidura especial por ser quien vela por la justicia. Como el desempeño de sus servidores públicos es el que acredita y legitima ante la sociedad su función social, por lo tanto, se requiere en el juez una figura además de profesional, que presente una actitud e imagen de integridad, discreta, frugal, sencilla, humana, diligente, prudente, vocacional, objetiva, mesurada, empática etc., en fin, toda cualidad que sea bien vista y se refleje en su buen actuar e interpersonalización²²¹ de su labor. En el caso de España, Manzanares Zamaniego,²²² da cuenta de que no se exigió en el sistema esa elección, pese a que la comunidad de juristas lo señaló con anticipación.

²²¹ En sentido análogo, Santiago Mir Puig. “*La reforma del derecho penal*”. p. 101.

²²² *La problemática actual del Juez de vigilancia*. p. 11.

Por lo que mira al aspecto estrictamente profesional, no solo debe ser una persona preparada e instruida, sino capacitada en la especialidad²²³ de esta encomienda. Ser abogado penalista no basta, porque se está limitado cognoscitivamente. Se deben tener conocimientos específicos, conocer la criminología,²²⁴ el derecho penitenciario, la penología, el derecho de determinación de la sanción, la psicología jurídica, etc. La responsabilidad no es poca, y es de mucho contenido ético; es bastante sabido la muy mala impresión que la ciudadanía y el gremio tiene sobre la actuación de la autoridad administrativa hasta ahora dependiente del ejecutivo, por la comercialización que se hace con los beneficios preliberacionales, y las ganancias económicas que dejan a los que administran las prisiones por las concesiones que se hacen por la venta de todo.

9. Nominación correcta.

Las propuestas, de acuerdo con los cuerpos normativos de otros lugares donde existen sistema judiciales de administración de sanciones, se encuentra entre, “Juez de control”, “Juez de ejecución” y “Juez de vigilancia”. Incluso en algunos estados de nuestro país, se le ha denominado “Juez de ejecución de consecuencias jurídicas del delito”, en Sinaloa, y “Juez de ejecución de penas y medidas de seguridad”, caso Chihuahua, en ambas de manera correcta.

Yo propongo que se nomine “Juez de reinserción social”, o “Juez de administración de sanciones”. Para sostener mi propuesta, descartaré aquellas denominaciones ofreciendo argumentos a contrario. Espero haber puesto en claro en el desarrollo de este modesto trabajo, que la principal labor del juez de reinserción social es la administración de las sanciones que ya fueron impuestas por el juez de la sentencia. De manera colateral,

²²³ Avelina Alonso Escamilla, considera a esta función administrativa judicial de la sanción, “una rama especializada de la jurisdicción”. *El control jurisdiccional del a actividad penitenciaria*. p. 161.

²²⁴ *Ibidem*. p. 158.

pero en segundo plano, se encuentra la posición de garante que tiene frente a las condiciones en que el reo cumple con las instrucciones de su socialización. Recordemos que el juez de reinserción tiene el deber de hacer que se observen las recomendaciones que hacen posible el sentido útil de la sanción, preservando los derechos fundamentales del reo y los postulados jurídicos del régimen penitenciario bajo el esquema progresivo y técnico, en aras de lograr la reinserción social positiva.

Por último, sin restarle por ello importancia, se encuentra la labor de supervisión que tiene y con la que cumplirá cada vez que deba constatar un hecho que afecte a un reo y que le haya sido comunicado formalmente, emitiendo en consecuencia la recomendación correspondiente.

