

CAPÍTULO PRIMERO

Ejecución penal en México. Un breve análisis

Nimrod Mihael Champo Sánchez

I. LA PENA COMO FIN

1. *Política criminal*

UNA POLÍTICA pública es identificar un problema y, a grandes rasgos, hallar la solución del mismo; en este sentido, si queremos afirmar que la política criminal forma parte de las políticas públicas, la pregunta a realizar es ¿cuál es el problema a resolver?

Uno de los grandes problemas de la sociedad, desde sus inicios, ha sido el problema delictivo, evitar que entre sus propios miembros se lesionen o pongan en peligro los bienes jurídicos más indispensables y necesarios para la sana y recta convivencia social. Pero la manera de afrontar el delito no siempre ha sido la misma, si la sociedad evoluciona, por ende el derecho como producto social también lo hará.

A. *Evolución de las ideas penales*

De tal forma, podemos englobar la evolución de las ideas penales en cuatro grandes fases: venganza privada, venganza divina, venganza pública y el periodo humanitario.

La venganza privada nos remonta a épocas muy antiguas donde el poder público era prácticamente inexistente, por lo que también carecía del poder coactivo necesario para llevar a cabo el cumplimiento de sus más elementales fines sociales, por lo que la función penal revistió el carácter de venganza. Se trataba de una venganza (ya sea individual, de ofendido a ofensor, ya colectiva de un grupo familiar contra otro) que no tenía las características de un modo de reacción, donde la sociedad permanecía, no sólo alejada, sino indiferente.

El doctor Rafael Márquez Piñero explica:¹

Sólo en el caso de que la sociedad apoyara al ofendido, al vengador, reconocía el principio legitimador de su venganza y, en caso necesario, le prestaba ayuda en cuya circunstancia podría haber una venganza privada equivalente a una pena.

Naturalmente, esta práctica dio lugar a una enorme serie de abusos, auténticas guerras civiles familiares, en las que no era fácil adivinar el final de esas sangrientas luchas, y que hizo necesario aplicar un principio limitador de las mismas, surgiendo de esta guisa el llamado talión, según el cual no podía devolverse un daño mayor que el recibido (su lacónica fórmula fue: “ojo por ojo, diente por diente”).

Ulteriormente aparecieron las llamadas composiciones, transacciones de carácter especial entre agresor y familia y perjudicado y su clan, en las que aquéllos rescataban de éstos, en virtud de entrega pecuniaria u objetos valiosos, el derecho de venganza.²

¹ Márquez Piñero, Rafael, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., México, Trillas, 2001, pp. 68 y 69.

² Makarewics, Juliusz, *La evolución de la pena*, Madrid, Reus, 1907, pp. 16 y 17.

En la venganza divina, lo común era reparar la ofensa a los dioses, que la trasgresión había supuesto, y aplacar su cólera. Todo el aparato coercitivo de la justicia criminal se hacía en nombre de los dioses y para su satisfacción (por ejemplo, Israel, Persia, China, Egipto, la India, etcétera). Una tercera fase, identificada como de venganza pública, estructura el poder público sobre bases sólidas (desde luego, en torno a la figura del monarca), desafortunadamente la represión penal, que aspiraba sobre todo a mantener la paz y la tranquilidad social, se acentuó sobre el terror y la intimidación.

El Estado delegó a los jueces todo lo relativo a la aplicación imparcial de las penas. Se limitó el derecho a la venganza de los ofendidos y se le sustrajo la aplicación de las penas; comenzó así el intento por organizar el sistema probatorio y la pena se objetivizó e independizó, tanto del que la determinaba como del que la ejecutaba.

Empero, junto a ello, en esta fase aparecen las penas más crueles, las leyes se hacen más severas —hasta extremos inconcebibles—, castigándose como delitos diversos hechos sin gravedad alguna (magia, hechicería, etcétera); la lucha contra la cada vez más abundante criminalidad se realiza mediante una violencia institucional creciente, y la misma pena de muerte, frecuentísima, es precedida y acompañada de espeluznantes tormentos. La administración de justicia carece de independencia, se pliega a los caprichos de reyes y poderosos, y el fiel de la balanza se inclina siempre hacia el lado de los poderosos y en contra de los débiles.³

Una cuarta fase, el periodo humanitario, con base ideológica en la revolución de las ideas (con sus tres etapas: Renacimiento, Reforma y Revolución francesa), produjo en el

³ Cirac Estopañan, Sebastián, *Los procesos de hechicerías en la inquisición de Castilla la Nueva*, Madrid, CSIC, 1942, *passim*.

derecho penal, como no podía menos que ocurrir, un movimiento de recreación. La Iglesia católica había hecho benigna la penalidad durísima de los tiempos remotos. Con todo, es el llamado Siglo de las Luces, es decir el XVIII, el que con el “Iluminismo” plasma esta corriente humanitaria; precursores y pensadores de esta tendencia fueron Hobbes, Puffendorf, Spinoza, Locke, Wolf, Grocio, Bacon, Diderot, Voltaire, D’Alenbert, Rousseau, Montesquieu, etcétera, pero el honor de su realización práctica corresponde a César Bonnesana, Marqués de Beccaria.

El libro de Bonnesana, titulado *Bei delitti e delle pene* (De los delitos y de las penas) de enorme repercusión, apareció publicado en Livorno en 1764 e hizo suponer una valiente y enérgica denuncia del derecho penal reinante (“demasiado libre ejercicio del poder mal dirigido, que tantos ejemplos de fría atrocidad presenta”). La postura del Marqués de Beccaria trascendió a los ordenamientos jurídicos positivos de diversos países.⁴

No obstante, el punto clave de esta evolución de las ideas penales donde se refleja con mayor amplitud el pensamiento de Beccaria y sus ansias renovadoras, fue la Revolución francesa de 1789. La Declaración de los Derechos del Hombre, de 26 agosto de 1789, en donde se establecieron diversos principios penales, sustantivos y procesales, constitutivos de garantías individuales.⁵

Al mismo tiempo que Beccaria, en el continente europeo, John Howard, en Gran Bretaña, inició un movimiento de ámbito más reducido, pues se concretó al régimen carcelario, aunque de notable relevancia; inspeccionó y describió los

⁴ Pessina, *Il diritto penale in Italia de Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Milán, Società Editrice Libreria, 1906, pp. 550 y ss.

⁵ *Ibidem*, pp. 551 y 552.

horrores de las prisiones británicas de su época. Al respecto, Howard escribió un libro titulado *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, en Londres en 1777.⁶

Así pues, nos encontramos ya en el supuesto de la existencia del “poder penal”, es decir del ejercicio del *ius puniendi*; en otras palabras, de un fenómeno social y político que se ejerce con algún modo de organización. Nos referimos al ejercicio de la violencia estatal de manera organizada, como función del Estado.

De esta manera, consideraremos a la política criminal como parte de las políticas públicas, pero referida a un ámbito más pequeño, individual y concreto, que deberá ocuparse de enfrentar el fenómeno delincencial mediante la prevención y la represión. Si bien nos enfrentamos a una ambigüedad conceptual, sí podemos afirmar, independientemente de la ideología o pensamiento respecto a la política criminal, que debe realizarse un diseño que permita establecer y procurar las condiciones suficientes para lograr la sana y recta convivencia social. Al respetar siempre los parámetros sociales, se podrá resguardar los principios en que se edifica el Estado social y democrático de derecho.⁷

⁶ Riviére, A. y Savvie, Howard, *Son Aeuvre. Revue Penitentiaire*, 1981, pp. 661 y ss.

