



LXII LEGISLATURA
CAMARA DE DIPUTADOS

COMITÉ

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias

Centro de Estudios de Derecho e
Investigaciones Parlamentarias
CEDIP



**MARCO JURÍDICO VIGENTE
PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS**
Lic. Angélica Hernández Reyes

**ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LAS COMPETENCIAS
MUNICIPALES EN EUA - CONDADOS**
Dra. Cecilia Licona Vite

**PERSPECTIVAS DEL SISTEMA
PENITENCIARIO EN MÉXICO**
Lic. Óscar Uribe Benítez

**COMPETENCIA ECONÓMICA,
ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS**
Mtra. Xochitl Garmendia Cedillo



QUÓRUM LEGISLATIVO 110
OCTUBRE - DICIEMBRE 2012



Se autoriza la reproducción total o parcial de esta obra, citando la fuente, siempre y cuando sea sin fines de lucro.

El contenido del trabajo de investigación que se publica, así como las impresiones y gráficas utilizadas, son responsabilidad del autor, lo cual no refleja necesariamente el criterio editorial.

QUÓRUM LEGISLATIVO 110

INVESTIGACIONES

MARCO JURÍDICO VIGENTE PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS

LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES

ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS CONDADOS EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

DRA. CECILIA LICONA VITE

PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINSECCIÓN EN MÉXICO

LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ

RESEÑA:

COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS

DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

RESEÑADO POR: MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO



LXII LEGISLATURA
CÁMARA DE DIPUTADOS

PRESIDENTE DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS

Dip. Jesús Murillo Karam

JUNTA DE COORDINACIÓN POLÍTICA

PRESIDENTE

Dip. Luis Alberto Villarreal García

INTEGRANTES

Dip. Manlio Fabio Beltrones Rivera

Dip. Silvano Aureoles Conejo

Dip. Arturo Escobar y Vega

Dip. Alberto Anaya Gutiérrez

Dip. Ricardo Monreal Ávila

Dip. Lucila Garfías Gutiérrez

SECRETARIO GENERAL

Dr. Fernando Serrano Migallón

SECRETARIO DE SERVICIOS PARLAMENTARIOS

Lic. Juan Carlos Delgadillo Salas

SECRETARIO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS Y FINANCIEROS

Ing. Ramón Zamanillo Pérez



**DIRECTOR GENERAL DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE DERECHO E
INVESTIGACIONES PARLAMENTARIAS**
Mtro. César Becker Cuéllar

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	1
INVESTIGACIONES	3
MARCO JURÍDICO VIGENTE PARA LA PERSECUSIÓN DE TRATA DE PERSONAS LIC. ANGÉLICA HERNÁNDEZ REYES	5
ESTUDIO DESCRIPTIVO DE LOS CONDADOS EN ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA DRA. CECILIA LICONA VITE	79
PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINSERCIÓN EN MÉXICO LIC. OSCAR URIBE BENÍTEZ	143
RESEÑA: COMPETENCIA ECONÓMICA, ASPECTOS JURÍDICOS Y ECONÓMICOS DE: FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO RESEÑADO POR: MTRA. XOCHITL GARMENDIA CEDILLO	205

**PERSPECTIVAS DEL SISTEMA
DE REINSERCIÓN EN MÉXICO**

LIC. ÓSCAR URIBE BENÍTEZ*

La pena es la última ratio de la política social, cuya misión es la protección subsidiaria de bienes jurídicos, constituyendo ésta el límite del derecho penal que deriva del principio de proporcionalidad, ya que siendo el derecho penal la intromisión estatal más dura en la libertad del ciudadano, solamente puede intervenir cuando otros medios menos duros no prometan tener un éxito suficiente. Claus Roxin

INTRODUCCIÓN

El Estado mexicano, produce normas, las ejecuta y las aplica por medio de sus órganos legislativo, ejecutivo y judicial, tanto en el nivel federal como en el local, para autogobernarse; limitarse; reconocer, proteger y garantizar derechos humanos; y resolver conflictos domésticos surgidos entre sus órganos, ya sean federales o locales, entre alguno de éstos con la sociedad o entre miembros de la sociedad.

En otras palabras, el Estado mexicano, como cualquier otro, está facultado constitucionalmente para mantener un control legítimo en diversas dimensiones: política, social, económica, fiscal, educativa, cultural, sanitaria, judicial, etc., a efecto de crear las condiciones y oportunidades necesarias que todo mexicano requiere para el desarrollo de su personalidad y satisfacción de sus necesidades básicas; es decir, para que viva como un ser humano con dignidad. Cuando el Estado y la sociedad no participan en la producción de esas condiciones y oportunidades, propician otras condiciones que denigran a las instituciones, al deslegitimarse, y al mexicano como ser humano, y con ello se niegan las oportunidades para evitarlo.

El instrumento de control legítimo con el que cuenta el Estado es el Derecho, particularizado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; Tratados o Convenciones de los que México es Parte; Leyes (generales, federales, orgánicas y locales); Decretos; Reglamentos, etc.

Este control legítimo, en sus dimensiones política y social, se manifiesta con mayor intensidad en la producción legislativa de delitos con sus respectivas penas de prisión, como respuesta a la denigración del ser humano, como integrante de la sociedad y como servidor público en las instituciones, por la erosión de los básicos valores morales y éticos que debe compartir y mantener toda sociedad.

Este control legítimo en su integralidad; es decir, usado en todas sus dimensiones y con la participación de la sociedad, tiende al desarrollo del mexicano. Sin embargo, cuando falla este control participativo, el Estado utiliza

el mismo control en sus dimensiones política y social para darse protección a él mismo, a sus miembros y a todo símbolo que lo representa; y para proteger a los miembros de la sociedad. No sin razón, por ejemplo, el Código Penal Federal, en su Libro Primero contempla reglas para operar el sistema penal, las penas y medidas de seguridad; y en Libro Segundo, prevé tipos penales, comenzando por los delitos contra la seguridad de la nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, etc.).

Tal protección está más acentuada en la sanción consistente en la pena principal de prisión, la cual es una proyección del papel que desempeña la legislación penal; en razón de lo cual, en principio consideramos pertinente preguntarnos si la pena de prisión tiene simplemente como fin la protección de bienes jurídicos. Para responderla, en el capítulo II de este trabajo nos abocamos a exponer de manera breve los fines que ha tenido en la cultura jurídica en general y los que le han asignado en la teorías de los fines de la pena. Hecho lo cual, en el capítulo III, procedemos a reseñar el marco regulador y sus reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, acerca de la pena, destacando su tipología, las penas prohibidas, nuevas penas, la facultad legislativa para definir delitos y sus castigos, la autoridad legitimada para imponer las penas, modificarlas e imponer su duración, la correspondencia entre el delito y la pena, el lugar de extinción de ella, el fin de la pena corporal y la condena por convicción de culpabilidad.

En el capítulo IV, hacemos un esbozo en torno a los antecedentes del juez de ejecución de penas para comprender su génesis, mejor dicho para recordar su antigua facultad, además de la *notio* y *iudicium*, de *imperium* para la ejecución de la pena, dando cuenta de su resurgimiento en la Escuela Positiva, exponiendo, como ejemplo, su regulación en la legislación italiana y en nuestro concepto el impulso que le dio el movimiento denominado Nueva Defensa Social, principalmente en Francia por Marc Ancel.

Con los anteriores elementos de información, en el capítulo V nos dimos a la tarea de desarrollar las perspectivas del sistema de reinserción que consideramos de mayor relevancia: la primera perspectiva, la dogmática constitucional, emprendida desde los debates del poder constituyente de 1916-1917, citando las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia y su evolución de los fines de la pena desde la regeneración, pasando por la readaptación hasta la reinserción, en torno al artículo 18 constitucional, con el incremento de sus ejes rectores (trabajo, en principio; después capacitación para el mismo y educación; posteriormente, además de los anteriores, salud y deporte, y finalmente, respeto a los derechos humanos); así como, la puesta en relieve de las normas constitucionales que consideramos vinculadas estrechamente con los fines de la pena.

La segunda perspectiva es la penológica, centrada en la pena vitalicia o cadena perpetua, de la que se vierten las interpretaciones contradictorias que ha tenido el Pleno de la Suprema Corte de Justicia y para contrastarlas se plasman las pronunciadas por el Tribunal Constitucional de Perú.

La tercera perspectiva es la que tiene que ver con la dignidad humana, la que por ser reciente y novedosa para nuestro país, se menciona la manera en que surgió, los instrumentos internacionales en las que se contempla, su influencia incorporada en constituciones de países europeos como Alemania, Italia, España, así como en América, concretamente en Colombia, y las interpretaciones que han hecho de ella los Tribunales Constitucionales. No se omite señalar la consagración de la dignidad humana en nuestro texto constitucional, pero en la dimensión del principio de igualdad, la interpretación que ha hecho de ella la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como la doctrina española y alemana.

En la cuarta perspectiva, relativa a la de los instrumentos internacionales y resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se destacan aquéllos en los que México es parte, respecto del sistema penitenciario, así como de algunas medidas provisionales de dicha Corte Internacional sobre tal tópico.

Respecto a la quinta perspectiva, correspondiente a las propuestas legislativas, se eligió para exponer, por su amplitud y por ser la más actual, la iniciativa presentada por el Poder Ejecutivo Federal ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, respecto a la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones.

Finalmente, en la sexta perspectiva de índole doctrinaria, recogemos someramente las opiniones de juristas alemanes creadores de los diversos sistemas penales que han influido en la cultura jurídica occidental, tales como Franz Von Liszt (sistema penal clásico); Edmund Mezger (sistema penal neoclásico); Hans Welzel (sistema penal finalista); Claus Roxin, Gunter Jakobs y Hassemer (sistema penal funcionalista), así como algunas opiniones de juristas de España, Chile, México y Brasil, en torno a los fines de la pena, al juez de ejecución de penas y a la vigilancia electrónica a distancia como una alternativa a la pena de prisión.

Posteriormente, en el capítulo VI, apuntamos nuestras conclusiones; y en el capítulo VII, enlistamos la bibliografía utilizada, las fuentes oficiales, electrónicas e históricas de las que nos auxiliamos para poder desarrollar el presente trabajo de investigación que nos fue asignado para el trimestre octubre-diciembre de 2011, independientemente de las consultas que desahogamos durante dicho período, solicitadas por Diputados y Comisiones, así

como por las requeridas por los Directores de Área del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias, y la asistencia a diversos eventos realizados en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

I. FINES DE LAS PENAS EN LA CULTURA JURÍDICA Y EN LAS TEORÍAS DE LAS PENAS

Los fines de las penas en general. En la antigua cultura jurídica mundial la pena de prisión no existió como tal; sin embargo, con respecto a otro tipo de penas se tuvo la concepción acerca de los fines que perseguían. En el antiguo derecho penal romano la pena era un mal impuesto por el Estado por medio de la cual se borraba el delito, hacia cesar la culpa, toda ejecución era un sacrificio *expiatorio* ofrecido a la divinidad ultrajada; y en el derecho penal privado se concibió como *retribución (talio)* e *indemnización*.²⁸⁹ Jiménez de Asúa apunta que los jurisconsultos a la función intimidante de la pena, le añaden el objetivo de la enmienda o corrección.²⁹⁰

Las penas que existieron en el derecho penal romano fueron la de muerte (por medio de la segur o hacha, crucifixión, sacro cerrado y sumergido en agua, fuego, espada y entregar al condenado a animales feroces o para diversiones públicas para que actuaran como gladiadores o para que en una fiesta popular se le ejecutara de cualquier forma, por precipitación en la roca Tarpeya); pecuniaria; pérdida de derechos civiles (derecho de sepultura y de la buena memoria, derecho de testificar, infamia, incapacidad para adquirir cargos públicos y para ser senador, incapacidad para gestionar negocios, etc.); destierro; trabajos forzados; confiscación de bienes; la pérdida de la libertad (no con el carácter de sanción principal e independiente, sino como medio más suave de la pena de muerte y en sustitución de ésta); expulsión; confinamiento; corporal (que no era propiamente una pena sino un medio de coerción, tales como flagelar, golpear con palos, varas, bola de plomo, etc.); y la cárcel como pena para los delitos cometidos por esclavos, la cual legalmente fue siempre ajena al derecho romano.²⁹¹ Todos estos géneros de penas dan materia para su estudio y lo dieron para el surgimiento de lo que hoy conocemos como penología.

La Ley de las XII Tablas, de 450 a.C., por ejemplo, concretamente en la Tabla VIII, se dispuso (1.b.) que si alguien cantase o compusiera una canción que

²⁸⁹ MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, versión castellana de Pedro Dorado, Colombia, Temis, 1991, p. 3

²⁹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luís, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Argentina, Editorial Losada, 1977, p. 284.

²⁹¹ *Ibidem*, pp. 563-636.

produjese la infamia o la deshonra de otro, se castigaba con pena de muerte; (2) si alguien rompe un miembro a otro, a no ser que se pacte con él, aplíquesele el talión; (9) a un púber, por pastar o segar de noche frutos obtenidos mediante el arado, se le castigaba con pena de muerte; (10) el que incendiare una construcción o un depósito de grano situado junto a una casa, se manda que atado y azotado, sea quemado vivo si lo hubiera hecho a sabiendas y deliberadamente; (23) el que resultare convicto de prestar falso testimonio sería arrojado desde la roca de Tarpeya, etc.²⁹² En fragmentos de dudosa ubicación (7) se refiere que Tulio escribe que en las leyes hay ocho clases de penas: pecuniaria, prisiones, azotes, talión, infamia, destierro, muerte y esclavitud.²⁹³

La Legislación española medieval, en la Partida VII del Sabio Rey, Alfonso X, Título XXXI, Leyes IV y V, estableció la facultad del Juez para juzgar y mandar ejecutar alguna de las siete penas para *escarmentar*: Cuatro son para los yerros mayores (1. Muerte o pérdida de miembro; 2. Encadenamiento perpetuo, trabajos en las minas del Rey, labrar o servir; 3. Destierro en alguna isla o tierra cierta, quitándole todos sus bienes; y 4. Cárcel perpetua solamente a siervos, no a hombre libre). Y tres penas para los yerros menores (5. Destierro para siempre en isla sin tomar sus bienes; 6. Inhabilitación temporal o perpetua del oficio de abogado, personero; y 7. Acotamiento o herido, deshonra en la picota; desnudarlo y exponerlo al sol, untándole miel para que lo coman las moscas).²⁹⁴

En la filosofía moderna inglesa, por ejemplo Thomas Hobbes concibe a la pena como un *daño infligido por la autoridad pública sobre alguien que ha hecho o ha omitido lo que se juzga por la misma autoridad como una transgresión de la ley, con el fin de que la voluntad de los hombres pueda quedar, de este modo, dispuesta para la obediencia*.²⁹⁵ En la explicación de esta definición de la pena, Hobbes advierte que todo mal que se inflige sin intención, o sin posibilidad de disponer al delincuente, o a otros hombres (a ejemplo suyo), a obedecer las leyes, no es pena sino un acto de hostilidad.²⁹⁶

De la filosofía francesa, Montesquieu expresó que cuando un pueblo es virtuoso necesita pocas penas.²⁹⁷ Asimismo, que un legislador que quiere *corregir un mal*, no puede pensar más que en dicha corrección.²⁹⁸ También afirmó que debe existir una justa proporción entre las penas y los delitos, ya que

²⁹² *Ley de las XII Tablas*, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1996, pp. 21, 23, 25 y 29.

²⁹³ *Ibidem*, p. 39.

²⁹⁴ Alfonso X "El Sabio", Rey de Castilla y de León (1211-1284), *Las Siete partidas del Sabio Rey*, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, pp. 12-14.

²⁹⁵ HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 254.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 255.

²⁹⁷ Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Traducción de Amelié Cuesta, 2ª edición, México, Gernika, 2000, p. 127.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 130.

es esencial que se tienda más a evitar un delito grave que uno menos grave.²⁹⁹ Y afirmó que la libertad triunfa cuando las leyes criminales son tales que cada pena dimana de la naturaleza particular del delito.³⁰⁰

Los enciclopedistas franceses consideraron que la pena es como un mal con que el soberano amenaza a los súbditos que intenten violar las leyes y que de hecho les inflige en su justa proporción cuando las violan, al margen de la reparación del daño, atendiendo a algún bien futuro y en último término a la seguridad y tranquilidad de la sociedad. La pena es un mal de distinta naturaleza, según afecte a la vida, al cuerpo, la propia estima o el patrimonio; mal que puede consistir en un trabajo forzoso o en sufrir algún daño. El soberano es el que fija las penas, el que tiene el derecho de castigar; es decir, amenaza y si con ello no impide el crimen castiga; por tanto, la pena supone un crimen. El crimen genera dos obligaciones para el delincuente: reparar el daño y sufrir la pena. El soberano se propone algunas veces corregir al culpable y hacerle perder el deseo de recaer en el delito curando el mal a través de su contrario. Si el culpable se beneficia del castigo repercute en la utilidad pública; si persevera en su crimen el soberano puede recurrir a remedios más violentos o incluso a la muerte.³⁰¹

Rousseau consideró que el contrato social tiene por fin la *conservación* de los contratantes; en el caso de la pena de muerte, refiere que para no ser víctima de un asesino es por lo que se consiente en morir si se degenera en tal; y todo malhechor que ataca el derecho social, se convierte por sus delitos en rebelde y traidor a la patria, con lo cual cesa de ser miembro de ella al violar sus leyes y le hace la guerra; entonces, la conservación del Estado es incompatible con la suya, es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como enemigo que como ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, por consiguiente ha dejado ser miembro del Estado, por lo que debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, en cuyo caso el derecho de la guerra establece matar al vencido.³⁰²

En el pensamiento ilustrado de Italia, Beccaria aseveró que los hombres vagos e independientes, cansados de vivir en constante guerra y gozar de una libertad inútil por la incertidumbre de conservarla, se unieron en sociedad, sacrificaron una parte de su libertad para gozar la restante en segura tranquilidad, formando todas las porciones sacrificadas la soberanía de una nación, cuyo soberano es su administrador y legítimo depositario; depósito que

²⁹⁹ Ibidem, p. 136.