Por consiguiente, es la administración de sanciones y no la supervisión carcelaria la función preponderante, en razón de ello, creo que no debe llamársele juez de vigilancia penitenciaria,²²⁵ pues desdibuja mucho su esencia. Tampoco debe denominársele “Juez de ejecución penal”, pues ya había referido con antelación, que hay ejecución penal en el sentido desfasado o anacrónico de la frase, cuando otrora realmente se ejecutaban penas, que eran castigos corporales o la muerte. En pulcritud, conforme al sistema penal moderno, realmente no se ejecuta nada, porque ni siquiera se hace cumplir cabalmente la punición, pues a merced de los criterios, ahora de la reinserción social positiva, puede compurgarse más, o menor tiempo de la pena de prisión que se impuso en sentencia.²²⁶ Además. **este órgano jurisdiccional también juzga, pues sentencia nuevamente sobre la transformación del ofensor, como dijimos, individualiza cualitativamente, de ahí que no se limita a “ejecutar” lo juzgado por**

²²⁵ En este sentido la propuesta que se hizo en España para sustituir el término de vigilancia penitenciaria, el argumento era que la ejecución penal era de mayor coherencia en la medida que el eje central de la función jurisdiccional era la competencia en la ejecución de sanciones en la especialización del órgano judicial. Referido por Martín Diz, Fernando. *El juez de vigilancia penitenciaria*. P.63

²²⁶ Ruíz Vadillo, citado por José Luis manzanares Samaniego, refiere que la sentencia penal no es algo estático y quieto, porque hay un principio de actividad que dinámicamente se agrava o atenúa. *“Relaciones entre la administración penitenciaria y los jueces de vigilancia”*. p. 93

su antecesor. Por eso, lo adecuado es referirnos ya a una administración de sanciones, evitando también el adjetivo penal, puesto que éste es un referente a una sola clase de sanción. Me dan la razón en este último rubro, la decisión que se tuvo en los estados de Sinaloa y Chihuahua para asignar el nombre de “consecuencias jurídicas del delito” y “penas y medidas de seguridad”, respectivamente. Ambas son correctas, pero gramaticalmente extensas, y atendiendo al principio de brevedad y concisión de la técnica legislativa, es apropiado y sobrio decir sólo <sanciones>.

Juez de control de sanciones sería el menos incorrecto, pero no por eso es indicado, ya que las sanciones no se controlan, se administran.²²⁷ Lo que se controla son las garantías o derechos fundamentales del reo para que no haya vulneración de ellas por actos de cualesquier autoridad que ventile su cumplimiento.

Juez de administración de sanciones sería pues lo correcto, o mejor aún, <Juez de reinserción social>, y que al tribunal se le llame, -Juzgado de reinserción social-.

²²⁷ Cfr. Nota 171

CONCLUSIONES.

1. CONCLUSION. La (re)adaptación, en nuestra realidad sociológica, ya por sí es una falacia. Es lo absurdo de pretender readaptar a alguien que no lo estaba, o (re)educar a alguien que tampoco estaba educado, ni (re)socializar a quien nunca estuvo socializado, en función del pacto social. Y además es una utopía porque el sistema penitenciario en realidad no es congruente en sus mecanismos, con los principios de rehabilitación social, pues las estructuras materiales son deficientes y hay poca aptitud vocacional en el servicio. Por lo tanto, era necesario sustituir la terminología tradicionalmente empleada para dar fundamento a la prisión.

PROPUESTA:

Primero, el cambio de nominación, a reinserción social, es acertado si se le dota de un nuevo contenido, ya que se debe precisar su función positiva, es decir, el término de reinserción social es lacónico o reticente, y tiene implicaciones negativas o positivas, según la actitud y comportamiento del externado al ser reinsertado. Lo que se procura es la reinserción positiva, por lo tanto debe decirse “reinserción social positiva”.

Segundo, el término de reinserción social positiva, tiene mejores implicaciones, y renueva las pretensiones del hasta ahora llamado “Derecho Ejecutivo Penal”, debe existir la conciencia de que, el reo privado de libertad al ser externado requiere de asistencia y apoyo postpenitenciario. El reo ahora debe ser considerado un sujeto de interés público, y por tanto, titular de derechos subjetivos, ya no más un mero objeto de la relación jurídica, por lo tanto se hará patente el principio de reserva en el proceso de cumplimiento de las

sanciones. El tratamiento será una oferta derivada de su derecho de reinserción social, ya no una manipulación coactiva de su personalidad. Y se respetará su derecho de indemnidad al cumplir cabalmente con la sanción.