⁷ Juárez Bribiesca, Armando y Medina Ramírez, Marco Antonio, “Política criminal (México Chile)”, *Revista Reforma Judicial*, núm. 18, 2011, pp. 163-214. Los autores en comento dicen literalmente: “será menester garantizar el respeto a los derechos humanos, la seguridad, justicia, la equidad y el bien común fomentando por un lado, la innovación institucional y por el otro la renovación cultural que el proceso requiera. Estos objetivos deberán permear a todo sistema jurídico de manera sistémica y congruente, por lo que bajo esta concepción, deberán siempre poder adecuarse a las necesidades que este proceso importe y como tal, nunca serán fin en sí mismo, sino sólo medios para el logro de la efectiva vigencia y respeto a la Constitución... Una débil política criminal que no atienda a los factores que fomentan la realización de las conductas delictivas, sin

B. Definición de política criminal

Política criminal es un concepto que se conoce desde el siglo XVIII, pero que se utilizará —de manera común— hasta principios del siglo XIX. Si bien es un término que ha evolucionado, podemos partir de la idea general que es el conjunto de normas principios y directrices obtenidos del estudio del delito, del delincuente, de la pena y en su caso, de las medidas de seguridad en la lucha contra la delincuencia, tanto en el aspecto preventivo como el represivo.

Franz von Liszt define la política criminal como un conjunto sistemático de principios fundados en la investigación científica de las causas del delito y de los efectos de la pena, a partir de los cuales el Estado ha de llevar a cabo la lucha contra el delito a través de la pena y de las instituciones que se relacionan con ésta.⁸ Por su parte, Mezger concibe a la política criminal de manera más general, como todas aquellas medidas estatales tanto para la prevención, como para la represión del delito.⁹

Más acorde con estos tiempos, y con nuestra concepción de política pública, Heinz Zipf indica que la política criminal es la obtención y realización de criterios directivos en el ámbito de la justicia criminal. Por su parte, Hans Heinrich Jescheck considera que la política criminal se encarga de cómo debe conformarse el derecho penal para cumplir con su

desenmascararlas para ser atendidas por otras áreas de la política pública, tiende a ser ajena y como tal, crea condiciones de poder que no sólo afectan a los particulares, sino que actúan como verdaderas excrescencias malignas internas, que terminan por pudrir las bases mismas de la estructura del Estado en la sociedad”.

⁸ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., trad. de Jiménez de Asúa, Madrid, Reus, 1999, t. II, *passim*.

⁹ Cfr. Mezger, Edmund, *Derecho penal. Parte general*, 6a. ed., trad. de Ricardo C. Núñez, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985.

misión de proteger a la sociedad; por ende, deberá analizar las causas del delito, los elementos integrantes de los tipos penales, los efectos que causan las sanciones penales, etcétera.¹⁰ Para Jescheck, nuestra materia estará delimitada por tres principios: culpabilidad, Estado de derecho y humanismo.

El principio de culpabilidad se refiere a que solamente podrá sancionarse a una persona que le sea reprochable su conducta; por lo anterior, la pena supone culpabilidad y aquélla no puede superar la medida que le marca la culpabilidad.¹¹

El Estado de derecho es el rector de la actividad estatal que está facultada para ejercer el *ius puniendi*; de manera formal deberá velar por garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, debiendo ser evitados los abusos, materialmente configurará el contenido del derecho penal para corresponderse lo más posible con la idea de un Estado justo.

¹⁰ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, pp. 17 y ss.

¹¹ Cfr. Welzel, Hans, *El nuevo sistema del derecho penal*, trad. de José Cerezo Mir, Buenos Aires, Editorial B de F, 2002, p. 125. Dicho reproche va dirigido a la “resolución de voluntad” antijurídica, pero no a cualquier resolución de voluntad, sino a la voluntad conforme a la norma; sólo aquello que depende de la voluntad del hombre puede serle reprochado como culpable. Sus dotes y disposiciones (lo que realmente es) pueden ser valiosas o de escaso valor, pero sólo lo que haya hecho con ellas o como las haya empleado, en comparación con lo que hubiera podido o debido hacer de ellas, o como las hubiera debido o podido emplear, sólo así podrá serle imputado como “mérito” reprochado como culpabilidad. La culpabilidad —dice Welzel— es un concepto valorativo negativo, identificándolo como reprochabilidad. “La culpabilidad en sentido amplio (como voluntad de la acción culpable, o como acción culpable) presupone conceptualmente la culpabilidad como cualidad (reprochabilidad), es decir la culpabilidad en sentido estricto y propio”. En sentido estricto, la reprochabilidad presupone en cambio una voluntad determinada, como soporte específico. Solamente una voluntad (antijurídica) o una acción (típica, antijurídica) puede ser culpablemente relevante para el derecho penal.

Para Jescheck, el humanismo dota al derecho penal de las bases para su aplicación, apoyado en la solidaridad recíproca, en la responsabilidad social para con los reincidentes, de la libre disposición hacia la ayuda y la asistencia social, y desde la óptica de nuestro tema, una decidida voluntad de recuperar a los delincuentes y condenados.

Por su parte, el ilustre autor (y con mayor influencia respecto al tema en los últimos tiempos) Claus Roxin, parte del concepto de Liszt, pero indica que la política criminal es aquella disciplina que posee los métodos adecuados en un sentido social para luchar contra el delito, es decir, cumple con la misión social del derecho penal, mientras que al derecho penal, en sentido jurídico de la palabra, le corresponde la función liberal del Estado de derecho, debiendo asegurar la igualdad en la aplicación del derecho y la libertad individual frente al ataque o restricciones del Estado.¹²

Roxin se distancia de Liszt al afirmar que las cuestiones político criminales no deben penetrar en la dogmática, pues no es posible escindir la dogmática penal o sistemática de la política criminal, ya que muchas deducciones y resultados exactos de la sistemática, si bien pueden llegar a resultados uniformes e inequívocos, sólo lo harán en la teoría, pero en la práctica se pueden traducir en resultados materiales injustos; dando como resultado, dos soluciones contrapuestas entre sí. Para no utilizar la dogmática jurídico penal como un formulismo plasmado de abstracción, y que el juez abandone el automatismo (silogismo legalista), deberá utilizarse la política criminal para adaptar la norma al caso concreto.¹³

¹² Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2a. ed., trad. e introd. de Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2002, pp. 32 y ss.