³⁰⁰ Ibidem, p. 249.

³⁰¹ DIDEROT, Denis y d'ALEMBERT, Jean Le Rond, *Artículos políticos de la <<Enciclopedia>>*, Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1992, pp. 132, 133 y 137.

³⁰² ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Dante, 1988, p. 39.

hay que defenderlo de la usurpación privada de cada hombre, ya que procuran quitar su porción propia y usurparse las ajenas, por lo que para evitarlo se necesitan motivos sensibles bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre; estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de las leyes de la sociedad; motivos sensibles que hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que se oponen al bien universal.³⁰³

El derecho del soberano a castigar, afirmó Beccaria, se funda en la necesidad de defender el depósito de la salud pública de las particulares usurpaciones; la unión de todas las porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar.³⁰⁴ Así también, consideró que más fuertes deben ser los motivos (penas) que retraigan a los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos; debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.³⁰⁵ Aseveró que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad.³⁰⁶

Respecto al fin de las penas, Beccaria sostuvo que estriba en impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer los demás de la comisión de otros iguales, por lo cual deben ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo.³⁰⁷ Consideró que la pena de muerte no es útil y necesaria; y que lo intenso de la pena, que existe en la esclavitud perpetua, sustituido a la pena de muerte, tiene lo que basta para separar cualquier ánimo determinado.³⁰⁸

Sesenta y cinco años después del tratado de los delitos y de las penas de Beccaria, el escritor y político francés Víctor Hugo horrorizado por las ejecuciones de la pena de muerte en la plaza de la Greve, publicó su obra *Último día de un condenado a muerte*, en la que se erige defensor de los acusados presentes y futuros, inocentes y culpables, ante todos los tribunales, ante todos los jurados y jueces, para abolir la pena de muerte.³⁰⁹

³⁰³ BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, edición facsimilar de la de 1822, México, Porrúa, 1982, pp. 7 y 8.

³⁰⁴ *Ibidem*, pp. 9 y 11.

³⁰⁵ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 45.

³⁰⁸ *Ibidem*, pp. 118 y 122.

³⁰⁹ Cfr. Víctor Hugo, *Último día de un condenado a muerte*, Traducción de José García de Villalta, México, editorial Aldus, 1995.

Reinvención de la pena de prisión. Los peregrinos que llegaron a *Plymouth, Massachusettes*, a bordo del barco *Mayflower* en el que se redactó el documento más remoto del derecho constitucional americano, conocido con el mismo nombre que el de la embarcación³¹⁰, crearon en 1632 el *people pen* de confinamiento³¹¹; casi doscientos años después, los cuáqueros de *Pennsylvania* reinventaron la prisión como pena, ya que antiguamente la reclusión se utilizaba como parte de la explotación de la mano de obra esclava, pero se empleaba generalmente para retener al acusado hasta su juicio, o al reo hasta su castigo; sin embargo, sí se aplicaba como sanción a delincuentes menores, vagos, ebrios, enfermos mentales, mendigos, etc., pero no al delincuente grave ni al político. Las penas existentes en ese entonces eran el exilio, proscripción, deportación, castigos corporales degradantes y dolorosos (azotes, corte de oreja o nariz, marcación a hierro) y la muerte. Los cuáqueros de *Pennsylvania* proyectaron sustituir las penas corporales y capitales por el aislamiento, el arrepentimiento y la lectura edificante de la Biblia, guiándose teóricamente para la penitenciaría con la monografía de Beccaria *Sobre los delitos y las penas*.³¹²

En 1790, se inauguraron celdas en la cárcel de *Walnut Street*, en Filadelfia, como penitenciaría del *Commonwealth* de *Pennsylvania*. En 1796, *Newgate* comenzó como penitenciaría del Estado de Nueva York, con el modelo de *Walnut Street*. Así, las prisiones florecieron en Norteamérica y se expandieron por todo el mundo.³¹³

En 1791, se publicó sin difusión la obra *El panóptico* del jurista inglés Bentham, cuerpo de epístolas que contienen el proyecto de la construcción de una prisión en la que se tiene la facultad de ver, con una ojeada, todo lo que allí ocurre, aplicable también a todos los establecimientos que requieran de vigilancia: casas de industria, casas de trabajo, casas de pobres, lazaretos, hospitales y escuelas.³¹⁴

Acerca de la relación entre cárcel y trabajo en Europa e Italia, entre el siglo XVI y XIX, Melossi y Pavarini realizaron un ensayo siguiendo los pasos de George Rusche y Otto Kirchheimer de la escuela de Franckfurt, en el que construyeron una teoría materialista de la cárcel, estableciendo la conexión entre el surgimiento del modo capitalista de producción y el origen de la institución carcelaria moderna; aseveran, entre otras cosas, que en la sociedad feudal existía la cárcel preventiva o la cárcel por deudas, pero que no es correcto afirmar que la simple privación de la libertad, prolongada por un período

³¹⁰ RABASA, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos de América y México*, México, editorial Porrúa, 2003, p. 40.

³¹¹ MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7ª edición, Traductor Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 2006, p.20.

³¹² *Ibidem*, pp. 19 y 20.

³¹³ *Ibidem*, p. 21.

³¹⁴ Cfr. Cfr. BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Traducción de María José de Chopitea, México, editorial Premiá, 1989.

determinado de tiempo y sin que le acompañara ningún otro sufrimiento, era conocida y utilizada como pena autónoma y ordinaria.³¹⁵

Teorías penales sobre el fin de la pena. En consideración de Roxin si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos, al libre desarrollo del individuo y a mantener el orden social, con lo cual el Estado sabe qué conducta puede conminar, pero no con ello está decidido cuál es el efecto que debe surtir la pena para cumplir con la misión del derecho penal, o sea, el fin que con ella se persigue, el cual ha sido interpretado desde la antigüedad y ha dado lugar a las siguientes teorías penales: de la retribución (teoría de la justicia, de la expiación); de la prevención especial; de la prevención general; y otras dos resultado de las combinaciones de las anteriores: unificadoras retributivas; y unificadora preventiva, de las cuales solamente y de manera breve expondremos la primera, segunda y tercera.

1.- Teoría de la retribución o absoluta. (de la justicia, expiación). Estriba en que con el imponer un mal que se merece se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es absoluta porque el fin de la pena está desvinculado de su efecto social. Tras bambalinas se encuentra el principio del Talión, aunque el desarrollo histórico de la pena es correcto respecto a que se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada y el derecho a la retribución pasó a manos de la autoridad pública neutral. Las ideas de Kant y Hegel sobre la pena se adscriben a esta teoría. Con la expiación se sostiene que el autor al aceptar la pena interiormente como justa compensación de su culpabilidad, asimilándose moralmente a su comportamiento delictivo, se purifica recobrando su integridad humana y social; sin embargo, la expiación es un acto moral autónomo que no se puede imponer a la fuerza, por lo que no sirve para justificar la pena retributiva.³¹⁶

2.- Teoría de la prevención especial. Para esta teoría el fin de la pena consiste en desistir al autor del delito de que cometa otros; es decir, persigue la prevención individual o especial, por lo cual es una teoría relativa, referente a la prevención de delitos. Las ideas de Protágoras recogidas por Platón las evocó Séneca, refiriendo que ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque. Franz Von Liszt impulsó esta teoría en tres formas: la prevención especial asegura a la comunidad frente a los delincuentes, por medio del encierro de éstos; intimida al autor, por medio de la pena, para que no vuelva a cometer delitos; y lo preserva de la reincidencia mediante la corrección. La corrección en lenguaje técnico es la resocialización o socialización, que es el

³¹⁵ Cfr. MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 5ª edición, Traducción de Xavier Massimi, México, Siglo XXI editores, 2005, pp. 18 y 19.

³¹⁶ Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 2ª edición, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Civitas, 2001, pp. 81-85.

principio que persigue la teoría preventivo especial, la cual cumple con el cometido del derecho penal, ya que obliga solamente a la protección del individuo y de la sociedad, así como ayudar al autor integrándolo. El defecto de esta teoría es que no brinda un baremo para la pena, el cual consistiría en retener al condenado hasta que esté resocializado, lo que no es permitido en un Estado liberal de Derecho. Otro problema, es el ¿Con qué derecho deben dejarse educar y tratar los ciudadanos adultos por el Estado?.³¹⁷

3.- Teoría de la prevención general. El fin de la pena consiste en influenciar a la comunidad e instruir la sobre prohibiciones legales para que no las viole, mediante amenazas penales y ejecución de la pena; es decir, prevenir los delitos en forma general sobre la comunidad, no solamente sobre el condenado. Esta teoría la desarrolló Paul Johann Anselm Von Feuerbach, mediante su teoría psicológica de la coacción, que es una teoría de la amenaza penal, pero además una teoría de la imposición y ejecución de la pena, ya que éstas últimas le dan eficacia a la amenaza penal. La teoría de la prevención general tiene aspecto negativo, en el sentido de que intimida a otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes; y un aspecto positivo, que estriba en conservar y reforzar la confianza en la firmeza y poder de ejecución del ordenamiento jurídico. Roxin, destaca las ventajas y desventajas de esta teoría.³¹⁸

III. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA PENA

1. Tipología de penas. El Poder Constituyente de 1917 estableció en la Constitución las penas siguientes:

a) Pena de trabajo obligado y sin justa retribución, prevista en el artículo 5, párrafo primero (actualmente párrafo tercero), en los términos siguientes:

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

b) Pena de prisión, al interpretarse a *contrario sensu*, el artículo 17, párrafo primero (actualmente párrafo final), que dispone lo siguiente:

Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil.

³¹⁷ Ibidem, pp. 85-88.

³¹⁸ Ibidem, pp. 89-93.

c) Pena corporal, al prever el artículo 18 lo siguiente:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

La utilización de la frase pena corporal fue un desacierto, en razón de que el artículo 22 constitucional las prohibió; de manera que tal expresión debe entenderse en el sentido de pena privativa de libertad, que recae precisamente en el cuerpo de la persona, tan es así que por reforma al artículo 18, párrafo primero, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se sustituyó la expresión pena corporal por la de *pena privativa de la libertad*.

d) Pena de muerte para el traidor a la patria en guerra extranjera; parricida; homicida con alevosía, premeditación y ventaja; incendiario; plagiarlo; salteador de caminos; pirata y reos de delitos graves del orden militar, al establecer en el artículo 22, párrafo tercero, lo siguiente:

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación y ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Mediante reforma al artículo 22, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 9 de diciembre de 2005, se derogó el anterior párrafo en el que se contemplaba la pena de muerte, al prohibirse en el primer párrafo ésta pena.

e) Pena de suspensión de derechos o prerrogativas, al prever el artículo 38, fracción VI, lo siguiente:

*Los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden:
I a V.
VI. Por sentencia ejecutoria que imponga como pena esa suspensión.*

Los derechos objeto de suspensión deben ser los previstos en la Constitución, así como otros contenidos en los tratados y en las leyes federales y locales. Y las prerrogativas de los ciudadanos también objeto de suspensión, según el artículo 35 constitucional, son el votar en las elecciones populares; poder ser votado para todos los cargos de elección popular y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley; asociarse individual y libremente para tomar parte en forma pacífica en los asuntos políticos del país; tomar las armas en el ejército o guardia nacional para la defensa de la república y de sus instituciones, en los términos que prescriben las leyes; y ejercer en toda clase de negocios el derecho de petición.

f) Pena de destitución o inhabilitación, para los delitos oficiales, al prescribir el artículo 111, en sus párrafos primero, segundo y tercero, lo siguiente:

De los delitos oficiales conocerá el Senado, erigido en Gran Jurado; pero no podrá abrir la averiguación correspondiente, sin previa acusación de la Cámara de Diputados.

Si la Cámara de Senadores declarase, por mayoría de las dos terceras partes del total de sus miembros, después de oír al acusado y de practicar las diligencias que estime convenientes, que éste es culpable, quedará privado de su puesto, por virtud de tal declaración o inhabilitado para obtener otro, por el tiempo que determinare la ley.

Cuando el mismo hecho tuviere señalada otra pena en la ley, el acusado quedará a disposición de las autoridades comunes, para que lo juzguen y castiguen con arreglo a ella.

Por reforma al Título IV de la Constitución, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1982, respecto al régimen de responsabilidad de los servidores públicos, se suprimieron los delitos oficiales y su procedimiento bicameral, para configurar tales delitos oficiales los actos u omisiones que redundan en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, para el efecto de fincar una nueva responsabilidad: la política, cuyas sanciones son la destitución y la inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público, según el artículo 110, párrafo tercero.

En el Código Penal Federal se proyectaron las anteriores penas constitucionales en vigor, pero además están incluidas otras en el artículo 24, de carácter accesorio, a saber: en el numeral 2, el tratamiento en libertad,

semilibertad y trabajo a favor de la comunidad; en el 4, confinamiento; en el 5, prohibición de ir a un lugar determinado; en el 6, pecuniaria; en el 9, amonestación; en el 10, apercibimiento; en el 11, caución de no ofender; en el 13, suspensión de funciones o empleos; 14, publicación especial de sentencia; en el 15, vigilancia de la autoridad; en el 16, suspensión o disolución de sociedades; en el 19, colocación de dispositivos de localización y vigilancia; y las previstas en otras leyes.

2.- Penas prohibidas. El Poder Constituyente prohibió en el artículo 22, párrafo primero, las penas siguientes: mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento, multa excesiva, confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales; asimismo, prohibió la pena de muerte por delitos políticos, en los términos siguientes:

Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquiera especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

No se considerará como confiscación de bienes, la aplicación total o parcial de los bienes de una persona, hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas.

...

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al

El 9 de diciembre de 2005, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 22 en comento, párrafo primero, mediante la cual se prohibió la pena de muerte.

3. Nueva pena. En el Diario Oficial de la Federación de 28 de diciembre de 1982, se reformó el artículo 22, en su párrafo segundo, en el cual se incluyó como pena la del **decomiso** de bienes en caso de enriquecimiento ilegítimo, en términos del artículo 109, que también fue reformado y publicado en esa fecha, y en él se señala que las leyes penales **sancionarán con el decomiso** y con la privación de la propiedad de dichos bienes, además de otras penas que correspondan. La pena de decomiso se extendió a los bienes propiedad del sentenciado, por delitos previstos como de delincuencia organizada o de aquéllos en que se haya conducido como dueño, si no acredita la legítima

procedencia de dichos bienes, por virtud de la reforma al segundo párrafo del artículo 22, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de julio de 1996.

4.- legislativa para definir delitos y sus castigos. El Poder Constituyente en su artículo 73, fracción XXI, otorgó al Congreso de la Unión la facultad de definir los delitos y sus castigos, de la manera siguiente:

Art.- El Congreso de la Unión tiene facultad:

I a XX. ...

XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse.

El 4 de mayo de 2009, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 73, fracción XXI, en la que se adicionó la facultad del Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de secuestro, que establezca, como mínimo, los tipos penales y sus sanciones, la distribución de competencias y las formas de coordinación entre la Federación, Distrito Federal, los Estados y los Municipios, así como legislar en materia de delincuencia organizada.

Asimismo, el 14 de julio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación otra reforma a la fracción XXI del precitado artículo, en la que también se facultó al Congreso de la Unión para expedir una ley general en materia de trata de personas, que establezca como mínimo los tipos penales y **sus sanciones**, la distribución de competencias y formas de coordinación entre los tres niveles de gobierno y el Distrito Federal.

5.- Autoridad legitimada para imponer las penas. El Poder Constituyente puntualizó que la autoridad judicial es la única facultada para imponer las penas, según el artículo 21, párrafo primero, parte primera, al disponer:

La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, el anterior texto se reformó de la manera siguiente:

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

Este párrafo hace la diferencia, en el contexto de la reforma constitucional, entre el juez de la audiencia de juicio y el **juez de ejecución de penas** del que nos referiremos posteriormente.