Tercero, la reinserción social positiva, debe culturalizarse para ser internalizado por todos los intervinientes en la relación jurídica, principalmente por los operadores jurídicos. La reinserción social positiva debe analizarse en el marco de filosofías jurídicas contemporáneas como la justicia restaurativa y la justicia terapéutica.

2. CONCLUSION. Gran parte de la terminología jurídica tradicional en el campo de la administración de sanciones, es inadecuada porque no se ha puesto atención en el ámbito sistémico de la materia, se confunde el término de pena cuando realmente se refieren a la punibilidad o a la punición. Persisten términos que resultan hoy día anacrónicos, como “ejecución”, pues las puniciones ya no se ejecutan como antaño, son administradas. Algunos términos son producto de una jerga empleada en el discurso de una política criminal demagógica, como reeducación y readaptación. Y otros son empleados con connotaciones erradas o bien son mal denotadas, como al decir centros de retención, si existe una figura jurídica denominada retención que implica lo contrario de la función de esos centros.

PROPUESTAS:

Primero, se debe sustituir en la medida que corresponda, el término de pena por el de punibilidad o punición; y evitarlo cuando se emplea como si fuera la única consecuencia jurídica del delito, y decir mejor sanción.

Segundo, sustituir definitivamente la terminología reísta, aplicando únicamente el término de reinserción social. Ejemplo, Centro de Reinserción Social, Tribunal de reinserción social, etc.

Tercero, sustituir el término de ejecución de penas por el de administración de sanciones. Ejemplo: “Ley de administración de sanciones penales”.

Y cuarto, sustituir la denominación de centros de retención, por centros de prisión preventiva.

3. CONCLUSION. Para lograr la reinserción social positiva, la función de las sanciones juega un papel importante, por ello deben replantearse las consecuencias jurídicas del delito, remozando el catálogo de sanciones, y ponderar en la praxis penas alternativas no privativas de libertad y ampliar las medidas de seguridad para dar un tratamiento terapéutico a los ofensores atávicos, a fin de poner solución al estado peligroso del reo, evitando así la reincidencia.

PROPUESTA:

Primero, se debe optimizar lo que se tiene en ley vigente, y que ha figurado de manera inútil y ociosa. La vigilancia de la autoridad contemplada en la fracción XIV del artículo 23 del Código Penal del estado, debe precisarse su carácter de pena accesoria, denominándola “libertad vigilada”, y regular en la ley de administración de sanciones su aplicación.

Segundo, la internación prevista en la fracción XV de la citada Ley como una medida de seguridad, debe precisarse que será para deshabitación, y se aplicará a quienes presenten problemas de hábitos que los mueven al delito, como las adicciones al alcohol o estupefacientes.

Y tercero, debe incluirse en el catalogo de sanciones la vigilancia orientadora, que de facto ya existe en la ley de “ejecución” de sanciones, como requisito para la concesión de beneficios de libertad anticipada. Y crear también la localización permanente como medida de seguridad.

4. CONCLUSION. No puede haber pronóstico con mejor probabilidad de certeza sobre la reinserción social positiva si no existe la asistencia y la vigilancia postpenitenciaria, para verificar la eficacia del régimen de reinserción social. La ley contempla los instrumentos y da ciertas pautas, pero una vez más la muestra de apatía hacia la eficacia del sistema penitenciario se hace patente pues no existe materialmente esa asistencia.

PROPUESTA:

Primero, se deben instituir en la misma estructura gubernamental del sistema penitenciario, los patronatos de ayuda a liberados en los términos de los artículos 105 y 106 de la actual ley de ejecución de sanciones penales; figurando servidores públicos, y tutores o avales honorarios.

Segundo, debe crearse un departamento para los encargados de hacer cumplir penas accesorias como la libertad vigilada (vigilancia de la autoridad) y medidas de seguridad como la localización permanente, donde figuren agentes de ejecución con cargo oficial.