¹³ Véase Roxin, Claus, *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*, trad. de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen

Por su parte, Alberto Binder explica que no se puede comprender la política criminal sin la política general, ya que no existe una sociedad sin política, porque no existe sociedad sin poder y sin intereses, ya sea comunes o contrapuestos. Cabe destacar —desde la óptica de Binder— que la política es una actividad que puede ser calificada de compleja, y que se manifiesta de muy diversas formas; la mayoría de las veces utiliza la fuerza que dimana del propio Estado (poder institucionalizado), llamada coerción estatal. Y es precisamente, cuando esta coerción estatal alcanza cierta intensidad a través de ciertas formas culturalmente particularizadas (conocidas como penas), cuando se habla de coerción penal.¹⁴

García Cantizano, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 31 y 32. “...un Derecho Penal moderno debe tener como objetivo la mejor conformación social posible. Esto es: tiene que orientarse a impedir la comisión de delitos y practicar la prevención sintetizando las exigencias de un Estado de Derecho con las del Estado Social. El Estado de Derecho reclama la protección más efectiva posible del individuo y de la sociedad, algo que nuestro Tribunal Constitucional Federal ha caracterizado a través del concepto de «funcionabilidad de la justicia penal», así como la mayor protección posible de los derechos de autor, que no puede convertirse en objeto de intervenciones estatales desproporcionadas. Ambos fines del Estado de Derecho —protección de la sociedad y salvaguardia de la libertad— son de naturaleza antagónica y tienen que encontrar un equilibrio que satisfaga ambos componentes: la prevención general, que en sus distintas formas de aparición sirve a la afirmación del Derecho y a su mantenimiento, tiene que estar siempre limitada por la exigencia de libertad ciudadana”.

¹⁴ Binder, Alberto, “La política criminal en el marco de las políticas públicas. Bases para el análisis político criminal”, *Revista de Estudios de Justicia*, núm. 12, 2010, pp. 213-229. “Existe un paso imprescindible en el análisis de la que consiste en determinar el tipo específico de violencia estatal que constituye el poder punitivo o el deslinde de otras formas de violencia estatal no punitivas, si es que ese deslinde puede hacerse.

Por ahora nos alcanza con afirmar que, sobre la base de una idea general de violencia social o estatal, el poder punitivo debe ser enmarcado analíticamente en sus rasgos específicos. En un sentido aún más específico deberíamos decir que lo que existe como *factum* es la violencia desplegada por el Estado”.

En este sentido, la política criminal será el conjunto de decisiones relativas a los instrumentos, reglas, estrategias y objetos que regulan la coerción penal; que forman parte del conjunto de la actividad política de una sociedad. Ese conjunto de decisiones que conforman la política criminal no son más que actos voluntarios de determinados agentes sociales que usan instrumentos de coerción penal cuyo contenido es eminentemente valorativo.

En relación a todo lo anterior, y en el entendido de que la política criminal es la manera en que el Estado enfrenta al delito, y que lo puede hacer tanto en prevención como en represión del mismo, es dable aclarar que existirá una política criminal particular en cuanto a los poderes en que se divide el Estado; mejor dicho, existirá una política criminal del Ejecutivo, una del Legislativo y otra del Judicial.

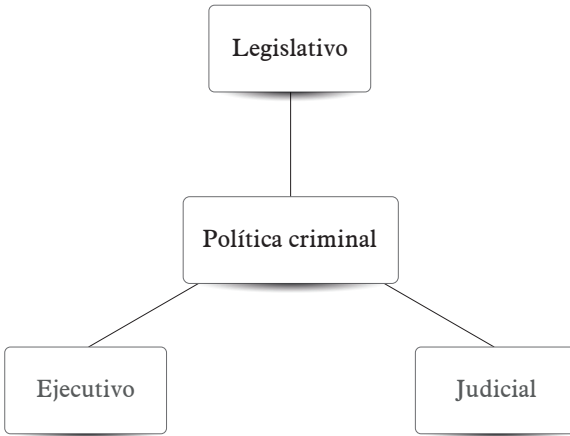
De manera clásica, se entienden las manifestaciones de la política criminal como lo muestra el gráfico 1 en la siguiente página.

La política criminal, dividida en los poderes, se manifestará como en el gráfico 2 en la página que sigue.

El Poder Legislativo es el encargado de establecer su política criminal al realizar el proceso legislativo; recordemos que la ley penal se compone de la descripción de la conducta o tipo penal y la descripción de la amenaza o punibilidad.

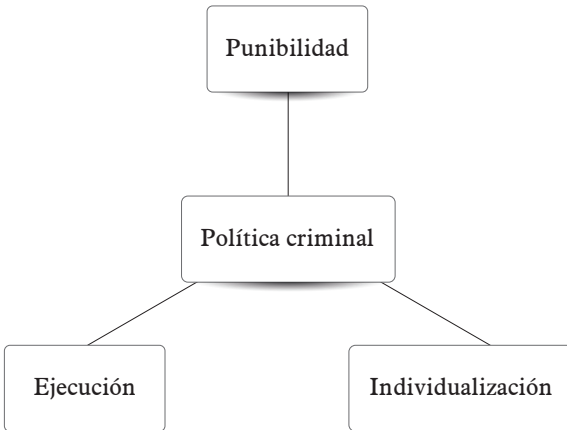
La política criminal legislativa queda manifiesta al establecer el intervalo de punibilidad de cada figura delictiva, dejando al juzgador la individualización de la pena a aquellas conductas que encuadren en el tipo penal. También establece las bases para el sistema penitenciario, a nivel constitucional, estableciendo, en teoría, una política criminal de la ejecución de la pena.

Gráfico 1



FUENTE: elaboración propia.

Gráfico 2



FUENTE: elaboración propia.

Al ser el legislador el representante de la voluntad popular, éste establecerá las penas de conformidad con la protección del bien jurídico penalmente protegido. De todo el bagaje de bienes jurídicos, existen algunos de mayor importancia: como no es equiparable la vida al patrimonio, el homicidio tendrá una pena mayor que el robo.

El juzgador, derivado de la acusación y solicitud de pena del Ministerio Público, será el encargado de individualizar la sanción con apego a los principios de legalidad,¹⁵ taxatividad y proporcionalidad¹⁶ de la lesión del bien jurídico penalmente tutelado.

Una vez individualizada la pena, el sentenciado cumplirá su pena en establecimientos (distintos de aquéllos en los que se llevó a cabo la prisión preventiva, si fuere el caso) que están a cargo del Poder Ejecutivo, ya sea federal o estatal.¹⁷ Independientemente de la existencia del juez de ejecu-

¹⁵ Artículo 14, párrafo tercero, de la CPEUM: “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”.

¹⁶ Carbonell, Miguel, “Ultrajando a la Constitución. La Suprema Corte contra la libertad de expresión”, *Isonomía*, núm. 24, abril de 2006, pp. 171-186. “Para que se verifique la proporcionalidad es necesario que se observen los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto; es decir, existirá proporcionalidad cuando: a) la regulación o limitación de un derecho fundamental sea adecuada para la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; b) la medida adoptada sea la más benigna posible del derecho en cuestión, de entre todas las que revistan la misma idoneidad para alcanzar el fin supuesto; y c) las ventajas que se obtengan con la restricción deben compensar los posibles sacrificios del derecho para su titular y para la sociedad en general”.