6.- Correspondencia entre el delito y la pena. El Poder Constituyente en el artículo 14, párrafo tercero, estableció la correspondencia entre el delito y la pena, en los términos siguientes:

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.

El anterior texto, solamente ha sido reformado en una ocasión para prohibir la pena de muerte, según Diario Oficial de la Federación de 9 de diciembre de 2005, por lo que el texto anterior está intocado.

7.- Lugar de extinción de las penas. El Poder Constituyente dispuso en el artículo 18, párrafo primero, parte segunda, y párrafo segundo, que el lugar de extinción de las penas debe ser distinto y estar completamente separado al de la prisión preventiva; y que los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán las colonias penitenciarias o presidios, en los términos siguientes:

Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

Por reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, del párrafo segundo, se suprimieron las colonias penitenciarias o presidios, dejando a la Federación y a los Estados organizar el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, así como intocada la separación de los lugares para la prisión preventiva y para la extinción de las penas.

8.- Fin de la pena corporal. El Poder Constituyente en el mismo artículo 18, párrafo segundo, dispuso que el sistema penal (colonias penitenciarias o presidios), se instituye como lugar para la regeneración sobre la base del trabajo, en los términos siguientes:

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán, en sus respectivos territorios, el sistema penal -colonias penitenciarias (sic) o presidios- sobre la base del trabajo como medio de regeneración.

En el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, se publicó la primera reforma que realizó el Poder Reformador al artículo 18, mediante la cual se estableció como fin del sistema penal la readaptación social, ya no sólo con base en el trabajo, sino también en la **capacitación para el mismo y en la educación**.

En el Diario Oficial de la Federación de 14 de agosto de 2001, se publicó la tercera reforma al artículo en comento hecha por el Poder Reformador, por medio de la cual se adicionó un último párrafo en el que se incluyó la reintegración a la comunidad como forma de readaptación social, mediante la compurgación de las penas en los centros penitenciarios más cercanos al domicilio de los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley.

En el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se publicó la reforma del párrafo segundo del precepto constitucional aludido, en la que se incluyó como fin de la pena la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, sobre la base, ya no solamente del trabajo, capacitación para el mismo y educación, sino además de *la salud y del deporte*.

En el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, se incluyó otro medio base para lograr la reinserción social de los sentenciados y procurar que no vuelva a delinquir, consistente en el *respeto a los derechos humanos*.

9.- Condena por convicción de culpabilidad; proporcionalidad y bien jurídico; y reparación del daño. Mediante reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el artículo 20, apartado A, fracción VIII, se consagró el principio general, del proceso penal acusatorio, consistente en que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. Y en el artículo 22, párrafo primero, se adicionó la parte segunda, en la que se estableció que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. Así mismo, por reforma al artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de septiembre de 2000, se incluyó como derecho de la víctima o del ofendido el que se le repare el daño, en los casos que sea procedente, el ministerio público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Este derecho a la reparación del daño se reiteró en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pero además se incluyó también el derecho de la víctima u

ofendido para solicitar de manera directa esa reparación, sin perjuicio de que también la solicite el ministerio público.³¹⁹

IV. ANTECEDENTES DEL JUEZ DE EJECIÓN DE PENAS

A) Escuela Positiva. El principio de la intervención del juez en la ejecución penal fue propugnada por la Escuela Positiva, partiendo de que la relación de la ejecución penal representa la prosecución de la relación jurídica entre el Estado y el autor del delito, con lo cual propagó la intervención del juez en la ejecución penal con las tareas principales de interpretar la sentencia, decidiendo los contrastes que surjan entre el Estado que procede a la ejecución y el condenado que la sufre y además la de vigilar la ejecución misma de las penas.³²⁰

La Escuela Positiva consideró que el proceso penal conduce a la imposición de la *pena como un medio de defensa social*, de tal manera que el fin del proceso penal es el restablecimiento de la igualdad de derechos y garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada, y debido a los indicios proporcionados por la ontología del propio tribunal se podrá determinar a qué categoría antropológica pertenecen y por tanto cuál sea su temibilidad; en consecuencia, en el proceso se averiguará si el imputado es realmente el autor del hecho, determinando las causas y circunstancias de éste, y ya fijada la relación causal entre el agente y el acto, se discutirá la absolución o condena, de manera que el objeto del juicio penal consistirá en el examen físico del delincuente, para inducir no el grado de su responsabilidad moral, sino de su temibilidad.³²¹

Esta tendencia del control jurisdiccional de la ejecución de las penas para garantizar los derechos subjetivos de los condenados, se acogió en el continente europeo por Italia, Francia y Polonia,³²² y al parecer en Latinoamérica por Brasil mediante la Ley Federal de 1922, confirmada por el Código de Procedimientos Penales de 1940 y ordenamientos legales ulteriores.³²³

B) El juez de vigilancia en Italia.

³¹⁹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de las Unión* (18 de octubre de 2011), disponible desde: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

³²⁰ Cfr. OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 1985, p. 157.

³²¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1977, p. 65.

³²² OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 157.

³²³ BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor, 2011, p. 62.

Las funciones asignadas al juez de vigilancia eran las siguientes: Inspección (vigilancia sobre el tratamiento carcelario de los condenados, según artículo 4 del Reglamento de los Institutos de Prevención y Pena de 1931). Consulta (opiniones otorgadas a las peticiones de concesiones de libertad condicional formuladas por los condenados y propuestas de gracia hecha por el Director), de acuerdo al artículo 633 ex. del Código de Procedimientos Penales Italiano de 1930. Decisoria (respecto a la asignación de los condenados a un establecimiento en particular, trabajo fuera del instituto carcelario y reclamaciones a la administración penitenciaria), de conformidad con el ex. artículo 634 del Código de Procedimientos Penales.³²⁴

El jurista italiano Antolisei, está de acuerdo en que la función de la pena no es la retribución, sino la conservación del orden jurídico; es decir, la protección de la sociedad contra las acciones de los individuos que ponen en peligro su existencia o su desarrollo y la defensa social. La Constitución italiana de 1947, en su artículo 27, proclamó que las penas deben tender a la reeducación de los condenados. En la mitad del siglo pasado, el derecho positivo italiano le asignó a la pena el carácter de castigo, con finalidades intimidatorias, pero también la función de enmendar al condenado como se advierte en el ordenamiento penitenciario de la Ley número 354 del 26 de julio de 1975, para cuya consecución se previó:

- 1) La organización del trabajo en el interior del establecimiento y también al aire libre;
- 2) La justa remuneración por el trabajo realizado, con la cual se trata de hacer atractivo ese trabajo, de modo que pueda ayudar a la regeneración del condenado y le compense por ello;
- 3) La instrucción de los reclusos, a la cual se provee mediante la institución de escuelas dentro de los establecimientos y la formación de bibliotecas;
- 4) La educación moral, que se realiza por medio de la asistencia religiosa;
- 5) Las actividades culturales, recreativas y deportivas;
- 6) La vigilancia del juez sobre la ejecución de la pena; y
- 7) El sistema progresivo de ejecución penal.³²⁵

Esta misma Ley número 354, en sus artículos 68 y 69, previó que el juez de vigilancia es un órgano judicial único que vigila la organización de los Institutos de Prevención y de Pena y con especial interés controla que el tratamiento reeducativo sea efectuado de conformidad a las leyes y con respeto a la dignidad de los detenidos. Asimismo, vigila que la custodia

³²⁴ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 157.

³²⁵ Cfr. ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Colombia, Editorial Temis, 1988, pp. 496, 498-500.

preventiva se ajuste a la ley y reglamento; aprueba el programa de tratamiento y cuando éste viola los derechos del condenado o internado, lo devuelve con las observaciones. Decide en torno a las reclamaciones de los detenidos e internos sobre la atribución del puesto de trabajo, el sueldo que debe recibir por el mismo y que esté asegurado médicamente; vigila que se cumpla principio de legalidad, el ejercicio del poder disciplinario del Director y que el derecho de defensa esté garantizado; provee sobre permisos y externación a hospital civil; autoriza que el detenido utilice su fondo de ahorro; y provee transferencia de los procesados a un instituto de ejecución de pena, después de que sentencia ha causado ejecutoria.³²⁶

La citada Ley número 354, en su artículo 70, estableció la Sala de Vigilancia que es un órgano colegial compuesto de un Magistrado de Vigilancia con funciones de Magistrado de Apelación que la preside; un juez de vigilancia y dos profesionales expertos en psicología, servicio social, psiquiatría, pedagogía o criminología. La función principal de esta Sala era la de otorgar previa solicitud y procedimiento jurisdiccional, los beneficios y medidas alternativas que concede el ordenamiento penitenciario a los condenados e internados, tales como el someter al detenido al servicio social, revocación anticipada de medidas de seguridad, otorgamiento de la semilibertad, reducción de la pena para la liberación anticipada, etc.³²⁷

El Código Italiano de Procedimiento Penal de 1930, normó la ejecución de la pena en sus artículos 141 al 149, que constituyeron la base del Reglamento para los institutos de prevención y de pena, aprobado por Real Decreto número 787 de 18 de junio de 1931. La mayor parte de esta materia, se incluyó en las normas acerca del ordenamiento penitenciario y de la ejecución de las medidas privativas y restrictivas de la libertad, aprobadas por la Ley número 357 de 26 de julio de 1975, modificada por las leyes números 1 y 450 de 1977, abrogando su artículo 89 la mayoría de los artículos del Código de Procedimientos Penales relacionados con la ejecución de la pena. De la anterior Ley 357, las normas del Código de Procedimiento Penal que en ese entonces quedaron intocadas (artículos 145 al 148) y del Reglamento número 431 de ejecución del decreto presidencial de 29 de abril de 1976, resultaron diversos principios fundamentales, de los cuales para efectos de nuestro trabajo destacamos el de la vigilancia del juez; en efecto, el Código establecía que la ejecución de las penas de detención debía ser vigilada por el juez, cuya intención del legislador fue que el juez después de declarar culpable al detenido mediante sentencia no lo desatendiera para evitar que quedara a merced de las autoridades carcelarias.

³²⁶ OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., pp. 158 y 159.

³²⁷ Ibidem, p. 159.

Principio que se amplió a la condena condicional, con la decisión a cargo de la Corte de Apelación y con más poderes para el juez de vigilancia.³²⁸

C) La Nueva Defensa Social. El jurista español Muñagorri casi al finalizar la década de los setentas del siglo pasado, confrontó la sanción penal y la postura del movimiento de política criminal humanista, contenida en la obra del jurista francés Marc Ancel intitulada *La Nueva Defensa Social* publicada en 1971, con apoyo también en otras obras anteriores y posteriores. Según Muñagorri, Ancel sostiene que el fin del derecho penal es la protección de la sociedad y de sus miembros contra la criminalidad, incluido el individuo delincuente; protección sustitutiva de la idea de represión y de retribución, realizable a través de un conjunto de medidas penales y extrapenales conectadas con la idea de peligrosidad, mediante el desarrollo de una política criminal considerada como un arte, dirigida a la persecución del crimen y al tratamiento resocializador como medios de humanización del derecho penal y en base al estudio científico del delito como hecho y de la personalidad del delincuente.³²⁹

Esta nueva defensa social de Ancel se diferencia de la nueva defensa social de Filipo Gramatica, quien sostiene como principios de ella los siguientes: El Estado no tiene el derecho de castigar, sino el deber de volver sociales a los individuos; sustitución de las penas por medidas preventivas, educativas y curativas, en relación con la antisocialidad subjetiva, noción biopsico-lógica de antisocialidad que sustituye a la noción de responsabilidad.³³⁰

Muñagorri refiere que Ancel utiliza los términos resocialización, reinserción y reeducación, para calificar la finalidad y el contenido del tratamiento, al expresar este último lo siguiente: Cuando la nueva defensa social hace de la resocialización el fin fundamental de la sanción penal, pone en primer plano la noción de reeducación, a la que le confiere un nuevo valor. Si la política criminal nueva es una política de reinserción social, no puede salir bien más que en tanto el hombre delincuente toma conciencia igualmente de su libertad, en tanto que se le hace libre en la medida en que no lo era. La nueva defensa social no pretende que todos los delincuentes puedan ser resocializados, sino pretende que el esfuerzo de reinserción social debe ser emprendido en principio para todos, en el sentido de buscar en la personalidad de cada delincuente posibilidades personales ulteriores de reinserción.³³¹

En consideración de Ancel, la transformación del Estado policía al Estado de bienestar, el delincuente ya no es el ciudadano convertido en el enemigo de las leyes al que es necesario corregir para que no vuelva a empezar,

³²⁸ Cfr. ANTOLISEI, Francesco, op. cit., pp. 518-519.

³²⁹ Cfr. MUÑAGORRI, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, España, editorial Reus, 1977, pp. 25 y 26.

³³⁰ *Ibidem*, p. 101.

³³¹ *Ibidem*, p. 136.

sino que es también el individuo en situación difícil y como ciudadano tiene un cierto derecho a su reincorporación social, que es un reflejo de una vocación esencial del ser humano a la sociabilidad; y que el tratamiento resocializador viene a ser un condicionamiento más o menos autoritario, impuesto al individuo y en el que se originaría como finalidad un conformismo puramente pasivo; el tratamiento no es una aceptación pasiva del delincuente resocializado de la sociedad como es en sus hábitos y conformismo tradicional, sino un proceso que tiende a devolver al hombre a sí mismo y no a entregarlo a una sociedad abusiva, privado de sus reacciones personales.³³²

Ancel distingue entre la individualización legislativa, judicial y del tratamiento, esta última ajustada a la personalidad del sujeto, no limitada a los elementos accidentales del delito ni a sus formas de aparición, sino realizada en base a un conocimiento de la personalidad del sujeto tras un examen médico-psicológico y social. Muñagorri estima que si para Ancel la personalidad del autor es el fundamento de la sanción considerada como tratamiento, no quiere decir que haya un derecho penal de autor frente a un derecho penal por el acto, sino que armoniza acto y sujeto, como se advierte por el propio Ancel al mencionar que el derecho penal clásico puso todo su esfuerzo en aislar el acto de la persona y desconocía la noción fundamental de personalidad. El derecho penal moderno se esfuerza en unir el acto y la personalidad. En cuanto derecho penal del acto permanece fiel al principio de legalidad de los delitos y las penas y a la intervención de un juez en el curso de un procedimiento legalmente organizado; y en el esfuerzo de tener en cuenta la personalidad, se dirige a una renovación completa del aparato de sanciones judiciales y al rejuvenecimiento correspondiente al antiguo proceso, sin desconocer los derechos fundamentales del acusado; el problema ha consistido en establecer un equilibrio entre los dos elementos: el acto sobre el que reposa la legalidad de la persecución; y la personalidad que sirve de fundamento al tratamiento individualizado.³³³

Para Ancel, el proceso moderno, como se le puede considerar en las perspectivas de la defensa social, no se termina necesaria y automáticamente con el pronunciamiento de la sentencia penal, pues desde el punto de vista de una sana política criminal de tratamiento, la fase de ejecución está incluida en el proceso entendido *lato sensu*. Respecto a la inclusión del juez de ejecución de penas en el Código de Enjuiciamiento penal italiano de 1930, Ancel considera que entraña consecuencias importantes: en adelante el juez colabora con la administración penitenciaria y participa en la elaboración y en la aplicación del tratamiento, transformándose en la expresión y la garantía de una nueva legalidad penitenciaria. Que este movimiento de reforma es universal, en tanto

³³² Ibidem, pp. 136 y 137.

³³³ Ibidem, pp. 138 y 139.

que tiende a reconocer los derechos subjetivos y un estatuto jurídico al condenado en el curso de la pena.³³⁴

Para Muñagorri, si la justicia penal que defiende Ancel, no termina con el pronunciamiento judicial sobre la materialidad del hecho y la culpabilidad del sujeto, ni en la determinación de la sanción, sino que, interesada por el futuro del delincuente, la justicia penal continúa su realización en la ejecución de la sanción, en la incidencia en que esta aplicación tiene en el sujeto delincuente, así como en el cuerpo social, es innegable la importancia prioritaria de la fase de ejecución, ya que es en ella donde se va a comprobar si la respuesta social que la sanción supone cumple los fines de reinserción preventiva que se propone, lejos de ser ya una respuesta que se da en razón del pasado y que, una vez dada, se olvida su valor jurídico-penal.³³⁵

V. PERSPECTIVAS DEL SISTEMA DE REINSERCIÓN

A) Perspectiva dogmática constitucional. En el siglo XX, cuando se expidió la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, predominaba la influencia del derecho penal clásico, ya que en el diseño del sistema penal adoptado en dicha Constitución, se advierten rasgos característicos de él. Efectivamente, el Poder Constituyente le otorgó al Congreso de la Unión, en el artículo 73, fracción XXI, la facultad de definir los delitos y sus castigos. Este último vocablo denota represión por medio de las penas, las cuales a nivel constitucional consistieron en muerte; prisión; trabajo obligado y sin justa retribución; suspensión de derechos o prerrogativas; y destitución o inhabilitación, siendo penas principales la dos primeras, las demás accesorias.