5. CONCLUSION. Es innegable el estado peligroso de algunos reos en diferentes matices. Habiendo desigualdad caracterológica debe haber desigualdad de trato, por ello es importante la clasificación. La reinserción

social satisface un derecho del reo, pero habrá quien no tenga interés en pactar socialmente para ser reinsertado positivamente. En ese sentido diríamos que hay ofensores sin peligrosidad, los que son circunstanciales u ocasionales; de peligrosidad mínima, los que presentan factores criminógenos y tienen disposición y deseos de superarlos para reinsertarse positivamente en el conglomerado social; y de mayor peligrosidad los reuuentes a la oferta de resocialización, con elevado pronóstico de reincidir en conductas delictivas.

PROPUESTAS:

Primero, la separación de internos en las prisiones debe ser efectiva (no de pura letra), a fin de no contaminar al no peligroso o de peligrosidad mínima.

Segundo, la figura de la retención debe ser aplicada cuando subsisten las condiciones que hacen refractario al interno al proceso de cambio. Por el contrario, no debe limitarse la prerrogativa de la libertad anticipada a quienes tienen disposición al cambio, independientemente del delito cometido. Esas prerrogativas no son un beneficio otorgado como regalo, son parte de un derecho.

Tercero, existirá un régimen de excepción disciplinaria para los internos que representan un problema para la seguridad y estabilidad de la población penitenciaria, que se contemplará en el reglamento correspondiente.

6. CONCLUSION. La infraestructura necesaria para el debido cumplimiento de las sanciones no se encuentra únicamente en las condiciones carcelarias, sino en los centros para tratamiento en cumplimiento de algunas medidas de seguridad. El tratamiento debe ser manejado por especialistas, en lugares adecuados, diseñados ex profeso

para el tipo de personas involucradas en conductas antisociales. Aparte de que las instituciones de los servicios públicos de salud generalmente están saturadas.

PROPUESTAS,

Primera, deben crearse centros de deshabitación, y departamentos de psicología con servicio específico para ofensores delictivos.

Segunda, los prestadores de servicios en las diferentes áreas, deben ser profesionales calificados, especialistas bien remunerados y profesionales técnicos.

7. CONCLUSION. La actitud tradicional del juez de la sentencia ha sido mecanizada y burocratizada. No bien cumple con el principio de inmediación, menos aún interpersonalizará su actuación para sentir directamente a los justiciables. Esos vicios de actitud no pueden ser consecuentes en el juez de cumplimiento de las sanciones. Se requiere una renovación conforme a las implicaciones de su encargo como operador de cambio en la personalidad del reo. Por lo tanto se espera que presente un perfil especial. La experiencia vivida en otros países nos dice que al haberse hecho designaciones irresponsables, con servidores improvisados, obstruyó la eficiencia del régimen.

PROPUESTAS:

Primero, el juez debe ser instruido con las premisas de la justicia terapéutica para que tome conciencia de su rol como agente de cambio, un operador de la transformación positiva del reo.

Segundo, el titular del Tribunal de administración de sanciones, debe tener un perfil subespecializado, ser conocedor de la criminología y el penitenciarismo.

Tercero, el Juez debe tener aptitudes vocacionales, humanitarias y ser capacitado en materia de derechos fundamentales.

8. CONCLUSION. La experiencia en otros países nos alerta sobre los errores que se cometieron generándose contratiempos en la función jurisdiccional del juez en el ámbito del cumplimiento de las sanciones. Al pasar de un sistema impuro a uno judicial, se consideró a éste órgano la panacea para resolver toda la problemática penitenciaria y se le sobrecargó de funciones haciéndolo disfuncional, o operativo sólo en apariencia. También hubo conflictos competenciales por reticencias o imprecisiones legislativas que han perdurado por mucho tiempo.

PROPUESTA.