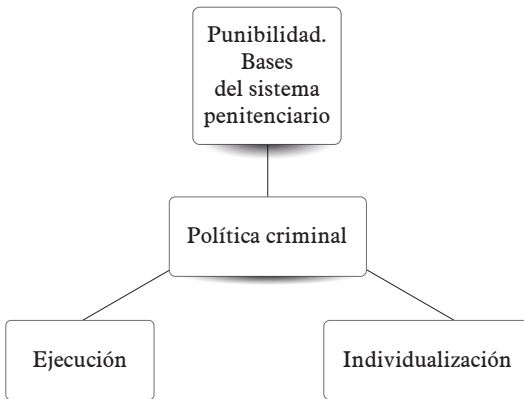
¹⁷ Artículo 18 de la CPEUM: “Sólo por delito que merezca pena privativa de libertad habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados. El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la

reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para él prevé la ley. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto. La Federación, los Estados y el Distrito Federal podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa. La Federación, los Estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social. La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente. Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía del debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves. Los sentenciados de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de reinserción social previstos en este artículo, y los sentenciados de nacionalidad extranjera por delitos del orden federal o del fuero común, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. El traslado de los reclusos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso. Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de

ción de sanciones, el Poder Ejecutivo ejecuta, respetando los principios que le marca la Constitución, referentes al respeto a los derechos humanos, el trabajo y la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción social del sentenciado a la sociedad. El juez sólo deberá intervenir en caso de que no se cumplan estos principios, ya sea como facultad o a petición de los inter-nos de manera individual, en algún caso concreto.

De tal forma, que el gráfico de la división y manifiesta-ción de la política criminal quedaría de la siguiente manera:

Gráfico 3



FUENTE: elaboración propia.

reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad. Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculpados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley”.

2. Teorías de la pena

Cuando entramos al estudio de la pena, inmediatamente surge una primera afirmación realizada por Enrique Bacigalupo, en la cual refiere que la primera cuestión que debe abordar el estudio del derecho penal vigente, que surge básicamente del Código Penal, es la concerniente a la función de las normas que lo integran.

Dicho autor trata de responder a la pregunta: ¿para qué establece la sociedad organizada en el Estado un conjunto de normas que amenazan con la aplicación de una pena en la ejecución de determinadas conductas? Y afirma que la función del derecho penal y teorías de la pena tienen una estrecha relación, ya que toda teoría de la pena es una teoría de la función que debe cumplir el derecho penal.

Bacigalupo explica que dentro del pensamiento clásico existen dos líneas que procuran dar respuesta a estas cuestiones; sostiene que el derecho penal tiene una función metafísica, consistente en la realización de un ideal de justicia, y que el derecho penal tiene una función social, caracterizada por la prevención del delito con miras a proteger ciertos intereses sociales reconocidos por el derecho positivo, también conocidos como bienes jurídicos.¹⁸

Esta afirmación se ciñe a analizar un aspecto de la teoría de la sanción penal, que es el relativo a los fines de la pena, del significado del acto de castigar para el propio condenado como para la sociedad que castiga, así ya no sólo se estudia la legitimación y esencia de la pena, sino para qué se va a imponer esta pena.¹⁹

¹⁸ Bacigalupo, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi SRL, 1999, p. 29.

¹⁹ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia en el proceso penal acusatorio y oral*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 25.

Si bien, para Bacigalupo, la función del derecho penal está vinculada estrechamente a las concepciones sobre su legitimidad, y afirma que si se piensa que es una función legítima del Estado realizar ciertos ideales de justicia, el derecho penal será entendido entonces como un mero instrumento de justicia, que no da lugar a una función del Estado, y se tendrá que recurrir a otras concepciones del derecho penal, en el que se entenderá de manera diferente. De aquí surge la justificación del derecho penal como un instrumento socialmente útil, y así el valor que se asigne a estas funciones será el fundamento de la legitimidad del derecho penal.²⁰

Pero este proceso de justificación no ha sido espontáneo, antes al contrario, se ha derivado de diversos enfrentamientos radicales, especialmente en el último cuarto del siglo pasado, con la disputa en la lucha de escuelas en torno a los principios legitimantes del derecho penal.

Encontramos entonces que la Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las “teorías absolutas de la pena”; la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las modernas “teorías relativas de la pena”. Estas dos oposiciones de fundamentos legitimantes vinculan la cuestión de la pena con la concepción del Estado y con sus poderes penales.

La Escuela Clásica concebía los poderes del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva, ya que esta última, en su idea de “defensa social”, le permitía justificar la intervención del Estado con el poder penal, cuestión que para los clásicos era poco probable hacerlo:²¹ temas que más adelante se explicará detalladamente con las diferentes teorías que los robustecen.

²⁰ Bacigalupo, Enrique, *op. cit.*, pp. 28-30.

²¹ *Ibidem*, pp. 29 y 30.

Sobre la naturaleza de la pena surgen respuestas que han sido formuladas por estas teorías de la pena, pero atañe una cuestión en la expresión “teoría”, ya que se toma en sentido amplio, por lo que en realidad no se trata de teorías sino de principios o axiomas legitimantes, cuya función en la ciencia del derecho penal es la de fundamentarlo en último término. Así, las “teorías” de la pena no responden a la pregunta ¿qué es la pena?, dado que el “ser” de la pena depende de la naturaleza que se le atribuya, sino: ¿bajo qué condiciones es legítima la aplicación de una pena?; es decir, la noción de que se impone una pena, por la realización de la justicia, así como, la concepción de que si se somete a una persona a los efectos negativos de la pena, es por razones de utilidad social. Ya que la justicia y la utilidad son principios o axiomas que tratan de fundamentar la pena, así las teorías de la pena responden a la pregunta ¿para qué?²²

Para Roxin, del cometido del derecho penal y de las disposiciones penales hay que diferenciar el fin de la pena que se ha de imponer en el caso concreto, si el derecho penal tiene que servir a la protección subsidiaria de bienes jurídicos y con ello al libre desarrollo del individuo, así como al mantenimiento de un orden social basado en este principio, entonces mediante este cometido sólo se determina qué conducta puede conminar el Estado. Con ello, afirma el autor, no está decidido, sin más, de qué manera debería surtir efecto la pena para cumplir con la misión del derecho penal; así la teoría sobre el fin de la pena siempre tiene que referirse al fin del derecho penal que se encuentra detrás.²³

²² Benavente Chorres, Hésbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 26.

²³ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Civitatis, 1997, t. I, p. 81.

Como se ha percibido en párrafos anteriores, desde hace muchos años atrás se ha disputado el fin de la pena con diferentes interpretaciones fundamentales, las cuales incluso hoy siguen determinando la discusión.

Así, encontramos que las teorías que pretenden explicar el fin de la pena son tres:²⁴

A. *Teorías absolutas o retribucionistas*

A estas teorías también se les conoce como “de la retribución”, “expiación” o “justicia”; tiene como principales promotores a Kant y a Hegel, y su primordial punto de vista consiste en que la pena constituye un fin en sí mismo; entonces se castiga porque se debe castigar, ya sea como una retribución moral, como retribución ética o como una retribución jurídica;²⁵ es decir, la teoría absoluta sostiene que la pena, al hallar su justificación en sí misma, no puede ser considerada como un medio para fines ulteriores, por eso es “absoluta”, porque el sentido de la pena es independiente o desvinculada de su efecto social (*lat. absolutas = desvinculado*).²⁶

Así al no encontrar el sentido de la pena en la persecución de un fin socialmente útil, sí lo encuentra mediante la imposición de un mal que mercedamente se le retribuye, un mal que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido. Es necesario resaltar que la concepción de la pena como retribución compensatoria es conocida desde la Antigüedad, y aceptada en la conciencia de los “profanos”

²⁴ Jiménez Martínez, Javier, *La ejecución de penas y medidas de seguridad en el juicio oral (Ensayos de recopilación para una antología)*, México, Raúl Juárez Carro, 2012, p. 91.