Venustiano Carranza, en su proyecto de reformas a la Constitución, propuso la organización del sistema penitenciario en el artículo 18, en los términos siguientes:

Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas. Toda pena de más de dos años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del Gobierno federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los

³³⁴ Ibidem, pp. 145-147.

³³⁵ Ibidem, p. 147.

*Estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieren en dichos establecimientos.*³³⁶

La comisión de constitución en su dictamen opuso una objeción al anterior artículo, destacada por el Diputado Truchuelo, secretario de la misma, consistente en la centralización del régimen penitenciario en todo el país, proponiéndose que los Estados establezcan el régimen penitenciario sobre la base del trabajo, como medio de regeneración del delincuente.³³⁷ El Diputado Pastrana Jaimés, también objetó el proyecto respecto a la prisión preventiva por delito que merezca pena alternativa (pecuniaria o corporal).³³⁸

El Diputado Macías, señaló que Beccaria protestó contra el sistema de la venganza privada y fundó el principio de lo que se ha llamado derecho penal clásico, en el cual el que delinquía debía la reparación correspondiente al mal que había causado, no solamente para regenerarse, sino que para que sirviese de preventivo a todos los miembros de la sociedad que podrán imitar su conducta; es decir, debe ser castigado, no sólo para que se regenere y no vuelva a cometer otro delito, sino que para su castigo sirva de ejemplo a los demás miembros de la sociedad y éstos se abstengan de cometer un delito semejante. Que sobre este sistema clásico penal está basado el Código Penal y la Constitución de 1857; sin embargo, la experiencia ha demostrado que ese sistema es vicioso, falso e ineficaz, ya que no hay delito como entidad objetiva, sino delinquentes y no delito; la delincuencia en el derecho penal científico moderno, es concreta. Del derecho penal clásico, vinieron los sistemas penitenciarios; y hoy es el sistema de la readaptación o adaptación del individuo. La cárcel, hoy, y los sistemas penales deben tener exactamente el mismo objeto que tiene la educación de la niñez en la escuela y en la familia: preparar al individuo para poderlo lanzar al mundo, pudiendo subsistir o convivir tranquilamente con sus semejantes.³³⁹

Según el Diputado Macías, Venustiano Carranza después de meditar los antecedentes de organización de las prisiones en Estados Unidos, Inglaterra y Alemania, pensó que era necesario abolir las penas crueles y trascendentales, acabar con las penitenciarías, que son instrumentos de tortura, ya que también acaban con los sentimientos nobles que pudiera tener el delincuente y con la salud. Y agrega, que conforme al sistema penal de Beccaria se estableció el sistema penitenciario, el cual lejos de regenerar al individuo lo hacen más delincuente, lo cual se palma en la penitenciaría de México, cuyo doctor en ella durante muchos años, Ricardo de la Cueva, elaboró estadística y concluyó que la

³³⁶ Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917, Tomo II, p. 347.

³³⁷ *Ibidem*, p. 645.

³³⁸ *Ibidem*, p. 646.

³³⁹ *Ibidem*, p. 646-650.

mayor parte de los penitenciados se morían, los que salían delincían de nuevo y la reincidencia era extraordinaria, lo que demuestra que no se conseguía la regeneración del delincuente. Carranza quiso que se adoptara el sistema moderno, el cual en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania y Francia, son las colonias penales, las colonias agrícolas, las que están a cargo de médicos y profesores, con el objeto de estudiar cada caso y las condiciones de cada individuo para hacerlo útil y devolverlo a la sociedad.³⁴⁰

El Poder Constituyente en el artículo 18, párrafo segundo, constitucional, dispuso que el sistema penal (colonias penales o presidios), se instituye para la regeneración sobre la base del trabajo; es decir, a la pena se le asignó el fin de regenerar al delincuente con base en el trabajo. Tratándose de las dos penas principales, respecto de la muerte era imposible conseguir ese fin.

Y en cuanto a la de pena de prisión, su aplicación y ejecución iba acompañada con la suspensión de los derechos y prerrogativas, al disponer el artículo 38, fracción III, constitucional que los derechos y prerrogativas de los ciudadanos se suspenden *durante la extinción de una pena corporal*; o sea privativa de la libertad. Es decir, el sentenciado a pena de prisión, era una persona que no tenía derechos mientras cumplía dicha pena. De manera que la pena de prisión no solamente afectaba su libertad personal, ya que trascendía a toda su esfera jurídica. En estas condiciones, ¿Qué derechos tenía el condenado a pena de prisión, durante su estancia en la cárcel? La Constitución de 1917 en su texto primigenio nada dice al respecto.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en tesis aislada sostiene que la suspensión recae en las prerrogativas del ciudadano y no en los derechos.³⁴¹ Sin embargo, podríamos interpretar que el único posible derecho que tenía era el de regenerarse por sí mismo mediante el trabajo, el cual corresponde al fin de la pena de prisión, la que por su expresión original utilizada, o sea, *castigo*, evidenciaba la retribución y un fin preventivo-especial. Asimismo, la pena de prisión no estaba vinculada con algún efecto social; es decir, no tenía un fin preventivo general, sino que el fin regenerativo recaía en el cuerpo y mente del prisionero, lo que nos permite señalar que el fin regenerador de la pena de prisión estaba adscrito a la teoría absoluta de la pena.

³⁴⁰ Ibidem, pp. 650 y 651.

³⁴¹ PATRIA POTESTAD. SU EJERCICIO NO SE SUSPENDE POR LAS CAUSAS QUE SEÑALA EL ARTÍCULO 38 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Apéndice del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo I, Tesis: 2020, página: 1394, (Amparo directo en revisión 716/97.-María de la Luz Ayala González y coag.-3 de febrero de 1998.-Unanimidad de diez votos.-Ausente: Humberto Román Palacios.-Ponente: Mariano Azuela Güitrón.-Secretaria: Irma Rodríguez Franco.

En el anterior contexto, la autoridad judicial al dictar sentencia e imponer el castigo, pena privativa de libertad, también se desvinculaba del delincuente, pero a este fue ligado a los gobiernos de la federación y de los estados por lo que hace a la ejecución de la pena de prisión, de cuyos establecimientos nos da cuenta de ello Javier Piña y Palacios, en los términos siguientes: al final del siglo XIX y principios del siglo XX, era triste el panorama mexicano en materia carcelaria, ya que carecían de lugares de reclusión o penitenciarías Aguascalientes, Campeche, Saltillo, Colima, Tuxtla Gutiérrez, Guanajuato, Pachuca, Toluca, Morelia, Oaxaca, Querétaro, San Luis Potosí, Culiacán, Hermosillo, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Zacatecas, Baja California y Quintana Roo. Chihuahua conservaba una torre que sirvió de cárcel para Hidalgo; Durango poseía una penitenciaría; Guadalajara contaba con una escuela penitenciaria; Cuernavaca, una de sus alas del Palacio de Cortés sirvió de prisión desde 1815, en la que estuvo Morelos.³⁴²

En el Distrito Federal, existían la penitenciaría, la cárcel general (de Belem, destinada para procesados) y las casas de corrección para menores. El Castillo de San Juan de Ulúa, dependía del gobierno federal. En 1900 se inauguró la penitenciaría de Lecumberri; y la colonia penitenciaria de las islas marías fue creada en 1908.³⁴³ Con motivo de la revolución armada, Lecumberri alojó individuos de peligro social o a desafectos al régimen imperante, por sus seguridades de reclusión; asimismo, al ser destruida la cárcel de Belem por bombardeos, fueron trasladados los procesados no fugados a Lecumberri; aquella cárcel se clausuró en 1933, lo que provocó que los internos procesados o sentenciados a penas menores, mujeres y hombres, fueran trasladados a Lecumberri. En opinión del Doctor Ojeda Velázquez, el reglamento de Lecumberri era un conjunto de normas congruentes con la finalidad de obtener *el arrepentimiento y la enmienda del delincuente y por ello represivo*, pero era el inicio de actitud humanitaria, si no humanista, pues se comenzaba a tomar en cuenta la manera de ser del individuo para sancionarlo o estimularlo.³⁴⁴

En el Diario Oficial de la Federación de 23 de febrero de 1965, se publicó la primera reforma que realizó el Poder Reformador al artículo 18, mediante la cual se estableció como fin del sistema penal la readaptación social, con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación. Esta reforma dio un viraje hacia la prevención especial, ampliando los medios para ello, pero permaneció el condenado desvinculado de la autoridad judicial en la ejecución de la pena y suspendidos sus derechos o prerrogativas.

³⁴² Citado por OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, op. cit., p. 127.

³⁴³ Ibidem, pp. 128-130.

³⁴⁴ Ibidem, pp. 140 y 141.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, en tesis aislada sostiene que en las discusiones del Congreso Constituyentes se advierte que la readaptación con sus elementos para lograrla, se traduce en una garantía para quienes ingresan en ese sistema, consistente en la obligación del Estado de brindar tales elementos; sin embargo, no se estableció como garantía individual de los sentenciados por la que necesariamente deban ser reintegrados al núcleo social, y menos de manera anticipada, pues de considerarlo así, además de haberlo expresado como lo hizo en diversos preceptos que sí prevén garantías individuales, hubiera establecido las bases para que el sistema penitenciario valorara el grado de readaptación social logrado por cada reo y, una vez alcanzado el idóneo, tuviera derecho inmediato a su liberación, por carecer ya de objeto su reclusión.³⁴⁵

En resumen, cuando entró en vigor la Constitución de 1917, estaba vigente el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California sobre delitos del fuero común y para toda la república sobre delitos contra la federación de 7 de diciembre de 1871, en el cual la pena prevista para cada delito era fija, cuyo término se le denominó término medio, al que se podía reducir un tercio y era término mínimo o bien aumentar un tercio de su duración al que se le denominó término máximo, según las agravantes o atenuantes; la pena de prisión iba acompañada con el trabajo forzoso, lo cual concuerda con la Constitución de 1857, en la que no se plasma expresamente ninguna función de la pena, pero el trabajo en la Constitución de 1917 se toma en cuenta para regenerar a los sentenciados a prisión.

Primero la función de la pena es regenerar y después la readaptación social y procurar que no vuelva a delinquir, pero ¿Qué significan? ¿Son conceptos diferentes? Según el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, regenerar significa dar nuevo ser a algo que degeneró, restablecerlo o mejorarlo; y hacer que alguien abandone una conducta o unos hábitos reprobables para llevar una vida moral y físicamente ordenada. Readaptar, significa adaptarse de nuevo, volver a adaptarse, y adaptarse significa acomodarse, avenirse a diversas circunstancias, condiciones, etc. Y procurar que no vuelva a delinquir, implica evitar o apartarlo de que cometa otros delitos en el futuro, es decir, prevenir.

³⁴⁵ READAPTACIÓN SOCIAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 18 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN SU TEXTO ANTERIOR A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 18 DE JUNIO DE 2008. NO ES UNA GARANTÍA INDIVIDUAL DE LOS SENTENCIADOS POR LA QUE NECESARIAMENTE DEBAN SER REINTEGRADOS AL NÚCLEO SOCIAL (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXI, abril de 2010, Tesis: I. 4°.P.53 P, página 2799, (Amparo en revisión 167/2009. 3 de diciembre de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Olga Estrever Escamilla. Secretaria: Lorena Oliva Becerra).

Luego entonces, la regeneración en el texto primigenio de la Constitución de 1917, tenía como finalidad que el sentenciado cambiara, se le restableciera o mejorarlo sobre la base del trabajo, lo que da la pauta para pensar que se consideraba que el ocio o la vagancia eran una fuente de conductas que degeneraban al individuo, al cual se le podía hacer resurgir, restablecer o mejorarlo mediante el trabajo, dignificando así a la persona.

Por readaptar, en la primera reforma al artículo 18, párrafo segundo, constitucional, entendemos que el sentenciado debe volver a acomodarse o avenirse a las circunstancias o condiciones imperantes que reclama y espera la sociedad para su tranquilidad y seguridad, o sea, el respeto a los bienes jurídicos de los miembros de la sociedad; acomodamiento que puede lograrse por medio del *trabajo, la capacitación para el mismo y la educación*. Nótese que ya no se considera suficiente el trabajo, sino además la capacitación y la educación.

Regenerar, no tenía una función preventivo especial; y readaptar si tiene una función preventivo-especial. Los medios utilizados para la función de regenerar y readaptar, han sido ineficaces o los operadores del sistema penitenciario son los ineficaces, dado que se han incrementando tales medios y pese a ello la reincidencia es abrumadora, lo cual nos conduce a preguntarnos:

¿El trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, son insuficientes para lograr la prevención especial?.,

¿El Estado mexicano considera que las personas delinquen porque no tienen trabajo, porque no están capacitadas para el mismo y porque no tienen educación?.,

¿El Estado genera las condiciones para que las personas delincan, al no crear las oportunidades para todos de contar con un trabajo, de capacitarse para el mismo y de tener un espacio educativo?’,.

¿Por qué el Estado les brinda a los sentenciados a prisión, los medios mencionados, y no antes de que delincan cuando están en libertad?.,

¿El Estado como rector de la economía del país, ha diseñado o adoptado políticas económicas que han hecho inasequible la existencia de los medios mencionados, tanto en la sociedad en libertad como en la sociedad en prisión para la función de la pena?.,

¿El Estado para obligarse a hacer efectivos los derechos fundamentales del trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, requiere que los ciudadanos estén en la cárcel?.,

¿El Estado y las familias durante el desarrollo de los niños deben preocuparse y ocuparse en construir las condiciones necesarias para concientizarlos en el respeto de los valores morales, éticos, culturales, jurídicos, a efecto de contar en el futuro con mejores ciudadanos o virtuosos, etc.?

¿La corrupción y la impunidad son factores que han hecho nugatorio todo el sistema penal?

¿Es legítima la función de la pena, cuando se condena a prisión, a quien contaba con un trabajo, estaba capacitado para el mismo y tenía educación, y pese a todo ello delinquirió?, etc.

Por Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, se reformaron diversos artículos constitucionales, mediante los cuales cambiaron el sistema penitenciario por el sistema de reinserción social, ampliándose los elementos para lograrlo: ya no solamente con base en el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, sino además *la salud y el deporte*. Y se incluye el propósito de procurar que no vuelva a delinquir.

Así, la pena tiene doble sentido: retrospectivo y prospectivo, y una función preventivo-especial. En el primer sentido, actúa sobre un hecho delictivo del pasado; en el segundo, se dirige al futuro para reinsertar al sentenciado en sociedad; y la función de la pena, estriba en que no vuelva a delinquir el condenado a la privación de su libertad personal.

Asimismo, en la mencionada reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el artículo 20, apartado A, fracción VIII, se consagró el principio general, del proceso penal acusatorio, consistente en que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad del procesado. Y en el artículo 22, párrafo primero, se adicionó la parte segunda, en la que se estableció que toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado. Así también, es importante mencionar que por reforma al artículo 20, apartado B, fracción IV, constitucional, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 21 de septiembre de 2000, se incluyó como derecho de la víctima o del ofendido el que se le repare el daño, en los casos que sea procedente, el ministerio público está obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria. Este derecho a la reparación del daño se reiteró en la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, pero además se incluyó también el derecho de la víctima u ofendido para solicitar de manera directa esa reparación, sin perjuicio de que también la solicite el ministerio público.

En cuanto al principio general relativo a que el juez sólo condenará cuando exista convicción de la culpabilidad, nos está indicando que el juicio de reproche recaerá en el autor o partícipe del injusto penal y la imposición de la pena será porque se tiene la convicción de que es culpable, de donde se infiere que la función de la pena hacia el futuro es de carácter preventivo especial. En lo que se refiere al otro principio de que la pena será proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado, entendemos que va dirigido al legislador para cuando elabore un tipo penal con su respectiva pena, en cuyo caso será con el objeto de proteger siempre a un bien jurídico, pero además fijando un mínimo y un máximo de duración de la pena, los cuales deben ser proporcionales con respecto al bien jurídico afectado. El bien jurídico protegido, nos está revelando que entonces la pena también tiene una función preventivo general, al conminar con una pena la afectación del bien jurídico, para que la población se abstenga de realizar dicha afectación. Y por lo que hace al derecho a la reparación del daño de la víctima u ofendido, se vincula con las sanciones penales, tanto con la pena privativa de libertad (en la que para determinar el quantum de la pena se toma en consideración el daño ocasionado), como con la pena pecuniaria (como medio para resarcir el daño ocasionado a la víctima u ofendido), de ahí que es un elemento a considerar en la función de la pena.

Desde el punto de vista de la ejecución y cumplimiento de la pena, ésta tendrá la función preventivo-especial, es decir, para que no vuelva a delinquir mediante una forma que es la reinserción social por medio del trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, así como con respeto a los derechos humanos, de conformidad con la reforma de diversos artículos constitucionales publicada en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, entre ellos el artículo 18.