Primero, la ley debe ser clara y precisa para delimitar la competencia jurisdiccional entre el juez de la sentencia y el juez de reinserción social; así como en las funciones de inspección penitenciaria que realizaría éste, y sus límites con la administración carcelaria, para evitar roces. Se debe precisar con relación a este aspecto, que la autoridad carcelaria estará subordinada a la potestad del órgano jurisdiccional.

Segundo, deberá tenerse cuidado de no comprometer al juez en tarea de fiscalización permanente de las prisiones, pues la vigilancia penitenciaria está en segundo plano. Lo principal es la

administración de sanciones y su calidad de garante de los derechos subjetivos del reo que lo hace estar atento para actuar a petición de parte.

Y tercero, debió crearse el reglamento de la ley de ejecución de sanciones penales, emitiendo las previsiones legislativas necesarias, de manera contemporánea, y no haberlo postergado, era necesario desde que se emitió el decreto de reforma de la ley, pues así el régimen de reinserción social queda incompleto.

FUENTES DE INFORMACION.

ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA. La institución del Juez de Vigilancia en el derecho comparado: sus relaciones con la administración penitenciaria. III Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Conserjería de Gobernación, Junta de Andalucía. Granada, 1985.

ALONSO DE ESCAMILLA, AVELINA. El control jurisdiccional de la actividad penitenciaria. Cuadernos de Política Criminal. Edersa. Madrid, 1990.

BACH I ESTANY, JOSEP MA. Cárcel y Derechos Humanos: un enfoque relativo a la defensa de los derechos fundamentales de los reclusos. Bosch, Barcelona, 1992.

BECCARIA, CESAR. De los delitos y las penas. 2a. Edición. Ed. C.N.D.H. México, 1992.

BARATTA, ALESANDRO. Criminología crítica y crítica del derecho penal. Ed. Siglo XXI Argentina. Buenos Aires, 2002.

CARBONELL, MIGUEL (coord.) Constitución Política de México comentada. Instituto de Investigaciones jurídicas. Ed. Porrúa. 20 edición. México 2009.

CARNELUTTI, FRANCESCO. *¿Cómo se hace un proceso?*. Colofón, México, 2002,

CARRANCA y RIVAS, RAUL. Cárcel y penas en México. Ed. Porrúa. 3a. Edición, México, 1986.

CARRANCA y RIVAS, RAUL. Derecho Penitenciario. Ed. Porrúa. México. 1986.

CARRANCA y RIVAS, RAUL. Principios de sociología criminal y de derecho penal. Ed. Universitaria. México. 1955

CASTELLANOS TENA, FERNANDO. Lineamientos elementales de Derecho penal. 16 Edición. México, 1981. Ed. Porrúa.

CESANO, JOSE DANIEL. Estudios de derecho penitenciario. Ediar, Buenos Aires, 2003.

CONDE PUMPIDO, MANUEL. Juzgado de Vigilancia Penitenciaria: valoración crítica, especial referencia al artículo 76. VI Jornadas Penitenciarias Andaluzas. Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 1990.

CUELLO CALON, EUGENIO. Derecho Penal. 9a. edición. Ed. Nacional México. 1976.

CUELLO CALON, EUGENIO. La moderna penología. Ed. Bosch. España. 1974.

DE LARDIZABAL Y URIBE, MANUEL. Discurso sobre las penas. Edición facsimilar. Porrúa. México, 1982.

DOÑATE MARTIN, ANTONIO. Cuadernos de derecho penitenciario. "Jurisdicción de vigilancia penitenciaria". Consejo del Poder Judicial. Madrid. 1995.

EXNER, FRANZ. Biología Criminal. 2a. edición. Ed. Bosch. España. 1957.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta. Madrid, 1997.

GARCÍA-PABLOS, ANTONIO, *Derecho Penal, Introducción*. Textos T. Servicio Publicaciones Facultad Derecho Universidad Complutense de Madrid, S.A. ESPAÑA. s.a.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Justicia penal. Ed. Porrúa. México, 1982.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Legislación Penitenciaria y Correccional. Ed. Cárdenas. México 1978.