²⁵ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, pp. 26-29.

²⁶ *Ibidem*, p. 26.

con naturalidad, en el sentido de que la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito: que lo compense, inmortalizando el viejo principio del talión “ojo por ojo, diente por diente”; en este punto de vista histórico y en el desarrollo cultural se ha desvinculado la pena estatal de la venganza privada, así como de las hostilidades entre las familias y las tribus, de tal forma que el derecho a la retribución pasó a manos de una autoridad pública neutral, que procedía según reglas formales y en consecuencia creaba paz.²⁷

Siguiendo este contexto, si para la retribución el sentido de la pena consiste en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, es porque debe imperar la justicia. Esta teoría sucede a la expiación como fundamento de la legitimidad de la pena, propia de los estados absolutistas que implican una concentración total del poder y un uso ilimitado de él —indispensable para el desarrollo posterior del capitalismo—, entendiendo por expiación una actividad anímica del penado de carácter moral, para “purificarse” interiormente a través del arrepentimiento experimentado posterior al castigo.²⁸

Así entonces, se concibe a la teoría de la retribución como la necesidad de restaurar el orden jurídico interrumpido, que se traduce en “la imposición de un mal por el mal contenido”, y se concluye que la pena surge como una necesidad moral derivada de un “imperativo categórico”, como lo es la justicia para Kant; o una necesidad lógica: negación y afirmación del derecho, como lo es para Hegel.²⁹ Sin embargo, la

²⁷ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte general...*, cit., pp. 81 y 82.

²⁸ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 26-29.

²⁹ *Ibidem*, p. 27.

concepción más tradicional de la pena responde a la arraigada convicción de que el “malo” no debe quedar sin castigo y el culpable debe encontrar en él su merecido, todo esto se ha fundado en tres razones diferentes: las religiosas, las éticas y las jurídicas.³⁰

a. Fundamentación religiosa

El cristianismo y otras religiones parten de la correlación entre las exigencias religiosas de justicia divina y la función de la pena; desde su connotación religiosa de la Ley del Tali3n hasta la postura que manifiesta Roxin de 3sta como un acto de fe.

En este contexto, Roxin asevera que la idea misma de retribuci3n compensadora s3lo se puede hacer plausible mediante un acto de fe, ya que racionalmente no se puede comprender c3mo se puede borrar un mal cometido, a3nadiendo un segundo mal, que es sufrir la pena. Afirma que tal procedimiento corresponde al arraigado impulso de venganza humana, del que ha surgido hist3ricamente la pena; pero que la asunci3n de la retribuci3n por el Estado sea algo cualitativamente distinto a la venganza, el que la retribuci3n quite “la culpa de la sangre del pueblo”, s3lo se concibe por un acto de fe, que no puede ser impuesto a nadie ya que no es v3lido para la fundamentaci3n ni vinculante para todos, de la pena estatal.³¹

³⁰ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 92-94.

³¹ Dur3n Migliardi, Mario, “Teor3as absolutas de la pena: origen y fundamentos conceptos y cr3ticas fundamentales a la teor3a de la retribuci3n moral de Immanuel Kant, a prop3sito del neo-retribucionismo y del neo-proporcionalismo en el derecho penal actual,” *Revista de Filosof3a*, Santiago, vol. 67, 2011, disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-43602011000100009&script=sci_arttext.

Por lo que agrega que de nada sirve, para justificar esta teoría, invocar el mandato de Dios, ya que las sentencias no son pronunciadas en nombre de Dios, sino en nombre del pueblo; por ello no es admisible, en una época que deriva todo poder estatal del pueblo, la legitimación de medidas estatales con la ayuda de poderes trascendentes, además que asegura que no se corresponde con la esencia de una verdadera religiosidad.³²

b. Fundamentación ética

Ésta fundamentación proviene de Emanuel Kant, el cual afirma que el hombre es un “fin en sí mismo”, por lo que no es lícito instrumentalizar en beneficio de la sociedad, ni sería éticamente admisible fundar el castigo del delincuente en razones de utilidad social. De aquí que sólo es admisible basar la pena en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la justicia, donde la ley penal se presenta como un “imperativo categórico”, es decir, como una exigencia incondicionada de la justicia y libre de toda consideración utilitaria, así la pena es el resultado que se impone cada vez que se comete un delito.

Asimismo, refiere que la retribución siempre debe ser equivalente al daño causado por el delito, *punitur quia peccatum est*, es decir, el castigo debe basarse en el hecho de que el delincuente la merece según las exigencias de la ley penal, de aquí que ésta última se presente como un imperativo categórico o una exigencia de la justicia, que debe ser superior de las consideraciones utilitarias. La pena es un fin y no un medio para conseguir un bien, el hombre no puede ni debe ser tratado como un objeto al servicio de ciertos fines.³³

³² *Idem.*

³³ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 27.

Dentro de las afirmaciones de Kant, encontramos que la pena “debe ser” aun cuando el Estado y la sociedad ya no existan, esta concepción recibe su característica de “absoluta”, ya que el sentido de la pena al no ser la prosecución de alguna finalidad socialmente útil, radica en que la culpabilidad del autor sea compensada mediante la imposición de un mal penal, o sea que se agota todo el fin de la pena en la retribución misma.

El mal de la pena está justificado por el mal del delito, como un mal que debe sufrir el delincuente para compensar el mal causado con su comportamiento, como mencionábamos anteriormente en la Ley del Tali3n, ya que niega o aniquila al delito, restableciendo el derecho lesionado y debe de imponerse por el delito, aunque resulte innecesaria para el bien de la sociedad, aunque no se logre un efecto intimidatorio ni exista riesgo alguno de reincidencia debe siempre aplicarse. Finalizando con la idea de la proporcionalidad entre el delito y la pena, es la m3s v3lida, as3 una pena que no tomara en cuenta el da3o causado por el delito no ser3a justa: de la misma forma la conciencia colectiva y la del infractor deben sentir como propia la igualdad entre el da3o causado por el delito y la pena merecida.³⁴

c. Fundamentaci3n jur3dica

Esta fundamentaci3n se le atribuye a Hegel, el cual afirma que el car3cter retributivo de las penas tiene una fundamentaci3n jur3dica, ya que se justifica por la necesidad de reestablecer la vigencia de la voluntad general, representado por el orden jur3dico, que resulta negada por la voluntad especial del delincuente, de esta forma, la pena en s3 no

³⁴ *Ibidem*, p. 28.

persigue fines preventivos, intimidatorios o correccionales. En este sentido, Hegel se distingue de Kant materialmente, ya que el principio del talión, prácticamente irrealizable, lo sustituye por la idea de la equivalencia del delito y pena; observando siempre a la pena como la afirmación del derecho.