A) Perspectiva penológica. El Código Penal Federal, en su artículo 25, establece que la pena de prisión tendrá una duración de 3 días a 60 años como límite máximo, en los términos siguientes:

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

La privación de libertad preventiva se computará para el cumplimiento de la pena impuesta así como de las que pudieran imponerse en otras causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso

a prisión. En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea.

La Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 11, establece una pena de 40 a 70 años de prisión, cuando la víctima es privada de la vida por los autores o partícipes de los delitos previstos en dicha Ley, en el tenor siguiente:

Si la víctima de los delitos previstos en la presente Ley es privada de la vida por los autores o partícipes de los mismos, se impondrá a éstos una pena de cuarenta a setenta años de prisión y de seis mil a doce mil días multa.

El artículo 19 de dicha Ley General, prohíbe la reducción de las penas de prisión, salvo en el caso de que colaboren en materia de delincuencia organizada, en los términos siguientes:

Los sentenciados por los delitos a que se refiere la presente Ley no tendrán derecho a los beneficios de la libertad preparatoria, sustitución, conmutación de la pena o cualquier otro que implique reducción de la condena.

Quienes colaboren proporcionando datos fehacientes o suficientes elementos de convicción a la autoridad en la investigación y persecución de otros miembros de la delincuencia organizada o de bandas de personas dedicadas a la comisión de delitos en materia de secuestros y para la localización y liberación de las víctimas conforme al Código Penal Federal y la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, tendrán derecho a los beneficios citados en el primer párrafo del presente artículo, siempre que concurran todas las condiciones que a continuación se enuncian:

I. Respecto de los delitos sancionados con una pena que no exceda de cuatro años de prisión;

II. El sentenciado acepte voluntariamente la colocación de un dispositivo de localización por el tiempo que falte cumplir la pena de prisión y pague el costo de su operación y mantenimiento;

III. El sentenciado sea primodelincuente;

IV. En su caso, cubra la totalidad de la reparación del daño o de manera proporcional, cuando haya sido

condenado en forma solidaria y mancomunada y sea determinada dicha reparación;

V. Cuento con una persona conocida que se comprometa y garantice a la autoridad penitenciaria el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el sentenciado;

VI. Compruebe fehacientemente contar con un oficio, arte o profesión o exhiba las constancias adecuadas que acrediten que continuará estudiando;

VII. Cuento con fiador, y

VIII. Se obligue a no molestar a la víctima y a los testigos que depusieron en su contra, así como a sus parientes o personas vinculadas a éstos.

Como podemos apreciar, el Código Penal Federal establece como límite máximo de duración de la pena de prisión, el de 60 años; mientras que en la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, establece como límite máximo de duración de la pena de prisión, el de 70 años, sin posibilidad de reducción.

En este contexto, si el sistema penal comprende a los imputables que tienen 18 años de edad, en el supuesto de que algún joven de ésta edad cometa el delito de secuestro o participa en el mismo y priva de la vida a la víctima y es condenado a la pena máxima, obtendrá su libertad a los 88 años de edad, si es que no muere antes. Según el INEGI (Instituto Nacional de Estadística y Geografía), la esperanza de vida al nacer en 1990 era de 70.6 años; y en 2010 era de 75.4 años de vida, siempre y cuando se mantuvieran a lo largo de su vida las condiciones de mortalidad prevacientes del presente.³⁴⁶ El mismo Instituto, en esperanza de vida por sexo, en 1990 para hombres era de 67.7; y para mujeres era de 73.5; en 2012 en hombres 73.4; y para mujeres 78.1 años de vida, sobre la base de las tasas de mortalidad por edad para un año determinado.³⁴⁷

De acuerdo a la esperanza de vida al nacer en 2012, para hombres y mujeres, no llega a los 88 años de edad; de manera que la pena de prisión máxima de 70 años está casi a la par de la esperanza de vida del hombre al nacer en México, pues la diferencia es de 3.4 años. Lo anterior, significa que el

³⁴⁶ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Página principal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (13 de enero de 2012) México de un vistazo 2011, disponible desde: http://buscador.inegi.org.mx/search?q=esperanza+de+vida+2011&site=default_collection&btnG=Buscar&tx=promedio_de_vida&CboBuscador=default_collection&client=frontend_1&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=frontend_1&getfields=*&entsp=a_inegi_politica&Proxyreload=1&numgm=5&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&exclude_apps=1&tlen=900

³⁴⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Página principal del Instituto Nacional de Estadística y Geografía* (13 de enero de 2012), *Esperanza de vida según sexo 1990-2011*, disponible desde: <http://www.inegi.org.mx/sistemas/sisept/Default.aspx?t=mdemo129&c=23598&s=est>

límite máximo de la pena de prisión de 70 años, prevista en la precitada Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, es vitalicia; es decir, nos encontramos ante la presencia de la pena de prisión vitalicia o cadena perpetua, que es la de mayor intensidad.

Acerca de este tipo de pena, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia se pronunció en principio en el sentido de que constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional.³⁴⁸ Posteriormente, modificó dicha tesis por otra tesis de jurisprudencia, en la que sostuvo lo contrario; es decir, que la prisión vitalicia no constituye una pena inusitada de las prohibidas por el precitado artículo 22 constitucional.³⁴⁹ En esta última tesis no se argumentó razonablemente los fines de la pena de prisión, entre ellos el de la readaptación social en ese entonces. Actualmente, con el cambio al sistema de reinserción social e inclusión del juez de ejecución de penas, por virtud de la reforma a los artículos 18 y 21 constitucionales, entre otros, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 18 de junio de 2008, consideramos que el Pleno de la Corte tendrá que reconsiderar si la prisión vitalicia o perpetua constituye una pena inusitada de las prohibidas por el artículo 22 constitucional. En efecto, ya que expresamente en la Constitución se señala que el sistema penitenciario tiende a la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, con base en el trabajo, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte, observando los beneficios que para él prevé la ley. En este sentido, la prisión vitalicia o cadena perpetua pugna con los fines de la pena de prisión.

El Tribunal Constitucional de Perú, respecto a la cadena perpetua no declaró su inconstitucionalidad, bajo el criterio de que todas las objeciones que suscitaba su establecimiento en el sistema penal podían subsanarse si se

³⁴⁸ PRISIÓN VITALICIA. CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 CONSTITUCIONAL, (Tesis de Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, Octubre de 2001, Tesis P./J.127/2001, página 15, (Contradicción de tesis 11/2001. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Cuarto en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de octubre de 2001. Mayoría de seis votos. Ausentes: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, José Vicente Aguinaco Alemán y José de Jesús Gudiño Pelayo. Disidentes: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Encargado del engrose: Humberto Román Palacios. Secretario: Francisco Octavio Escudero Contreras). El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada hoy dos de octubre en curso, aprobó, con el número 127/2001, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dos de octubre de dos mil uno.

³⁴⁹ PRISIÓN VITALICIA. NO CONSTITUYE UNA PENA INUSITADA DE LAS PROHIBIDAS POR EL ARTÍCULO 22 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, (Tesis de Jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Tesis: P./J.1/2006, página 6, (Solicitud de modificación de jurisprudencia 2/2005-PL. Presidente Mariano Azuela Güitrón, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia y Sergio A. Valls Hernández, Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. 29 de noviembre de 2005. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretarios: Rafael Coello Cetina y Alberto Díaz Díaz). El Tribunal Pleno, el tres de enero en curso, aprobó, con el número 1/2006, la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a tres de enero de dos mil seis. Nota: En su sesión de 29 de noviembre de 2005, el Tribunal en Pleno determinó modificar la tesis P./J. 127/2001, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XIV, octubre de 2001, página 15, para quedar aprobada en los términos de la diversa P./J. 1/2006.

introducía una serie de medidas que revirtieran su carácter intemporal, exhortando al legislador para que realice las modificaciones legislativas pertinentes, destacando lo siguiente:

... actualmente, para supuestos análogos, como es el caso de la cadena perpetua en el estatuto de la Corte Penal Internacional ..., se ha previsto la posibilidad de revisar la sentencia y la pena, luego de transcurrido un determinado número de años. Y si bien dicho instrumento normativo no es aplicable para el caso de los sentenciados por los delitos regulados por los decretos leyes impugnados, el legislador nacional puede adoptar medidas de semejante naturaleza a fin de contrarrestar los efectos inconstitucionales de no haberse previsto una fecha de culminación con la pena de cadena perpetua.

En ese sentido, debe recordarse que el estatuto en referencia forma parte del derecho nacional, al haber sido ratificado mediante Decreto Supremo 079-2001-RE, y ella contempla la posibilidad de disponer la reducción de la pena, la que puede efectuarse sólo después de que el recluso haya cumplido las 2/3 partes de la pena o 25 años de prisión en el caso de la cadena perpetua (STC00010-2002-AI/TC, fundamentos 191-192).

Asimismo, sugirió un régimen especial en materia de beneficios penitenciarios, para posibilitar la efectividad de los principios de dignidad de la persona y resocialización (STC0010-2002-AI/TC, fundamento 193), concluyendo que la cadena perpetua sólo es inconstitucional si no se prevén mecanismos temporales de excarcelación, vía los beneficios penitenciarios u otras que tengan por objeto evitar que se trate de una pena intemporal. Derivado de esta sentencia, el Congreso Legislativo delegó por medio de la Ley 27913 al Ejecutivo la facultad de legislar Decretos Legislativos para adecuar el régimen jurídico de la cadena perpetua, lo cual se hizo en el Decreto Legislativo 921, en cuyo artículo 1 se incorporó la revisión de la pena de cadena perpetua al cumplirse los 35 años de privación de libertad; y ordenó el artículo 4, la incorporación de un capítulo en el Código de Ejecución Penal sobre el procedimiento de la revisión de la cadena perpetua.³⁵⁰

B) Perspectiva desde la dignidad humana. LeFranc sostiene que la invocación de la dignidad humana a nivel mundial se llevó a cabo a partir de la mitad del siglo XX, derivado de las atrocidades cometidas durante el

³⁵⁰ Cfr. LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2010, pp. 55 y 56.

nacionalsocialismo, como se advierte en el consenso declarado en el primero y segundo considerando del preámbulo de la Declaración Universal de Derechos del Hombre, al aseverar: *Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el desprecio de los derechos del hombre han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad*".³⁵¹

Esta invocación del principio de la dignidad humana por el derecho, fue parcialmente como consecuencia del debate entre las corrientes iusnaturalistas y positivista, al ser rechazado en Alemania el positivismo jurídico desde la conclusión del dominio nazi, como se advierte en Radbruch quien era positivista antes del nacionalsocialismo y después cambió su postura afirmando que el positivismo jurídico había dejado indefensos a los juristas y al pueblo frente a leyes arbitrarias, crueles y criminales.³⁵²

En la interpretación acerca de la dignidad humana, dado que no existe una tradición interpretativa sobre ella, la corriente dominante optó por acudir a la obra de Kant ofreciendo una interpretación formal de raíz ilustrada (relacionada con una moral formal, universal, absoluta, ahistórica, etc.), la cual al parecer los tribunales constitucionales la adoptaron en sus sentencias, dejando de considerar el imperativo categórico de Kant, como proposición sintética a priori, haciéndolo incompatible con la invocación a la dignidad en la precitada Declaración y en constituciones.³⁵³ Por lo que si no es posible trasladar directamente al ámbito jurídico los conceptos ético-filosóficos de Kant, es posible estudiar la dignidad desde la óptica del análisis filosófico de la experiencia humana, básicamente la de las víctimas.³⁵⁴

Los primeros instrumentos internacionales en donde se invocó la dignidad humana, fue como hemos visto la Carta de las Naciones Unidas de 26 de junio de 1945, en su preámbulo; y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, en su preámbulo y en su artículo 1 al establecer: *Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternamente los unos con los otros*.³⁵⁵

También en las constituciones de diversos países europeos se acogió la dignidad humana: Constitución Alemana de 1949, en su artículo 1 (*La dignidad*

³⁵¹ Cfr. LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana*, México, Ubijus editorial, 2011, pp. 11 y 20.

³⁵² *Ibidem*, p. 13.

³⁵³ *Ibidem*, p. 15.

³⁵⁴ *Ibidem*, p. 30.

³⁵⁵ Organización de las Naciones Unidas, *Página principal de la Organización de las Naciones Unidas* (17 de enero de 2012), Resolución de la Asamblea General A/RES/217 (III), en su 183ª sesión plenaria, 10 de diciembre de 1948, disponible desde: [http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/217\(III\)](http://www.un.org/Docs/asp/ws.asp?m=A/RES/217(III))

del hombre es sagrada y su respeto y protección constituyen un deber para todas las autoridades del Estado); Constitución de la República Italiana, en su artículo 3 (Todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales); Constitución Española de 1978, en su artículo 10.1 (La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social). Y en América Latina, la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 1 (Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general).³⁵⁶

Respecto al concepto dogmático de la dignidad humana, el Supremo Tribunal Constitucional español en su sentencia STC 53/1985, foja 8, afirmó: *La dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás.*³⁵⁷

El Tribunal Constitucional Federal alemán, en su sentencia BVerfGE 45, 187 (227), manifestó: *a la norma de la dignidad de la persona subyace la concepción de la persona como un ser ético-espiritual que aspira a determinarse y a desarrollarse a sí mismo en libertad. La Ley Fundamental no entiende esta libertad como la de un individuo aislado y totalmente dueño de sí mismo, sino como la de un individuo referido y vinculado con la comunidad.*³⁵⁸

En la referida sentencia del Supremo Tribunal Constitucional Español, en opinión de Lefranc, el aspecto espiritual y la autodeterminación (autonomía) acusan conceptos de Kant, pero además en otra parte de la misma resolución se afirma que la dignidad de la mujer excluye considerarla como un instrumento. Sin embargo, también en dicha sentencia se hacen referencias ambiguas o polivalentes respecto a la dignidad, como un *valor jurídico fundamental* en la dimensión moral de la vida humana; como *germen o núcleo de unos derechos que le son inherentes*; *valor espiritual y moral inherente a la persona*; *un principio*; *un valor constitucional de muy relevante significación*. Y reconoce que los derechos derivados de la dignidad humana no son absolutos, ni esta puede prevalecer sobre aquéllos, ya que la prevalencia supone la desaparición de un bien constitucionalmente protegido, por ende, el intérprete constitucional debe ponderar los bienes y derechos, armonizándolos o fijando

³⁵⁶ LEFRANC WEEGAN, Federico, op. cit., pp. 33 y 34.

³⁵⁷ Ibidem, p. 38.

³⁵⁸ Idem.

las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.³⁵⁹

En México, se ha construido el concepto de dignidad, inclusive se ha definido y fijado su naturaleza. La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia señaló que el artículo 1 constitucional protege la dignidad humana, *la cual es condición y base de todos los derechos humanos*.³⁶⁰

El Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia definió la dignidad humana como *el origen, la esencia y el fin de todos los derechos humanos*.³⁶¹

El mismo Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, en tesis de jurisprudencia, aseveró lo siguiente:

*La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.*³⁶²

³⁵⁹ Ibidem, pp. 38 y 39.

³⁶⁰ DERECHO PENAL DE ACTO. RAZONES POR LAS CUALES LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS SE DECANTA POR DICHO PARADIGMA (INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LOS ARTÍCULOS 10., 14, TERCER PÁRRAFO, 18, SEGUNDO PÁRRAFO, Y 22, PRIMER PÁRRAFO), (tesis aislada), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro II, noviembre de 2011, Tesis: 1°.CCXXIV/2011 (9°.), página 197, (Amparo directo en revisión 1562/2011. 24 de agosto de 2011. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Julio Veredín Sena Velázquez).

³⁶¹ DIGNIDAD HUMANA, DEFINICIÓN DE, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: 1.5°.C.J/30 (9°.), página 1528, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Incidente de suspensión (revisión) 286/2010. 30 de septiembre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Miguel Ángel Silva Santillán. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

³⁶² DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO, (Tesis de jurisprudencia), Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro I, octubre de 2011, Tesis de jurisprudencia: 1.5°.C.J/31 (9°.), página 1529, (Amparo directo 309/2010. 10 de junio de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 657/2010. 21 de octubre de 2010. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretaria: Carmina Cortés Pineda. Amparo directo 170/2011. 25 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Walter Arellano Hobelsberger. Secretario: Enrique Cantoya Herrejón. Amparo directo 371/2011. 22 de julio de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Hirám Casanova Blanco. Amparo directo 504/2011. 10. de

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia, en tesis aislada, sostiene que la dignidad humana constituye un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos los demás derechos necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, de entre los que se encuentran el derecho a la vida, integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, los que aun cuando no se enuncian expresamente en la Constitución, están implícitos en los tratados suscritos por México.³⁶³

La Primera Sala, antes de la reforma constitucional de 18 de junio de 2008, en el que se incluyó el sistema de reinserción social, en torno al principio de igualdad en relación con los sustitutivos de la pena de prisión y los beneficios de la condena condicional, cuyos requisitos están previstos en los artículos 70 y 90 del Código Penal Federal, respectivamente, sostiene en tesis aislada que no violan el mencionado principio ya que configuran instituciones y medidas que orientan la política criminal y penitenciaria del Estado al objetivo de la readaptación social del delincuente, de tal suerte que se está en el ámbito de afectación directa de los derechos fundamentales de los individuos, ya que la Constitución no otorga a los sentenciados un derecho inviolable a que se sustituya por otra medida la pena de prisión que en una sentencia firme les haya impuesto o a que se les aplique una condena condicional en lugar de una condena ordinaria, además de que no está ligada una faceta estrechamente con la dignidad humana, pues no puede sostenerse que de la aplicación o no de los mencionados institutos dependa la debida salvaguarda de la dignidad humana, por lo que no se está ante normas que establezcan clasificaciones entre los ciudadanos, sino ante disposiciones legales dictadas en cumplimiento a lo mandado por el artículo 18 constitucional, respecto a un sistema penal orientado

septiembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca).