GARCIA RAMIREZ, SERGIO. Manual de Prisiones. 2ª edición. Ed. Porrúa. México 1980

GÓMEZ DE LA TORRE, BERDUGO. I. *Lecciones de Derecho Penal*. Praxis. Barcelona, 1996.

GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. Principios de derecho procesal penal mexicano. Botas, México, 1945.

GONZALEZ DE DURANA, Ana Arriba. Procesos de vulnerabilidad y exclusión social. Cáritas española editores. Madrid. s.a.

HERNANDEZ PEDREÑO, Manuel (coordinador). Exclusión y desigualdad social. Universidad de Murcia, servicio de publicaciones. 2008.

HIKAL, WAEL. Introducción a la criminología. Editorial jurídica. Nicaragua. 2010.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. El criminalista. Ed. Cárdenas. México 1989.

JESCHECK, Hans-Henrich. Tratado de Derecho Penal. Parte general. Traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde.

LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL. Curso de Derecho Penal. Parte General. Ed. Universitas. Madrid 1995.

MALO CAMACHO, GUSTAVO. Manual de derecho penitenciario Mexicano. Biblioteca Mexicana de Prevención y Readaptación Social, INACIPE. 1976.

MARCHIORI HILDA. Psicología criminal. Ed. Porrúa. México 1975.

MARTIN DIZ, FERNANDO. El Juez de vigilancia penitenciaria. Ed. Comares. Granada, 2002

MARTINEZ DE LA SERNA, JUAN ANTONIO. Derecho Constitucional Mexicano. 1a. Edición. Ed. Porrúa, México 1983.

MELGOZA RADILLO, JESUS. La prisión. Correctivos y alternativas. Ed. Zarahemia. México. 1993

MIR PUIG, CARLOS. El sistema de penas y su medición en la reforma penal. Ed. Bosch. Barcelona. 1984

MIR PUIG, SANTIAGO. Derecho Penal. Parte General. Cuarta Edición. Ed. PPU. Barcelona 1996.

MIR PUIG, SANTIAGO. La reforma del derecho penal. Editada por la Universidad Autónoma de Barcelona. España. 1981.

MORGAN, ROD. MAGUIRE, MIKE Y REINER, ROBERT. Manual de Criminología. Oxford, México, 1999.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. La resocialización del delincuente, ¿un mito? Problemas de criminología. Publicación de la Universidad Complutense de Madrid. 1984

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO Y MERCEDES GARCÍA ARÁN. Derecho Penal parte general. Segunda Edición. Ed. Tirant lo blanch. Valencia 1996.

NAVARRO CARDOSO, FERNANDO. Infracción Administrativa y Delito: Límites a la Intervención del Derecho Penal, Colex, Universidad de las Palmas de Gran Canaria, S.A.

OJEDA VELAZQUEZ, JORGE. Derecho punitivo. Ed. Trillas, México, 1993.

ORTIZ RAMIREZ, SERAFIN. Derecho Constitucional Mexicano. 1a. Edición. Ed. Cultura, México 1961.

QUINTERO GONZALEZ, Gonzalo. Curso de derecho penal. Parte general. Sedex Editorial. Barcelona 1996.

RAMIREZ DELGADO, JUAN MANUEL. Penología. Ed. Porrúa, México, 1995.

RIVERA MONTES DE OCA, LUIS. Juez de ejecución de penas. Porrúa. México. 2003.

RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS. Criminología. 8va. Edición. México. 1998.

ROXIN, CLAUS. Derecho Penal. Parte General. Traducido por Diego Manuel Luzón Peña. Ed. Civitas. Madrid 1997.

ROXIN, CLAUS. Política Criminal y Sistema del Derecho Penal. Traducido por Muñoz Conde, Francisco. Ed. Bosch. Barcelona 1972.

SANZ MULAS, NIEVES. Alternativas a la prisión. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, 2004.

SZABÓ, DENIS. Criminología y Política en Materia Criminal. Traducc. Félix Blanco. Ed. Siglo Veintiuno. México 1980.