De esta manera, la tesis de Hegel se basa en el supuesto de que el delito es la negación del orden jurídico, por lo que la antítesis es la pena al ser la negación del delito. En esta construcción de la negación de la negación, la pena se concibe como reacción o instrumento que restablece o restaura idealmente el orden jurídico infringido, de la armonía entre la voluntad general y la particular, sin tener fines utilitarios posteriores; entonces sólo así se trata al delincuente como un ser racional libre, y se le honra, dándole no algo justo en sí, sino su propio derecho. La justicia de la pena concreta, entonces vendrá dada por un principio valorativo más flexible, que tenga en cuenta las características de la lesión concreta y las circunstancias de la sociedad civil.³⁵

B. *Teorías relativas o preventivas*

Anteriormente, se hizo mención respecto a la Escuela Positiva que realizó sus propuestas, expresándolas por medio de las llamadas teorías relativas o también conocidas como teorías de la prevención.

Las teorías se caracterizan por considerar a la pena un medio para alcanzar una “meta”, ya sea la prevención, la rehabilitación o la defensa social, y resaltan que sería inhumano e incluso absurdo aplicar una pena sin perseguir una finalidad.³⁶

³⁵ *Idem.*

³⁶ Fernández Muñoz, Dolores E., “La función de la pena”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 60, p. 963.

Se posiciona en la idea contraria de las teorías absolutas *quia peccatur est*, es decir, sólo porque se ha delinquido, estableciendo que en las teorías relativas, la pena se ha *impoen ut ne peccetur*, es decir, para que no se delinca. La formulación más antigua de esta teoría se atribuye a Séneca quien, tomando del *Protágoras* de Platón, afirmó *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, lo cual significa que ninguna persona razonable castiga por el pecado cometido, sino para que no se peque.³⁷

Estas teorías procuran legitimar la pena mediante la obtención de determinado fin, o la tendencia a obtener ese fin, basando su criterio legitimante en la utilidad de la pena, y en donde su fin consiste en la intimidación de la generalidad; es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados (teoría preventivo general de la pena, negativa o positiva) o para que no reitere su hecho (teoría preventivo especial o individual de la pena, negativa o positiva).³⁸

Encontramos que a diferencia de las teorías absolutas, que se fundan en principios religiosos, morales o idealistas, las teorías relativas parten de la consideración de que la pena es necesaria para el mantenimiento del orden social y de ciertos bienes sociales necesarios para el desarrollo; en este sentido, la pena no se justificará como mero castigo del mal realizado o como respuesta retributiva frente al delito ya cometido, sino como instrumento dirigido o encaminado a prevenir delitos futuros; se podría decir que la retribución “mira al pasado”, mientras que la prevención “mira al futu-

³⁷ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *Las teorías de la pena*, México, p. 20, disponible en: <http://usic13.ugto.mx/derecho/pdfs/BI7/BOLET46.pdf>.

³⁸ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 29.

ro”. Dentro de las teorías relativas se brindan tres diferentes orientaciones:³⁹

a. Teoría de la conservación del pacto social

Dentro de esta teoría es lógico saber que como máximo exponente encontramos a Rousseau, el cual afirma que el verdadero objeto de la pena es la conservación del pacto social; es decir, que el contrato social tiene como único fin la conservación de los contratantes, así que el fin quiere los medios, y estos medios son inseparables de algunos riesgos e incluso de pérdidas.

La teoría contractualista dogmatiza que el orden social es un derecho que no viene de la naturaleza, antes al contrario, está fundado en convenciones, así la pena es una reacción defensiva para la conservación del pacto firmado, ya que el delito coloca al interno fuera de la protección del orden social y el delincuente es entonces un traidor a este pacto.

b. Teoría de la prevención general

Esta teoría no va enfocada al delincuente; por el contrario, atiende a la sociedad en general, y se divide en positiva y negativa.

La teoría de la *prevención general negativa* tiene su origen científico en Feuerbach, quien concibe a la pena como una amenaza que por medio de las leyes se dirige a la colectividad con el objeto de limitar el peligro derivado de la delincuencia latente en una sociedad; esta coacción de manera abstracta se concretiza a través de las sentencias; en particular, cuando el juez, al condenar al autor de un delito, anuncia a los demás

³⁹ Cfr. Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 95-99.

lo que ocurrirá si realizan la misma conducta; es decir, que el efecto recae sobre la generalidad, pero para lograr este fin “intimidatorio” es necesario que se cumpla la pena, para que así la prevención actúe no sólo con la conminación general de penas, sino cumpla su efectividad con la imposición y ejecución de la misma que confirma la seriedad de la amenaza.⁴⁰

De aquí que se le conozca a esta teoría como “prevención intimidatoria”, se puede describir en este sentido con el concepto de la intimidación de otros que corren peligro de cometer delitos semejantes. Por ello, la prevención general negativa de corte psicológico, que Feuerbach resalta, es que en la prevención de los delitos exige que sobre la colectividad actúe una coacción psicológica o interna, que en los casos de una posible infracción del derecho ejerza un influjo motivador e inhibitorio.⁴¹

El maestro Hesbert Benavente refiere que esta teoría pareciera presentar la ventaja de no tener que recurrir al criterio clásico de la culpabilidad, sino al de motivabilidad del autor; así el tipo penal consiste entonces en la descripción de la conducta prohibida, y su fin es motivar (mediante la amenaza con una pena) para que esa conducta no se realice.⁴²

Para Heinz Zipe, la prevención general negativa, como reinserción social, pasa de la intimidación negativa al positivo fortalecimiento y al mantenimiento de la confianza del derecho en la integración social; por tanto, se da a través del cumplimiento de la prevención de integración social.⁴³

En la *teoría de la prevención general positiva*, a la que también se le conoce como “integradora” o “estabilizadora”, cabe

⁴⁰ Cfr. Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 30.

⁴¹ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, p. 100.

⁴² Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 30.

⁴³ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 100 y 101.

hacer referencia que tiene similitudes con la teoría de la prevención general negativa, pero su fin es diferente.

Si bien puede manifestarse por la vía intimidatoria y fortalecer al derecho frente a la colectividad —como se postula en la prevención general negativa, que tiene por fin conservar el orden o conservar el derecho, validando las normas jurídicas en la conciencia de la generalidad—, para concretizar la teoría de la prevención general positiva, Kaufmann precisa que su correspondencia la encuentra en tres cometidos: una función informativa que advierte al ciudadano de lo que está prohibido y de lo que se debe hacer; la misión de reforzar y mantener la confianza en la capacidad del ordenamiento jurídico para imponerse y triunfar, y la idea de fortalecer en la población una actitud de respeto hacia el derecho.