³⁶³ DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XXX, diciembre de 2009, página 8, Tesis aislada P.LXV/2009, (Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve).

a la readaptación social y en cumplimiento del cual tienen un margen de discreción normativa y aplicativa notable.³⁶⁴

A finales de los años sesenta del siglo XX, Maihofer aseveró que la ley penal compatible con la dignidad del hombre no sólo tiene que ser configurada y aplicada en su función de tutela, según el principio *in dubio pro libertate* (la máxima permisión y mínima posible limitación de la libertad), así como definida en su función de garantía conforme a ese principio. Y agrega, que el respeto a la dignidad humana en el individuo, aún cuando éste sea acusado y condenado como criminal, prohíbe no sólo el castigo de inocentes, también la pena por sospechas sin prueba convincente de la culpabilidad (según el principio *in dubio pro reo*) y en general toda pena sin culpabilidad (según el principio *nulla poena sine culpa*) o que exceda la medida de la culpabilidad del autor por su hecho.³⁶⁵

En España, el Tribunal Constitucional en su sentencia STC 65/1986 refiere que el principio de proporcionalidad de la pena, se puede derivar de la cláusula del Estado de Derecho, del valor justicia y del principio de la dignidad humana. Y que el artículo 15 resulta vulnerado porque también la prohibición de penas inhumanas y degradantes contiene implícitamente el principio de proporcionalidad, pues sólo la pena proporcionada a la gravedad del hecho es humana y respetuosa de la dignidad de la persona, es decir, no degradante.³⁶⁶

En Alemania, en la sentencia del Tribunal Constitucional Federal BVerfGE 45, 187, se sostiene que el mandato de respetar la dignidad humana significa especialmente que se prohíben penas crueles, inhumanas y denigrantes.³⁶⁷

Respecto a la prohibición de penas inusitadas y trascendentales, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la Quinta Época, interpretó por pena inusitada aquella que ha sido abolida por inhumana, cruel, infamante, excesiva, que no corresponde a los fines que persigue la penalidad, porque no llena las características de una eficaz sanción, como las de ser moral, personal, divisible, popular, tranquilizadora, reparable y ejemplar; o bien,

³⁶⁴ IGUALDAD. LOS ARTÍCULOS 70 Y 90 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVIÉN RESPECTIVAMENTE, LOS SUSTITUTIVOS DE LA PENA DE PRISIÓN Y LOS BENEFICIOS DE LA CONDENA CONDICIONAL, NO VIOLAN ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, (Tesis aislada), Novena Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XX, diciembre de 2004, página 363, Tesis aislada 1ª.CXXXIV/2004, (Amparo directo en revisión 988/2004. 29 de septiembre de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Rosalba Rodríguez Mireles)..

³⁶⁵ MAIHOFFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Argentina, B de F editorial, 2008, pp. 146, 149 y 150.

³⁶⁶ LEFRANC WEEGAN, Federico, op. cit., pp. 61 y 62.

³⁶⁷ *Ibidem*, p. 62.

aquellas que aun cuando no hayan existido sean de la misma índole de las citadas. Y trascendental significa que afectan a los parientes del condenado.³⁶⁸

Lefranc estima que esta clase de mandatos (de respetar la dignidad humana, prohibiendo penas crueles, inhumanas y degradantes) quizá son relativizados a partir de interpretaciones que afectan, por ejemplo, a las personas sometidas a prisión, cuya condición puede repercutir en la interpretación de sus derechos y por ende en su dignidad personal, como el caso referido por Alexy, en el que el Tribunal Constitucional alemán le dio precedencia a la comunidad estatal por sobre el principio de la dignidad de una persona condenada a cadena perpetua. Iñaki estima que ese tipo de interpretación particular devalúa los derechos fundamentales de los reclusos, lo que provoca la configuración de una ciudadanía de segunda categoría.³⁶⁹

C) Perspectiva en los instrumentos internacionales y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos por medio de sus resoluciones en la defensa de los mismos cuando las víctimas están reclusas. Destacaremos a continuación los textos internacionales de los que México es Parte y que forman parte de la Ley Suprema de la Unión. En el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 10, numeral 3, establece que el sistema penitenciario consistirá en un *tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados*. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica.³⁷⁰

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se dispone en el artículo 5, numeral 6, que las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.³⁷¹

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 5 señala que ni la peligrosidad del detenido o penado, ni la inseguridad del establecimiento carcelario o penitenciario pueden justificar la tortura.³⁷² Y en su artículo 7, se comprometen los Estados a tomar medidas para

³⁶⁸ PENAS INUSITADAS Y TRASCENDENTALES, (Tesis aislada), Quinta Época, Instancia: Primera Sala, Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Tomo XLII, página 2103, (Amparo penal directo 15328/32. Arriaga Pineda María. 26 de octubre de 1934. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Enrique Osorno Aguilar. La publicación no menciona el nombre del ponente).

³⁶⁹ Ibidem, pp. 62 y 63.

³⁷⁰ Secretaría de Relaciones Exteriores, *Página principal de la Secretaría de Relaciones Exteriores*, (13 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

³⁷¹ Idem.

³⁷² Idem.

el adiestramiento de agentes de policía y demás funcionarios responsables de la custodia de las personas privadas de su libertad provisional o definitiva, en los interrogatorios, detenciones o arrestos, se ponga especial énfasis en la prohibición del empleo de la tortura; y para evitar otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.³⁷³

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 37, establece que los Estados Parte velarán por que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Además, de que no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.³⁷⁴

El Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en su artículo 77 referente a las penas, en su numeral 1 prevé que la pena de reclusión no excederá de 30 años; o la reclusión a perpetuidad cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado.³⁷⁵

Otros instrumentos internacionales importantes son las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; Procedimiento de Aplicación de las reglas Mínimas; Principios para la Protección de las Personas Sometidas a cualquier forma de detención o prisión; Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; Acuerdo modelo sobre el Traslado de Reclusos Extranjeros; Convención Interamericana para el Cumplimiento de Condenas Penales en el Extranjero, etc.³⁷⁶

En el sistema regional interamericano, la Corte ha emitido medidas provisionales protectoras de la integridad personal de víctimas que se encontraban recluidas en centros penitenciarios, en condiciones que violan la Convención Americana. En el caso Loayza Tamayo, la Corte requirió al Estado modificar la situación de la víctima, respecto al aislamiento celular en que se encontraba e incomunicación en el pabellón de máxima seguridad.³⁷⁷

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ Idem.

³⁷⁵ Idem.

³⁷⁶ Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, *Página Principal del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente* (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.ilanud.or.cr/medidas-relativas-al-hacinamiento-de-las-prisiones-y-alternativas-al-encarcelamiento/programa-sistemas-penitenciarios-y-derechos-fundamentales-en-america-latina/556-instrumentos-internacionales-que-apoyan-esta-accion.html>

³⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Página principal de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (13 de enero de 2012), disponible desde: <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>. Loayza Tamayo. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte de 13 de septiembre de 1996, punto resolutivo primero; y Resolución de la Corte de 11 de noviembre de 1997, considerando único y punto resolutivo primero.

En el caso internado judicial de Monagas “La Pica”, la Corte requirió la adopción de medidas para la protección de la vida y la integridad personal de los presos internados en la Pica, en donde por actos de violencia murieron 43 internos y 25 internos heridos, en condiciones de hacinamiento, falta de separación de internos por categorías, deficientes condiciones sanitarias, físicas y de seguridad, con la carencia de personal calificado y entrenado; y había ingreso y posesión de armas. En esta resolución la Corte destacó no la protección individualizada sino general de los internos.³⁷⁸

Otros casos en los que la Corte adoptó medidas provisionales son el de las penitenciarías de Mendoza (Argentina); asunto de los Niños y Adolescentes en el “Complejo do Tatuapé da FEBEM respecto de Brasil; asunto de las personas privadas de libertad de la Penitenciaría “DR. Sebastián Martins Silveira”, en Araraquara, Sao Paulo, respecto de Brasil; asunto de la cárcel de Urso Branco respecto de Brasil, etc.³⁷⁹

D) Perspectiva de las propuestas legislativas. Por ser la más completa y actual expondremos la que el Subsecretario de Enlace Legislativo de la Secretaría de Gobernación, envió a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión el 14 de abril de 2011, relativa a la Iniciativa del Ejecutivo Federal, con proyecto de Decreto por el que se expide la Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, y se reforma La Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la cual se publicó en la misma fecha en la Gaceta Parlamentaria de la precitada Cámara de Diputados.

Tal proyecto de Ley contiene seis títulos: el primero se refiere al objeto y ámbito de validez, y contiene un capítulo sobre disposiciones generales; el segundo prevé el sistema penitenciario, con tres capítulos respecto al servicio de seguridad penitenciaria, administración penitenciaria y operación penitenciaria en sus vertientes de infraestructura penitenciaria, plataforma tecnológica de información y seguridad, traslados nacionales e internacionales y servicios coordinados de salud; el título tercero, aborda el régimen penitenciario en cinco capítulos tocantes a las obligaciones y derechos de los internos procesados, sentenciados y preliberados; orden y disciplina en los complejos, centros e instalaciones penitenciarias, régimen interior, disciplina, sanciones; integración del expediente único; reinserción en sus aspectos de evaluación inicial, clasificación y reclasificación; ejes relativos al trabajo penitenciario, capacitación para el mismo, educación, salud y deporte; e industria penitenciaria. El título cuarto, contempla los regímenes especiales: centros especiales y medidas de

³⁷⁸ Idem, ver además respecto de asuntos de diversos centros penitenciarios de Venezuela, resoluciones de 13 de enero de 2006; 9 de febrero de 2006; 3 de julio de 2007; 12 de agosto de 2009; 24 de noviembre de 2009; y 6 de julio de 2011.

³⁷⁹ Idem.

vigilancia especial; y lo relativo a los enfermos mentales; en el título quinto, se regula la duración y modificación de la pena, así como la ejecución de las sanciones penales, sustitutivos penales y la condena condicional, ejecución de la pena privativa de libertad, beneficios preliberacionales y la extinción de la pena mediante el cumplimiento de la misma y el indulto, sanción pecuniaria, vigilancia de la autoridad, tratamiento de inimputables y medidas cautelares impuestas por la autoridad jurisdiccional. Y en el título sexto, se establece el desarrollo profesional penitenciario, con los rubros servicio profesional de carrera penitenciaria, profesionalización del personal penitenciario, régimen disciplinario del personal penitenciario, condición del servicio, consejo de desarrollo penitenciario y el procedimiento.

En el proyecto de reforma, también se propone la adición del artículo 50 Quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en donde se contempla la figura del juez de ejecución federal, con sus facultades.³⁸⁰

A manera de resumen, en dicho proyecto de Decreto se establecen las bases del sistema penitenciario federal, la administración de la prisión preventiva, punitiva y medidas de vigilancia especial; y distingue entre la ejecución de sanciones por parte del ejecutivo federal; y la modificación y duración de las penas que corresponde al poder judicial de la federación.

El sistema penitenciario federal es definido como el conjunto de normas e instrumentos para la organización y ejecución de la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales vinculadas a la vigilancia, de las sanciones penales que importan privación o restricción de la libertad individual, de las medidas de vigilancia especial, del seguimiento, control y vigilancia de los preliberados, integrados por los órganos y autoridades encargadas de la reinserción.

Prohíbe la subrogación de los servicios de seguridad, administración, dirección y demás que corresponda prestar a la Secretaría de Seguridad Pública del gobierno federal, en los complejos, centros e instalaciones penitenciarias.

Precisa las funciones del juez de ejecución, consistentes en realizar el cómputo de la duración de las penas o medidas de seguridad; modificar las penas, basándose en el dictamen emitido por el órgano de administración y seguridad penitenciaria federal, en el resultado de la atención técnico-interdisciplinaria y en las pruebas que ofrezca el interno; solicitar información relativa al programa de reinserción aplicado a los internos; aplicar la ley más

³⁸⁰ Cámara de Diputados del Congreso de a Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados*, (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

favorable a los sentenciados, modificando la pena cuando les resulte benéfica; tramitar y resolver los incidentes que se tramiten en materia de modificación y duración de las penas, en el procedimiento jurisdiccional de ejecución; resolver las propuestas de solicitud de beneficios que supongan una modificación en las condiciones de cumplimiento de la condena; ordenar la detención del sentenciado en libertad que no cumpla con las condiciones impuestas para gozar del beneficio preliberacional; garantizar a los sentenciados su defensa en el procedimiento de ejecución, informándoles su derecho a designar un defensor o nombrarle un defensor público; decretar como medida de seguridad, a petición del Órgano, la custodia del interno que padezca enfermedad mental de tipo crónico, continuo e irreversible a cargo de una institución del sector salud, representante legal o tutor acreditado, para que se le brinde la atención y tratamiento asilar; otorgar el sustitutivo penal, siempre que se cumpla con los requisitos legales.

En cuanto a las facultades del órgano de administración y seguridad penitenciaria federal, están señaladas las de aplicar el procedimiento de clasificación y reclasificación a fin de determinar la atención técnica-interdisciplinaria y el nivel de seguridad, custodia e intervención más apropiado para los internos; entregar al juez la información técnico-jurídica para la realización del cómputo de la duración de las penas; emitir dictamen que contenga los niveles de intervención aplicados a los sentenciados en los cinco ejes de la reinserción y el resultado de la atención técnica interdisciplinaria; enviar a la autoridad judicial la información de la atención técnica interdisciplinaria que se aplique a los sentenciados y la información del sistema de reinserción aplicado a los internos; autorizar el acceso a particulares y autoridades a los complejos, centros e instalaciones penitenciarias; imponer sanciones a los internos por violar el régimen de disciplina; proponer o hacer llegar las solicitudes de beneficios que supongan modificación a las condiciones de cumplimiento de la pena o reducción de la misma a favor de los internos; presentar a la autoridad judicial diagnóstico que determine el padecimiento físico mental crónico, continuo e irreversible; ejecutar, controlar y vigilar las sanciones privativas de la libertad que imponga la autoridad jurisdiccional competente; verificar y controlar el cumplimiento de la vigilancia personal y monitoreada a los procesados en libertad y preliberados; proponer convenios con homólogas de las entidades federativas; aplicar las sanciones penales impuestas por autoridades del fuero común y que se cumplan en establecimientos federales, en virtud de convenios; determinar la atención técnica interdisciplinaria aplicable para la ejecución de la sanción penal por la autoridad judicial competente y que sea aplicada por la autoridad penitenciaria de las entidades federativas, sobre la base del convenio respectivo; dirigir, organizar, supervisar y controlar el funcionamiento y operación de los complejos, centros e instalaciones penitenciarias; atender la petición de la

autoridad jurisdiccional o ministerial competente para reubicar a internos a quien deban aplicarse medidas especiales de protección para garantizar su integridad con motivo de la investigación o proceso correspondiente.

Desarrolla las facultades de la seguridad, administración y operación penitenciaria. Describe la infraestructura penitenciaria: complejos, centros e instalaciones penitenciarias.

Describe los niveles de seguridad: nivel I, mínima, y II, mínima restrictiva (puertas con bisagra y celdas sin seguridad y sin control de apertura, módulos comunitarios o estancias unitarias); niveles III, media, y IV, alta (puertas con bisagra y celdas y cerraduras de alta seguridad, módulos o estancias unitarias o compartidas, con llaves de alta seguridad); nivel V, máxima, y VI, súper máxima (puertas y celdas con sistema electrónico y centro de control, módulos y estancias unitarias, puertas dobles se abren una a la vez y por control remoto, la seguridad externa incluye esclusas controladas con control remoto, dispositivos con sensores y detectores).

Crea y define las zonas territoriales de los complejos y centros penitenciarios federales (áreas de seguridad y protección, poligonal externa, perímetro de protección y amortiguamiento de seguridad.

Los bienes muebles, inmuebles y espacio aéreo de los complejos, centros e instalaciones penitenciarias federales, se consideran instalaciones de seguridad pública y seguridad nacional, estratégicas.

Crea una plataforma tecnológica de información y seguridad, aplicada a la supervisión interior, exterior, aplicación, tecnologías de la información y las demás necesarias para su funcionamiento.