VEGA FUENTE, AMANDO. La acción social ante las drogas. Ed. Narcea. Madrid. 1993.

ZAFFARONNI, EUGENIO RAUL. En busca de las penas perdidas. Tercera edición. Ed. Ediar. Buenos Aires. 2003.

ZARAGOZA HUERTA, JOSE. Derecho Penitenciario Español. Ed. Elsa G. de Lazcano. México. 2007.

ZARAGOZA HUERTA, JOSE. El Sistema Penitenciario Mexicano. Ed. Elsa G. de Lazcano. México, 2009.

ZUGALDÍA ESPINAR, JOSÉ MIGUEL. Fundamentos de Derecho Penal. Tercera Edición. Ed. Tirant lo bianch. Valencia. 1993.

REVISTAS.

Anuario de derecho penal y ciencias penales. Enero-abril. Serie 1, número 3.

Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica. Números 6, 7 y 16.

Criminología. Dirección de Gobernación. Depto. De Readaptación Social, números 2 y 10. México, D.F.

Periódico ABZ. No. 13

Revista Michoacana de Derecho Penal. No. 15. Enero-junio de 1973. Morelia.

Revista de Estudios Penitenciarios.

Número 232. Manzanares Samaniego, José Luis. La problemática Actual del Juez de vigilancia. Madrid. 1981.

Número 237. El Juez de vigilancia. Ascencio Cantisan, Heriberto. Madrid.

LEGISLACION:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código modelo del proceso penal acusatorio para los estados de la federación

Código Penal Alemán. Traducido por Emilio Eiranova Encinas. Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 2000.

Código Penal Español. Julio Diaz-Maroto y Villarejo. Civitas. Madrid, 2004.

Código Penal del Estado de Michoacán.

Código Penal Federal.

Dictamen de la iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley de Ejecución de Sanciones Penales (federal).

Ley de Normas Mínimas.

Ley de Ejecución de Sanciones Penales del Estado de Michoacán.

Ley de Ejecución de Penas Privativas y restrictivas de la Libertad del Estado de México.

Reglamento de los Centros de Retención.

CONSULTA EN LA WEB.

Ainara Vargas, Ma. Del Carmen. Nota sobre el estado constitucional democrático de derecho.
WWW.letrasjuridicas.com/7/ainaga7.doc

Anales de Derecho. Murcia. <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/81901/79011>

Alianza Nacional por el Derecho a Decidir. Los derechos civiles.
http://www.andar.org.mx/docs_pdf/der.pdf

Asociación de impartidores de justicia. Tribunales para el tratamiento de adicciones.
http://amij.org.mx/M_experiencias/Experiencias2010/EXPERIENCIA_STJ_NUEVO_LEON.pdf

Borja Mapelli Camarena. La judicialización penitenciaria, un proceso inconcluso.
<http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2016/mapelli16.htm>

Catalina Droppelmann R. Justicia terapéutica: El juez como agente de cambio.
http://www.pazciudadana.cl/docs/pub_20090611133652.pdf

Definición legal. Derechos del preso. <http://www.definicionlegal.com/definicionde/Derechosdelpreso.htm>

Diputado Distrito 17. Morelia Sureste. Legislatura LXXI. Propuesta.
http://www.eduardosanchez.mx/pdf/I_Ley_de_Sanciones_Penales.pdf legislativa

Freshfields Burckhaus Deringer. La reforma del código penal.
www.freshfield.com/publications/pdfs/2010/jun10/28259.pdf

Gendarmería de Chile. Programa hoy es mi tiempo.
www.gendarmeria.cl/interior_rein_postpenitenciario.html

Gerencie.com. Diferencias entre eficiencia y eficacia.
<http://www.gerencie.com/diferencias-entre-eficiencia-y-eficacia.html>

Gómez Urso, Juan facundo. “La culpabilidad por vulnerabilidad. Etica y legitimidad del reproche desde el saber penal”. www.pensamientopenal.com.ar/17092007/neuquen01.pdf

Golberg, Susan. “Juzgados para el siglo 21: Un enfoque de resolución de conflictos”.
www.nji.ca/public/documents/judgingfor21scenturyDe.pdf

Grupo parlamentario de senadores. PAN. “Propone Alvarez Mata proteger garantías individuales de sentenciados. www.pan.senado.gob.mx/detalle.php?id=55-4235.