En este contexto, se destaca que el destinatario de la pena no es el infractor potencial ni mucho menos el delincuente, sino el ciudadano honesto que cumple las leyes, y al mismo tiempo la opinión pública, cuya confianza en el sistema hay que fortalecer.⁴⁴

La tesis de la prevención general positiva consiste en ejercitar por parte del Estado el reconocimiento y validez de la norma para que los autores potenciales desistan, así la pena demuestra la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y reforzará la confianza jurídica del pueblo; para esta tesis, la prevención general positiva, cumple con tres efectos: de aprendizaje social, pedagógicamente originado por la actividad de la justicia penal; de confianza, la cual surge cuando el ciudadano ve que el derecho se le aplica, y de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción

⁴⁴ Véase Benavente Chorres, Heshbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 31 y 32.

sobre el quebrantamiento de la ley, y consideran solucionado el conflicto con el autor.⁴⁵

La prevención general positiva como prevención-integración, propuesta por Jakobs, se refiere a que la pena está al servicio del ejercicio de la fidelidad al derecho, de aquí que se le llame prevención general positiva, y la elaboración conceptual penal se realiza conforme a exigencias preventivo generales; Jackobs, de la mano de Luhmann, expresa que la pena confirma la identidad normativa de la sociedad, es decir, que su objetivo principal es reafirmar la vigencia de la norma.⁴⁶

A esta teoría, en general, se le atribuye ser un modelo tecnocrático, legitimador y acrítico, ya que el eje de la pena pasa de la subjetividad del individuo y del mundo axiológico, de los valores, al sistema y a las expectativas institucionales, eludiendo cualquier reflexión crítica ajena a la funcionalidad del castigo para el sistema.⁴⁷

El maestro Sánchez Galindo resalta que la importancia, en el funcionamiento del sistema de justicia penal, es que abarque desde la procuración de justicia, continúe con la impartición de la misma y culmine en la ejecución de la pena; ya que a la pena le ha sido asignada la función de prevención general, pues dada su ejemplaridad, inhibe la realización de conductas delictivas, y de prevención especial, ya que segrega y readapta al que cometió delitos.⁴⁸ Para entender mejor esta definición, en seguida ahondaremos sobre la teoría de la prevención especial.

⁴⁵ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 101 y 102.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁷ Benavente Chorres, Heshbert, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, p. 33.

⁴⁸ Sánchez Galindo, Antonio, "Seguridad pública y prisiones en México", *Penitenciarismo (la prisión y su manejo)*, México, Inacipe, 1991, p. 646.

c. Teoría de la prevención especial

La teoría de la prevención especial es también conocida como “prevención individual”, que es totalmente contraria a la prevención general. Podemos encontrar en esta teoría a Franz von Liszt, máximo exponente del pensamiento penal de la escuela alemana.

No obstante, esta teoría es desarrollada por diversas corrientes (que deben sumarse a la de Von Liszt), como el positivismo criminológico italiano, el correccionalismo y la escuela de la defensa social, todas contrarias a las teorías de la retribución, y cuya semejanza se encuentra en el pensamiento, según el cual, el fin de la pena está dirigida exclusivamente a la persona que cometió el delito; es decir, que el fin de la pena es la prevención dirigida al autor individual o particular.

En la teoría de la *prevención especial positiva*, el fin de la pena es disuadir al autor de futuros hechos punibles o evitar reincidencias, procurando readaptar al autor mediante tratamientos de resocialización, así la necesidad de prevención especial es lo que legitima la pena, y por tanto Von Liszt afirma que sería justa, de aquí que se haga referencia a ella como “relativa”, porque su finalidad va dirigida a la “evitación del delito”; en este argumento, la concepción se encuentra influenciada por el determinismo, ya que no admite la libertad de la voluntad y niega que la culpabilidad pueda ser fundamento y medida de la pena.

En esta orientación moderna de la prevención especial, como defensores encontramos a Bacigalupo, Jean Vallejo y José Cansino, quienes afirman que el fin principal de la pena es la reeducación o la reinserción social del delincuente.⁴⁹

⁴⁹ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, p. 99.

Para la escuela positiva italiana, que ha centrado su atención en el delincuente, como principales exponentes encontramos a Lombroso, Ferri y Garofalo, quienes han concebido al delito como un hecho natural y social, llegando a la conclusión de que el delincuente es como un enfermo o inadaptado social, que no tiene libre albedrío, entonces, como el delincuente no tiene responsabilidad, la pena es ineficaz, por esa razón debe ser reemplazada por las medidas de seguridad.⁵⁰

Pero en Alemania, para la escuela sociológica representada por Von Liszt,⁵¹ se establece que la finalidad de la pena debe investigarse en función de las distintas categorías de delincuentes y no de manera uniforme para cualquier autor, considerando que la eficacia de la incriminación exige que ella se adapte a cada sujeto, procurando corregir, intimidar o inocular, según la personalidad de cada individuo sobre el que la pena deba cumplir su función preventiva especial, actuando de tres maneras: corrigiendo al incorregible; intimidando al intimidable, y haciendo inofensivos a quienes no son corregibles ni intimidables.⁵²

Así, en el contexto de la orientación clásica de la prevención especial que realiza Von Liszt, como mencionábamos anteriormente, cuando refiere que la pena debe cumplir un fin, según el tipo de delincuente, clasifica a este último de tres formas:⁵³

- Delincuentes recuperables o habituales, en donde el fin de la pena es de prevención especial neutralizadora o

⁵⁰ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 34.

⁵¹ Cfr. Liszt, Franz von, *La idea de fin en el derecho penal*, México, Universidad de Valparaíso de Chile-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, pp. 83 y ss.

⁵² Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 33 y 34.

⁵³ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 97 y 98.

neutralizante, cuyo cometido es lograr la inocuidad del delincuente no capaz de corrección, aquí la sociedad debe protegerse de los irrecuperables, y la solución es privar de la vida, de por vida o de manera indeterminada.

- Principiantes de la carrera criminal, para quienes la pena cumple una función de prevención especial positiva, que se cifra en corrección o mejoramiento del delincuente capaz y necesitado de corrección, y que por predisposiciones hereditarias o adquiridas han llegado a la delincuencia, pero no son casos perdidos y existe esperanza de ser salvados.
- Delincuente ocasional, para quien carece de sentido una sistemática de corrección, aquí la pena cumple un cometido de prevención especial negativa, que consiste en la intimidación del delincuente no necesitado de corrección; es decir, para los sujetos cuyo hecho cometido constituye un episodio o descarrío generado por influencia preponderantemente externa, y para quienes el peligro de una frecuente repetición de la acción punible cometida es mínima, y no tiene sentido una sistemática corrección. Aquí, la pena debe restablecer la autoridad de la ley violada, que debe ser intimidatoria o una advertencia al impulso egoísta del delincuente.

La necesidad de la pena es lo que fundamenta a esta teoría, aunque en la mayoría de los conocimientos empíricos no es suficiente para delimitar la necesidad, lo que resulta generalizado a la naturaleza y *quantum* de la pena; en donde resulte posible determinar la falta de necesidad de prevención especial, la única conclusión viable sería la impunidad,

es decir, en delinquentes primarios y ocasionales, porque no manifiestan peligro para volver a delinquir en:⁵⁴

- Delitos graves: en ciertos casos no hay peligro de repetición.
- Delitos cometidos en situaciones excepcionales: porque casi con toda seguridad no se volverán a repetir.
- Delinquentes habituales: a veces no hay posibilidad de resocializarlos.
- Delinquentes por convicción: en los que se dificulta la resocialización, ya que para ser viable es indispensable la colaboración del delincuente y no puede imponerse coactivamente o aplicarse por la fuerza.