Otro de los aspectos destacables son los derechos de los procesados, sentenciados y preliberados, así como el régimen del personal penitenciario, etc.³⁸¹

E) Perspectivas doctrinarias. Expondremos la concepción que tienen algunos sobresalientes juristas de diversos países, en torno a la función de la pena.

1. Alemania. Liszt, en su famoso Programa universitario de Marburgo de 1882 (La idea de fin en el derecho penal), expresa que la pena es coacción, se

³⁸¹ Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Página principal de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión*, (19 de enero de 2012), disponible desde: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>

dirige contra la voluntad del delincuente, deteriorando o destruyendo bienes jurídicos en los que su voluntad encontrará corporización. La coerción es indirecta y directa. En la indirecta ofrece al delincuente los motivos que le faltan, adecuados para disuadirlo en la comisión de delitos, multiplica y fortalece los motivos existentes, opera como artificial adecuación del delincuente a la sociedad, por corrección al fortalecer motivos altruistas, sociales, y por intimidación al fortalecer motivos egoístas coincidentes en su efecto con los altruistas; y la corrección directa, en el que la pena es secuestro del delincuente transitoria o persistente neutralización, expulsión de la comunidad o aislamiento dentro de ella, como artificial selección del individuo socialmente inepto. Corrección, intimidación y neutralización, son los inmediatos efectos de la pena, los móviles que subyacen en ella y mediante los cuales protege los bienes jurídicos.³⁸²

La corrección es para los delincuentes que la necesitan y capaces de ella; la intimidación para los delincuentes que no necesitan de corrección; y la neutralización para los delincuentes que no son susceptibles de corrección, son los irre recuperables, a los que como no se les puede decapitar, ahorcar o deportar, no queda otra cosa más que la privación de libertad de por vida (en su caso, por tiempo indeterminado).³⁸³

Según Edmundo Mezger la pena en sentido amplio abarca todas las consecuencias jurídico-penales del hecho punible; implica a la pena en sentido estricto, la que está delimitada y señalada por la relación interna entre la consecuencia jurídicas y el hecho punible cometido, y la define como la imposición de un mal proporcionado al hecho, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido, es en esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido; se basa en la conminación fijada en la ley, adquiere su forma mediante la imposición y es experimentada por el castigado con la ejecución.³⁸⁴

Toda acción humana, prosigue Mezger, tiene un fin, por lo que la pena debe tener un fin como acción humana y estatal en el ámbito del derecho, que consiste en la prevención del delito (*punitur, ne peccetur*), actuando sobre la colectividad o sobre el individuo que tiende a cometer, comete o ha cometido un delito; es decir, prevención general y prevención especial, de lo que se infiere que la pena abarca tres momentos: la conminación, la imposición y la ejecución de la pena sobre el individuo. Sin embargo, la pena va más allá, actúa y debe actuar sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la colectividad, intimidando para prevenir el delito y para educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos. En la prevención especial también, pero en

³⁸² VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, UNAM, 1994, pp. 111 y 112.

³⁸³ *Ibidem*, pp. 115 y 120.

³⁸⁴ MEZGER, Edmundo, *Derecho penal*, Tomo I, Argentina, Valleta ediciones, 2004, p.245.

forma propia y característica, ya que los fines de la pena se incluyen en la seguridad, con la que la comunidad debe estar asegurada contra el delincuente; y en la corrección, liberando al delincuente de sus tendencias delictivas, es decir, resocializarlo, que es educar y actuar pedagógico-individual, en libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena.³⁸⁵

Refiere que por ejecución de la pena se entiende todo lo que es necesario para concretar el cumplimiento de la pena, para realizar inmediatamente el mal que ésta impone; ejecución y cumplimiento de la pena pertenecen al derecho procesal penal. En Alemania se abandonó el sistema de prisión celular y se exaltó el cumplimiento de la pena por grados, que ya no se ajusta a criterios actuales.³⁸⁶

Welzel, sostiene que la naturaleza y función de la pena se manifiesta en el que la sufre (aspecto personal) y en el que la impone (aspecto estatal). En el aspecto personal de la pena el autor la sufre y sus contemporáneos la perciben; en el autor incide en el sentido susceptible de aprehensión intelectual de la pena (problema del sentido de la pena); y en el autor y en sus contemporáneos, en su fuerza de impresión vivencial (problema de la impresión de la pena). En el problema del sentido de la pena, ésta es un mal que se impone al autor para que sufra por el hecho culpable, se basa en la retribución adecuada a la culpabilidad. En este sentido de la pena se sigue la justificación y la medida del mal de la pena: la pena se justifica como retribución adecuada a la medida de culpabilidad, este sentido se dirige a la comprensión y a la voluntad del hombre tanto del autor como de la sociedad en que vive. La retribución presenta el desvalor del hecho y refuerza el juicio ético-social, armoniza el merecimiento de la pena y la pena y posibilita al autor tomar sobre sí la pena como justa expiación de su culpa.³⁸⁷

Y respecto a la impresión de la pena, ésta no debe ser entendida sólo en su sentido sino también vivida y experimentada como mal, dirigido a las funciones profundas del hombre: sentimientos, instintos y aspiraciones. En el aspecto estatal, el fundamento de la pena radica en su carácter indispensable para la existencia del ordenamiento jurídico, ésta relatividad se ignora en el principio de la retribución.³⁸⁸

Para Roxin, en Alemania la política criminal ha evolucionado por etapas: la primera, después de la posguerra hasta 1962, retomó la tradicional teoría de los fines de la pena formulada a partir de la filosofía idealista alemana, ligada a las doctrinas de la iglesia, conforme a lo cual la pena sirve a la realización de la justicia, en la medida que compensa la culpabilidad del autor y restaura el

³⁸⁵ Ibidem, pp. 257-260.

³⁸⁶ Ibidem, pp. 268 y 269.

³⁸⁷ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Traductor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 3ª. edición, Chile, editorial jurídica de Chile, 1987, pp. 326 y 327.

³⁸⁸ Ibidem, p. 328.

derecho transgredido, por lo que dominaba la teoría retributiva que da paso a un sistema sancionador estructurado gradualmente: reclusión, prisión y arresto, como tres penas privativas de libertad de diferente gravedad, a mayor culpabilidad más severa la retribución. Segunda fase, hasta 1975, la retribución como fin de la pena se desplaza a la prevención; es decir, la idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante retribución es sustituida por la tarea social de prevención de delitos. Tercera fase, desde 1975, las orientaciones preventivas han imperado, pero se ha desplazado de la prevención especial a la prevención general, porque la corrección individual se concilia mal con la tendencia de minimizar los riesgos de la sociedad, los déficits de personalidad individual tiene un papel más limitado que el aseguramiento de la sociedad y la pretensión resocializadora no ha conseguido resultados convincentes con autores de delitos clásicos.³⁸⁹

En opinión de Roxin, la teoría del sistema social de Luhmann, ha contribuido en la ciencia penal alemana, por mediación de Jakobs, al desviar la atención del autor individual y dirigirla al mantenimiento del sistema social en su conjunto. La prevención general positiva, o sea, el mantenimiento y la práctica en la fidelidad del derecho, representa actualmente en Alemania el papel principal de la finalidad de la pena, cuya repercusión práctica es anteponer la prevención general, seguridad, ante el autor individual, y su intimidación frente a la meta resocializadora, lo que se refleja en la legislación alemana, al intensificar los presupuestos de las medidas de seguridad y aumentar los marcos penales.³⁹⁰

El propio Roxin señala que toda su obra académica se basa en una política criminal que corresponde a la segunda fase (prevención especial y prevención general, delito basado en la lesividad social y derechos fundamentales del acusado) en la que permanece todavía, considerando que la mejor política criminal en un estado de derecho consiste en conciliar lo mejor posible la prevención general, la prevención especial orientada a la integración social y la limitación de la pena, cuya combinación ha logrado la reparación en el sistema sancionatorio, con efecto preventivo general; el resarcimiento de la víctima y la conciliación de ésta y el autor, restablece la paz jurídica en pequeños delitos, el orden jurídico y se demuestra la fuerza prevalente del derecho de forma clara para la población.³⁹¹ La pena tiene finalidad preventiva, pero para su imposición no es suficiente la culpabilidad del autor, ya que la pena tiene que ser necesaria tanto desde el punto de vista especial y general, de lo contrario la pena no tiene justificación teórica, legitimación social y no debe imponerse.³⁹²

³⁸⁹ ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, España, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 17-28.

³⁹⁰ *Ibidem*, p. 29.

³⁹¹ *Ibidem*, pp. 31-33.

³⁹² *Ibidem*, pp. 60 y 61.

Lesch, expone que la prevención especial es el apartar al autor de futuros delitos; idea que tuvo su apogeo en Alemania en los años sesenta y setenta del siglo pasado, donde se le rubricó como resocialización, que trata de retornar al camino correcto a quien se ha desviado, a aquél que no se ha adaptado correctamente a la sociedad; es decir, se trata de un acto de asistencia estatal, lo cual pudiera tener algo que ver con los jóvenes menores de veintiún años de edad. Pero ¿Cómo funciona una educación coactiva estatal con hombres adultos? Dentro de estas teorías de la prevención especial de la pena, distingue entre la negativa: la seguridad es el objetivo, hacia el futuro; y la positiva: resocialización, como fundamento y fin de la pena.³⁹³

Lesch pregunta ¿De dónde proviene el derecho a educar y tratar a personas adultas contra su voluntad? Que no se puede negar que la resocialización, implica un alto grado de intervencionismo estatal, que tiene poco que ver con la tradición liberal. La prevención especial positiva es fruto de una concepción política, que de facto no define al individuo como una persona autónoma, o sea, como libre y responsable en el sentido liberal, sino que lo define como un objeto sometido a los procesos de control estatal, por lo que es evidente que cuanto más administre el Estado el ámbito del individuo, más se le sustrae su propia responsabilidad, que es sustituida por una responsabilidad colectivo-estatal. Que esta teoría es una utopía, por la falta de medios necesarios para alcanzar los objetivos que predica, porque no existen criterios efectivos para la resocialización de delincuentes o porque la sociedad no es suficientemente madura para la idea de la resocialización.³⁹⁴

Jakobs sostiene que el contenido y función de la pena no se pueden configurar sin la existencia del orden en el que se pune y sin la comprensión de su sentido. En la existencia de un orden, un Estado para asegurar su existencia, empleará la pena de modo que al menos a corto plazo garantice la eficacia; mientras en un Estado sin problemas graves de existencia puede asumir la ineffectividad a corto plazo para conseguir la paz interna, evitando penas severas. Respecto a la comprensión del sentido del orden, depende que se entienda a la pena, por ejemplo, desde la teoría de conflictos, como medio de lucha de la clase dominante. Las notas comunes que permiten hablar de pena unitaria, pese a las diferencias de órdenes y entendimientos sobre él, son que la pena es siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. Se trata de un problema normativo, o sea, de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación. La pena no debe definirse un mal contra el injusto

³⁹³ LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 53, 56 y 57.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 58 y 59.

como otro mal, sino que hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable.³⁹⁵ La pena ha de entenderse más bien como la marginalización del hecho en su significado lesivo para la norma y como constatación de que la estabilidad normativa de la sociedad permanece inalterada; la pena es confirmación de la identidad de la sociedad, esto es, de la estabilidad normativa y con la pena se alcanza este fin de la pena siempre.³⁹⁶

Hassemer, de las experiencias alemanas sobre el abuso sexual a menores, consejo de defensa y defensores del muro, así como de la corrupción, sostiene que después de la posguerra la justicia no atacó la criminalidad de Estado de los nazis, sino que utilizó construcciones conceptuales discutibles, lo que condujo a la impunidad de los guardianes, instigadores y ordenadores en los campos de concentración nazis, planteando ¿qué metas racionales hubiera podido tener la aplicación de una pena a los que ostentaban el poder?. La idea de resocializarlos es absurda, no solo por la edad de los afectados sino porque no infringieron la norma. Para las víctimas tiene sentido aplicar la pena. La orientación al delincuente del concepto de resocialización está superada y también la orientación hacia el futuro en el concepto de intimidación y en el de resocialización, así como la ideología de la adaptación en la resocialización y prevención general. La atención a la víctima se agrega al concepto normativo de los fines de la pena: la satisfacción o la reparación a la víctima, lo que hace referencia a la rehabilitación de la persona lesionada, la reconstrucción de su dignidad personal, lo cual es diferente como sentido de la pena, a la resocialización e intimidación: Víctima en sentido normativo somos todos, con lo cual se trata de asegurar las normas fundamentales. La pena encuentra su sentido como instrumento del derecho penal en su globalidad, incluido el derecho procesal y derecho constitucional. Actualmente, se habla del poder simbólico de la pena, lo cual es admisible si de manera permanente y seria se trabaja en torno a un proyecto que sustituya el derecho penal por algo mejor.³⁹⁷

2.- España. Mir Puig sostiene que el derecho penal español sirve a la función de prevención de delitos por razón de su gravedad y peligrosidad, frente a la sociedad en general (prevención general), en los tres momentos de conminación típica, determinación de la pena y ejecución de la condena; y frente al delincuente (prevención especial) tal vez en el momento de la determinación judicial de la pena y en la ejecución de la pena.³⁹⁸

³⁹⁵ GUNTHER, Jakobs, *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, España, Marcial Pons, ediciones jurídicas, 1997, pp. 8 y 9.

³⁹⁶ GUNTHER, Jakobs, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Traducción de Teresa Manso Porto, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 27 y 28.

³⁹⁷ Cfr. HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Colombia, Temis, 1999, pp. 105-119.

³⁹⁸ MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición, Argentina, B de F, 2003, p. 91.

3.- Chile. Respecto a esta función preventivo-especial, Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée (español), la colocan en la categoría de las teorías preventivo-especiales de la pena, por la que entienden que la pena, o mejor dicho, la ejecución de la pena de prisión ha de estar orientada a la *reinserción social* del condenado, considerada desde un punto de vista diferente, ya que no se trata de aislar al delincuente hasta su reforma, sino por el contrario de actuar positivamente para facilitarle su reinserción social, mediante estímulos que se traducen en progresivos beneficios penitenciarios, con el objeto de facilitarle una futura vida en libertad con la reintegración del autor en la comunidad jurídica.³⁹⁹

Agregan estos autores que las teorías absolutas responden a la pregunta ¿Qué es la pena?, es retribución al mal causado o reparación del derecho quebrantado; es decir, aluden a una función simbólica de la pena. Las teorías relativas se responden a la pregunta ¿Para qué sirve la pena?, para prevenir delitos, lo cual refiere una función instrumental de la pena. Que la función simbólica encubre la realidad de la pena, pero si se acepta y se trata de expresar su realidad, ello debe partir con la relación que tiene con el Estado: el sistema penal cumple una función de control social. Cuando la hipótesis normativa cobra vida en la realidad social y con el sistema penal estatal, se impone una pena y después la ejecuta, el Estado se autoafirma en esa realidad social como poder coercitivo. Desde la función instrumental de la pena, su finalidad no podrá ser otra que reforzar los derechos del individuo como persona.⁴⁰⁰

4. México. Montes Oca, sostiene que está agotado el sistema readaptatorio, basándose en cifras de los centros penitenciarios y la sobrepoblación en ellos, dando ejemplo entre el período de 1995-2002, lo que según él propicia intentos de fuga, motines, riñas, homicidios, suicidios, huelgas de hambre, autogobiernos, tráfico de drogas y de armas, por lo que se apunta que se requiere una reforma integral penitenciaria.⁴⁰¹ Por nuestra parte, podríamos agregar, como factores adicionales la reclusión de gente inocente y la corrupción. Montes de Oca, propone que la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de los Sentenciados, debe ser sustituida por un Código Federal de Ejecución de Sanciones, con el que el juez de ejecución de penas cumplirá con la aplicación del derecho y conducirá todo un proceso para otorgar, negar o disminuir beneficios de libertad anticipada y sustitutivos de la pena y resolver asuntos relacionados con los internos sentenciados; el ministerio público vigilar la legalidad de las resoluciones, oponerse y ofrecer pruebas en caso de que el sentenciado no merezca el beneficio solicitado o la cancelación de la medida adoptada; y el defensor de oficio o particular del sentenciado, para

³⁹⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, España, Editorial Trotta, 2004, pp. 55 y 56.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, pp. 57 y 58.