Guillamondegui, Luis. “Los principios rectores en la ejecución penal”.
http://www.enj.org/portal/biblioteca/penal/ejecucion_penal/22.pdf

Hernández Martínez, Ricardo. La reinserción social. www.congresopuebla.gob.mx/docs/mesa2/

H. Gutiérrez, Mariano. “La crisis de la prisión y la salida por vía de los derechos sociales”. Conferencia de cierre en el II Simposio Internacional de Derechos Humanos, INPEC. Bogotá, noviembre de 2009.
<http://www.pensamientopenal.com.ar/16062010/criminologia02.pdf>

Noticias jurídicas. Ley orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.
http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo1-1979.t5.html

Ordaz Hernández, David/ Cunjama López, Emilio. La figura del Juez de ejecución de sanciones penales. Primera página. [www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/numero6\(4epoca\)](http://www.reformapenal.inacipe.gob.mx/pdf/numero6(4epoca)).

Posgrado de la Universidad de Costa Rica. Hacia una modificación del juez de ejecución penal. <http://www.cienciaspenales.org/REVISTA%2007/armijo07.htm>

Prison Fellowship International. Carta de los derechos fundamentales de los prisioneros. <http://www.pfi.org/cjr/human-rights/prison-conditions/charter>

Ramos Tapia, Inmaculada-Woischnick, Jan. Principios Constitucionales en la determinación legal de los marcos penales. Introducción. WWW.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr9.pdf.

Real Justice. En busca de un paradigma: una teoría sobre justicia restaurativa. <http://www.realjustice.org/articles.html?articleId=561>.

Sarre, Miguel. <http://www.miguelsarre.com/2010/10/debido-proceso-y-ejecucion-penal.html>.

Segovia Bernabé, José Luis. Las consecuencias de la prisionización. http://www.juntadeandalucia.es/averroes/iesalfonso_romero_barcojo/actividades_tic/trabajos_profesora_do/unidades_didacticas/religion/carcel/fichero-00.pdf

Seguridad pública. http://archivos.diputados.gob.mx/Centros_Estudio/Cesop/Eje_tematico/8_publica.htm

Tercer informe de Gobierno 2010. www.informe.gob.mx/informe

Universidad Complutense de Madrid. Juzgados de vigilancia penitenciaria. www.ucm.es/info/eurotheo/normativa/jvp.htm

Wexler, David/Calderón, Jeanine. El Juez de Vigilancia Penitenciaria: Un modelo para la creación de juzgados de reinserción en las jurisdicciones angloamericanas en aplicación de los principios del “derecho terapéutico”. WWW.criminologia.net/pdf/reic/ano2-2004/a22004art1.pdf

Wikipedia. Voz: derechos civiles. http://www.es.wikipedia.org/wiki/derechos_civiles

Wikipedia. Voz: Justicia restaurativa. http://es.wikipedia.org/wiki/Justicia_restaurativa.

Wikipedia: voz: prisión. <http://es.wikipedia.org/wiki/pris%C3%B3n>

Wikipedia. Voz: sanción administrativa. http://es.wikipedia.org/wiki/Sancion_administrativa

Winick, J. Bruce. “justicia terapeutica y los juzgados de resolución de problemas”. www.law.arizona.edu/depts/upr-intj/jylosjrp-brucewinick.pdf

Zaffaroni, Eugenio Raúl. Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. www.alfonsozambrano.com/doctrina_penal/objetivos_sistema_penitenciario.doc.

Zaffaroni, Eugenio Raúl. “Culpabilidad por la vulnerabilidad”. <http://www.homenajeazaffaroni.com.ar/zaffamacerata.htm>.