Para la teoría de la *prevención especial negativa*, invocando nuevamente la teoría de Von Liszt mencionada en párrafos anteriores, surge el término de la inocuización de delinquentes habituales,⁵⁵ su premisa mayor es que resulta posible individualizar a un número relativamente pequeño de delinquentes, de los cuales, han sido responsables de la mayor parte de los hechos delictivos, y así poder predecir quién lo seguirá siendo. De este modo, la inocuización de los mismos, con su retención en prisión el máximo tiempo posible, conseguiría una gran reducción de número de hechos delictivos posibles, y sobre todo, mayores beneficios a un menor costo.⁵⁶

Podemos encontrar que los métodos predicativos de esta teoría se basan en el análisis psicológico individual de responsabilidad o peligrosidad que se ha visto en la necesidad de ser sustituido por otros de manera actuarial, y así abordar el delito con técnicas probabilísticas y cuantitativas, recu-

⁵⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 35.

⁵⁵ Cfr. Liszt, Franz von, *La idea de fin...*, cit., pp. 49 y ss.

⁵⁶ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 37.

riando a un método estadístico que toma como base determinados indicadores, y cuya cuantificación permite emitir los pronósticos de peligrosidad sobre grupos o clases de sujetos sin tener que entrar al estudio de la psicología del individuo concreto.

Es importante mencionar que una sociedad que quiere mantenerse en un derecho penal respetuoso con la individualidad y los derechos fundamentales de la persona, incluyendo los del delincuente, y quiere conceder a todo autor la posibilidad de la resocialización, debe soportar de manera análoga un riesgo para la seguridad de la colectividad, es decir, que cumplida la condena ajustada a la culpabilidad, la sociedad deba asumir el riesgo de un posible delito futuro.⁵⁷

De este modo, es importante destacar que la teoría de la prevención especial busca evitar la comisión de delitos, pero a diferencia de la teoría de la prevención general, el objetivo perseguido no se dirige hacia el grueso de la comunidad de individuos, sino únicamente al delincuente en particular para que no vuelva a delinquir.⁵⁸

C. *Teorías mixtas*

A partir del intercambio de ideas respecto al verdadero fin de la pena, de las propuestas realizadas por las teorías absolutas y relativas surgen las teorías mixtas, unificadoras o eclécticas, que consideran que estas dos teorías eran insuficientes y no lograban agotar la explicación de la pena, y al efectuar una síntesis de ellas realizan sus propias propuestas.

Las teorías mixtas parten del supuesto realista que cree imposible adaptar la fundamentación desde las formas de

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁵⁸ Vidaurri Aréchiga, Manuel, *op. cit.*, p. 28.

pensar puras, y suponen así una combinación de fines preventivos y retributivos e intentan configurar un sistema que recoja los efectos más positivos de cada una de las concepciones puras. Cabe mencionar que las teorías mixtas son dominantes en el derecho penal contemporáneo, en este sentido, diversos autores consideran que su existencia revela una crisis que exhibe la ausencia de respuestas doctrinarias y legislativas armónicas para justificar el *ius puniendi* del Estado, con todas las consecuencias de inseguridad que de allí se derivan.⁵⁹

Sin embargo, estas teorías le asignan la función de protección de la sociedad al derecho penal, aunque es tal función la que varía en las diferentes posturas que conforman estas teorías, algunas postulan que la protección de la sociedad se basa en la retribución justa y que los fines de la prevención sólo tienen función complementaria dentro de la retribución, otras sostienen que el fundamento de la pena es la defensa de la sociedad y la retribución sólo cumple la función de límite máximo de las exigencias de la prevención, impidiendo que lleguen a una pena superior a la merecida por el hecho cometido, pero en ambos casos, la protección de la sociedad es entendida en el sentido de protección de bienes jurídicos, y la conminación penal se justifica sólo por la necesidad de proteger éstos.⁶⁰ Dentro de las principales teorías están:⁶¹

a. La teoría retributivo-preventivas

Esta teoría es atribuida a Nowakowski, a Welzel y también a Kaufman, para quienes la pena persigue, al mismo tiempo, el fin de retribuir el delito como castigo al delin-

⁵⁹ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 38.

⁶⁰ Jiménez Martínez, Javier, *op. cit.*, pp. 105-113.

⁶¹ *Idem.*

cuenta por la acción cometida y el fin de prevenir que futuros delitos se comentan.

b. La teoría diferenciadora

Teoría en la que encontramos como principal promotor a Schmidhäuser, para quien la pena sirve de fin de la lucha contra el delito y medio adecuado para hacer posible la convivencia, manteniendo la comisión de crímenes dentro de sus límites tolerables.⁶² Schmidhäuser, quien parte de la distinción entre las teorías de la pena en general y sentido de la pena para los distintos sujetos intervinientes en la vida de la pena, afirma que no habrá otra respuesta que “la necesidad de la pena para la convivencia social”, ello supone renunciar conscientemente a que la pena tenga sentido para el condenado, pues implica que no se le castigue en beneficio suyo, sino en el de la sociedad; rechazando totalmente la teoría kantiana, anteriormente expuesta, de que el delincuente no puede ser utilizado como un medio a favor de la sociedad; de esta forma, Schmidhäuser orienta su teoría hacia los siguientes conceptos.

Prevención general: entendida como una función de la pena “realista”, según la cual, la colectividad —ante el castigo de los delincuentes por los delitos cometidos— en muchos casos se inhibirá de la ejecución de delitos, pero no como el único medio posible para impedir la comisión de delitos, sino como medio de reducir la delincuencia a límites que hagan posible la convivencia normal.

Prevención especial: que no permite configurar la concepción de la pena con la sola consideración, a fin de lograr la

⁶² Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., p. 44.

prevención específicamente de cada autor en particular, condenado por la comisión de delitos.

Sentido de la pena: donde se entiende que la pena, al justificarse por su necesidad, tiene un sentido diferente para cada uno de los intervinientes en el proceso punitivo; es decir, que para cada órgano de autoridad interviniente, la pena tiene sentidos diferentes:⁶³ para el legislador con miras de prevención general, al cual la pena sirve a la defensa colectiva, aunque también debe tomar en cuenta la justicia en la aplicación de penas; para los órganos encargados de la persecución de los delitos, que deben cumplir con la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales regidos por el principio de igualdad; para el juez con criterios de justicia y de prevención especial, quien debe perseguir la pena justa, tomando en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas, y para los funcionarios de las prisiones, quienes deben otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de ayudar al condenado para aprovechar el tiempo de cumplimiento o la prevención especial por medio de la resocialización.

c. La teoría dialéctica de la unión o unificadora

Es propuesta por Roxin, aunque anteriormente planteado por Beccaria, quien legitima la pena por medio de la prevención general, de la retribución y de la prevención especial, cada una centrada en una instancia diferente,⁶⁴ similar a como lo planteó Roxin, el cual parte de la idea de que el fin de la pena sólo puede ser de tipo preventivo, puesto que las

⁶³ Cfr. *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁶⁴ Botero Bernal, Andrés, “La teoría unificadora dialéctica de Roxin a la luz de Beccaria”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2001-2002, p. 201.

normas penales sólo están justificadas cuando tienden a la protección de la libertad individual y al orden social por el cual están a su servicio, de ello resulta que la prevención especial y general deben figurar conjunta, simultánea y equilibradamente como fines de la pena, excluyendo la retribución como fin de la sanción penal.

La propuesta de Roxin refiere que el derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras: “amenazando, imponiendo y ejecutando penas”; es decir, que se lleva a cabo en tres momentos o fases:