⁴⁰¹ RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 2008, pp. 29-35.

ofrecer e intervenir en el desahogo y combatir las pruebas del ministerio público y resoluciones del juez de ejecución de penas.⁴⁰²

Montes de Oca, propone que la reforma constitucional debe establecer como obligatorias para todos los internos, las actividades laborales, educativas, de capacitación para el trabajo y las médico-toxicológicas que pudiera necesitar, por lo cual propone la reforma de los siguientes artículos constitucionales: artículo 3, para incluir la educación en los centros de ejecución de penas y de tratamiento de menores; artículo 5, para incluir el trabajo obligatorio para procesados y sentenciados; y 18, a efecto de modificar la facultad de organizar el sistema penal por el de organizar el sistema penitenciario; y para incluir como obligatorios el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación para los internos.⁴⁰³ Hace una propuesta de Código Federal de Ejecución de Sentencias.⁴⁰⁴

Sobre la figura del juez de ejecución de penas como reforma mexicana penitenciaria para el siglo XXI, que defiende Montes de Oca, no la considera así Sánchez Galindo, ya que lo primero que advierte es un cambio total de estructuras y paradigmas sobre todo el universo del derecho, en especial el penal.⁴⁰⁵ El brasileño Barros Leal, considera que la readaptación choca con una realidad que la rechaza y al decir de Elías Neuman ha perdido toda credibilidad y todo valor en el campo criminológico, porque su base fáctica resulta de una inconsecuencia: ¿cómo privar de la libertad para enseñar a vivir en ella?; y al decir de Souza, educar para la libertad en condiciones de no-libertad es no sólo de difícil realización sino constituye también una utopía irrealizable.⁴⁰⁶

5.- Brasil. Barros Leal, sostiene que ante la decadencia de la cárcel hay que tomar en cuenta la experiencia desarrollada en el mundo sobre la vigilancia electrónica, la que en su primer fase de 1960 a 1970 fue dominada por un grupo de psicólogos americanos que pretendió con el uso del transmisor portátil controlar desde lejos la conducta de reincidentes crónicos, a fin de reformarlos y curarlos; en la segunda etapa de 1970 a 1984 hubo apatía hacia los medios telemáticos de control a distancia; y en la tercera fase resurge el interés por la nueva tecnología y su implantación en el sistema penal, para aplicarlo a acusados o condenados con varios fines: mantenerlos en un lugar específico, en días y horas determinados por el juez, controlar la prestación de servicios a la

⁴⁰² Ibidem, p. 48.

⁴⁰³ Ibidem, pp. 52 y 53.

⁴⁰⁴ Vid., pp. 62-109.

⁴⁰⁵ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *El juez de vigilancia en el derecho comparado*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 176.

⁴⁰⁶ BARROS LEAL, César, *La ejecución penal en América Latina y el Caribe: Realidad y Desafíos*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 47.

comunidad u otra pena alternativa, fiscalizar participación en eventos complementarios, impedir que tomen bebidas alcohólicas, utilicen drogas y frecuenten ciertos lugares impropios o prohibidos y se acerquen a determinadas personas, tales como víctimas y testigos.⁴⁰⁷

Barros cita un estudio de derecho comparado realizado por el Magistrado español Téllez Aguilera, acerca de las finalidades del monitoreo electrónico a distancia: Inglaterra (programas para las primeras etapas del cumplimiento de la pena); Estados Unidos de América, Portugal y Argentina (aplicación con prisión preventiva/libertad bajo fianza); Suecia (sentencias de arresto domiciliario); Inglaterra, México y España (programas para las últimas etapas del cumplimiento de la pena); Australia y España (programas de libertad condicional con fines laborales); Estados Unidos de América (programas específicos de reinserción social); y Bélgica (excarcelación antes del cumplimiento de la pena).⁴⁰⁸

Asimismo, refiere Barros que en opinión de expertos brasileños, el empleo del monitoreo electrónico a distancia tiene tres objetivos básicos: combatir la sobrecarga carcelaria; reducir los costos del encarcelamiento; y disminuir los riesgos de incidencia criminal.⁴⁰⁹

⁴⁰⁷ BARROS LEAL, César, *La vigilancia electrónica a distancia*, México, Porrúa, 2010, pp. 33-35.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁴⁰⁹ *Ibidem*, p. 36.

VI. CONCLUSIONES

1. La pena en términos generales, ha tenido una evolución civilizadora, excepto la pena de prisión pues ha sido retrógrada, ya que en la antigüedad se le aplicaba solamente a los esclavos. En efecto, la pena en épocas antiquísimas como reacción social (venganza privada) ante un daño en la persona o bienes de ella o en algún miembro de su familia (venganza de sangre), fue desproporcionada, pero después se equilibró de manera exacta (con la ley del talión), e incluso se encontró como alternativa la composición o arreglo de otro tipo, como la reparación.

En la época antigua, las penas, que en la actualidad se consideran crueles, inhumanas y degradantes, tenían como función difuminar el delito y la culpa; o sea, una expiación, que requería la divinidad por el ultraje recibido, lo cual la hacía intimidante y correctiva (escarmentar), así como prohibitiva para el ejercicio de ciertos derechos civiles, como sucede en la actualidad pero con respecto a los derechos políticos o prerrogativas del ciudadano.

En esta misma época, el juez poseía la jurisdicción de manera íntegra: *notio, iudicium e imperium*, pero después se le cercenó esta última facultad.

La evolución racional y humanitaria de las penas, tuvo como presupuesto la tradición de considerar, por ejemplo en la filosofía inglesa y francesa, a la pena como un mal y reparadora del daño; mal que está intensificado con la pena de muerte si continúa con el crimen el culpable, legitimándola la filosofía política francesa al considerar al delincuente como enemigo, el cual tiene que perecer para la conservación del Estado, ante lo cual el italiano Beccaria destacó la titularidad del derecho de punir, la asignación de los fines de la pena: preventivo especial y preventivo general; propuso la búsqueda de penas menos dolorosas para el cuerpo y sustituir la pena de muerte por la de prisión, que en su época fue considerada más humanitaria.

Las colonias inglesas, *Massachussets*, reinventaron la pena de prisión para la escoria de la sociedad, de la que se excluía al delincuente grave y al político, como en la actualidad, reiterando las penas crueles, infamantes e inhumanas, pero después los cuáqueros de *Pennsylvania* sustituyeron las penas corporal y capital por la de prisión, insular y con lectura de la Biblia, para el arrepentimiento; pena de prisión que se expandió por todo el mundo hasta la fecha.

2. De las teorías acerca del fin de la pena, consideramos que actualmente la Constitución adoptó la relativa a la prevención especial, ya que la reinserción a la sociedad se refiere a la corrección del individuo, con base en el trabajo,

capacitación para el mismo, educación, salud, deporte y respeto a los derechos humanos, con lo cual se le protege a él y a la sociedad. Sin embargo, este fin de la pena es contradicho con el establecimiento de la pena de prisión máxima de 70 años, para el delito de secuestro con privación de la vida de la víctima, habida cuenta de que equivale a la cadena perpetua, de acuerdo a la esperanza de vida que tienen los mexicanos, hombres y mujeres.

Respecto de los elementos para la reinserción, consideramos que constituyen derechos del condenado a la pena de prisión, partiendo del supuesto de que al carecer de ellos, tener alguno o tener poco de los mismos, lo hacen vulnerable para delinquir. En este sentido, si la reinserción es un derecho, el Estado debe respetar que los delincuentes sean sujetos de su actuación; si no lo es, no desarrolla la dignidad de ellos. La dignidad humana en Alemania sí es un derecho, en España no.

Pero qué decir, acerca de los condenados a la pena privativa de la libertad que tienen trabajo, están capacitados para el mismo, practican deportes, están saludables y tienen cultura e incluso alguna profesión, como los operadores del lavado de dinero del crimen organizado, lo cual constituye un vacío constitucional en cuanto al fin que perseguiría la pena de prisión para este tipo de delincuentes.

3.- Nuestra Constitución continúa proscribiendo las penas inusitadas y trascendentales, pero desde su primigenia tipología ha prevalecido hasta la actualidad la pena de prisión con el carácter de principal, cuyas reminiscencias de castigo están vigentes al permanecer este vocablo en la facultad del Congreso de la Unión para definir los delitos e imponer los castigos, lo que hace suponer que subyace todavía como fin de la pena la retribución; sin embargo, se mitiga la retribución con las facultades de la autoridad jurisdiccional consistentes en la modificación y duración de la pena de prisión, excepto tratándose del delito de secuestro con privación de la vida, en virtud de que la duración de la pena máxima de prisión es inmodificable, lo que la hace incoizante; es decir, segregativa, una prevención especial negativa, no reinsertiva.

4.- Venustiano Carranza y el Poder Constituyente de 1916-1917, postularon la regeneración por medio del trabajo, como medida terapéutica, influenciados por la escuela positiva italiana, la que continuó en el Código Penal de 1929, pero se abandonó con el Código Penal de 1931 que postuló el sistema penitenciario.

5.- El fin de la pena de la regeneración sucumbió; la readaptación social fracasó; y la reinserción está por verse su éxito o fracaso, pero lo que tiene a su favor es que cambió el sistema penal mixto por el acusatorio, se insertó en el mismo la figura del juez de ejecución de penas y la ampliación del contenido de la pena: además de la culpabilidad y de la proporcionalidad entre el delito y la

pena, se incluyó el bien jurídico, la reparación del daño, la dignidad del ser humano y la prohibición de imponer penas inusitadas.

6.- La introducción del juez de ejecución de penas en el sistema penal acusatorio, supone que es para velar por la legalidad de la ejecución de la pena de prisión, garantizar los derechos de los condenados a la privación de su libertad personal y modificarla por algún sustitutivo para lograr la reinserción. Sin embargo, en la propuesta legislativa del Ejecutivo Federal, Ley Federal del Sistema Penitenciario y de Ejecución de Sanciones, se advierte por la clasificación de los condenados y los niveles de seguridad para los mismos, que lo que predomina es la peligrosidad del delincuente. Es decir, la imposición de la pena se basa en la culpabilidad del imputado; y la ejecución de la pena de prisión se basa en la peligrosidad del delincuente.

7.- Desde la perspectiva dogmática constitucional, la pena de prisión tiene como fines la prevención especial positiva y la prevención general positiva y negativa, así como resabios de la retribución. En el plano de la legislación secundaria (Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro), está prevista la prevención especial negativa (segregativa), la que contradice al sistema de reinserción.

8.- En la perspectiva penológica, la pena de prisión vitalicia o perpetua en la ley secundaria (Ley General para Prevenir y Sancionar los delitos en Materia de Secuestro), es incompatible con el nuevo sistema constitucional de reinserción.

9.- Desde la perspectiva de la dignidad humana, la cual se encuentra prevista en el artículo 1 constitucional, en la dimensión de la igualdad, nuestro máximo tribunal y sus tribunales colegiados de circuito, la consideran el basamento, origen, esencia y fin de todos los derechos humanos. Sin embargo, coincidimos en que este valor moral erigido en principio constitucional, en su interpretación es susceptible de perder fuerza normativa en tratándose de los reclusos, toda vez que la prisión, principalmente la perpetua, impide el goce y desarrollo de los demás derechos humanos. Con esto, se advierte que en el espectro de la pena, también está inmersa la prohibición de imponer y más aún de ejecutar penas inhumanas, excesivas y degradantes. La cadena perpetua es como la jaula del canario o del león.

10.- Respecto de la perspectiva de los instrumentos internacionales y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es innegable que brindan protección a los reclusos; y el mencionado organismo internacional, a través de sus medidas provisionales, coadyuva a garantizar la eficacia de los derechos humanos de los reclusos en la región.

11.- En la perspectiva de la propuesta legislativa del Ejecutivo Federal, destaca el establecimiento de derechos de los reclusos y el desarrollo de las facultades del juez de ejecución de penas, para velar por la legalidad de la ejecución de la pena, así como la posibilidad de modificarla y determinar su duración con base al tratamiento individualizado del recluso.

12.- Tanto en la doctrina extranjera como nacional, se persiste en la prevención general y especial respecto de los fines de la pena. Pero en aquélla, se cuestiona la facultad del Estado para intervenir en la reinserción de los adultos.

13.- Ha faltado imaginación para crear nuevas penas eficaces, menos aflictivas y más humanitarias; o si la hay, existe abstención de propuestas para crear nuevas penas, pero no para crear un círculo probablemente cíclico y retrógrado, toda vez que si en un principio de la civilización las penas eran crueles, inhumanas y excesivas, se dio un paso humanitario al modificarlas por la pena de prisión, la cual se ha intensificado con la cadena perpetua, en pro de la defensa social, lo que nos recuerda la aplicación de ella a los esclavos en la época antigua.

14.- La reinención de la pena de prisión, aun cuando se le consideró más humanitaria, fue criticada en 1870 por Kropotkin al grado de pronunciarse por su abolición; pronunciamiento que en la época contemporánea ha resurgido por el fracaso de la pena de prisión, la cual se pretende sustituir por la vigilancia electrónica a distancia, (llamada cárcel electrónica o prisión sin rejas, *without bars*) que ha sido puesta en marcha en países europeos, americanos y latinoamericanos, entre los que se encuentra México.

BIBLIOGRAFÍA

ANTOLISEI, Francesco, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 8ª edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Colombia, Editorial Temis, 1988.

BARROS LEAL, César:

----- *La ejecución penal en América Latina y el Caribe: Realidad y Desafíos*, En: Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

----- *La vigilancia electrónica a distancia*, México, Porrúa, 2010.

BECCARIA, *Tratado de los delitos y de las penas*, edición facsimilar de la de 1822, México, Porrúa, 1982.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores editor, 2011.

BENTHAM, Jeremy, *El panóptico*, Traducción de María José de Chopitea, México, editorial Premiá, 1989.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, *Nuevo sistema de derecho penal*, España, Editorial Trotta, 2004.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, 4ª edición, México, Porrúa, 1977.

DIDEROT, Denis y d'ALEMBERT, Jean Le Rond, *Artículos políticos de la <<Enciclopedia>>*, Traducción de Ramón Soriano y Antonio Porras, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1992.

GUNTHER, Jakobs,

----- *Derecho penal, parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª edición, España, Marcial Pons, ediciones jurídicas, 1997.

----- *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, Traducción de Teresa Manso Porto, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

HASSEMER, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad, Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Colombia, Temis, 1999.

HOBBS, Thomas, *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, 2ª edición, Traducción de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1994.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª edición, Argentina, Editorial Losada, 1977.

LANDA ARROYO, César, *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Perú, Palestra Editores, 2010.

LEFRANC WEEGAN, Federico, *Sobre la Dignidad Humana*, México, Ubijus editorial, 2011.

LESCH, Heiko H., *La función de la pena*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2000.

MAIHOFER, Werner, *Estado de derecho y dignidad humana*, Traducción de José Luis Guzmán Dalbora, Argentina, B de F editorial, 2008.

MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario*, 5ª edición, Traducción de Xavier Massimi, México, Siglo XXI editores, 2005.

MEZGER, Edmund, *Derecho penal*, Tomo I, Argentina, Valleta ediciones, 2004.

MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del derecho penal*, 2ª edición, Argentina, B de F, 2003.

MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, versión castellana de Pedro Dorado, Colombia, Temis, 1991.

Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tomo I, Traducción de Amelié Cuesta, 2ª edición, México, Gernika, 2000.

MORRIS, Norval, *El futuro de las prisiones*, 7ª edición, Traductor Nicolás Grab, México, Siglo XXI, 2006.

MUÑAGORRI, Ignacio, *Sanción penal y política criminal*, España, editorial Reus, 1977.

OJEDA VELÁZQUEZ, Jorge, *Derecho de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 1985.

RABASA, Emilio O., *Las Constituciones de Canadá, Estados Unidos de América y México*, México, editorial Porrúa, 2003.

RIVERA MONTES DE OCA, Luis, *Juez de ejecución de penas*, 2ª edición, México, Porrúa, 2008.

ROUSSEAU, Juan Jacobo, *El contrato social*, México, Dante, 1988.

ROXIN, Claus:
 ----- *Derecho Penal Parte General Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 2ª edición, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Manuel Díaz y García Conlledo, y Javier de Vicente Remesal, España, Civitas, 2001.
 ----- ROXIN, Claus, *La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano, España, Tirant lo Blanch, 2000.

SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *El juez de vigilancia en el derecho comparado*, En: *Derecho penal Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

VON LISZT, Franz, *La idea de fin en el derecho penal*, México, UNAM, 1994.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, Traductor Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, 3ª edición, Chile, editorial jurídica de Chile, 1987.

OFICIALES

Diario Oficial de la Federación.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Electrónicas

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, <http://www.inegi.org.mx>

Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente, <http://www.ilanud.or.cr>

Secretaría de Relaciones Exteriores, <http://www.sre.gob.mx/tratados/index.php>

Corte Interamericana de Derechos Humanos, <http://www.corteidh.or.cr/medidas.cfm>

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, www.diputados.gob.mx

Organización de las Naciones Unidas, <http://www.un.org/Docs>

HISTÓRICAS

Alfonso X “El Sabio”, Rey de Castilla y de León (1221.1284), *Las Siete partidas del Sabio Rey*, 1758, edición facsimilar, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004
Ley de las XII Tablas, 2ª edición, España, editorial Tecnos, 1996.
Víctor Hugo, *Último día de un condenado a muerte*, Traducción de José García de Villalta, México, editorial Aldus, 1995.
Diario de los Debates del Congreso Constituyente: Querétaro 1916-1917. México, Imprenta de la Cámara de Diputados, 1922.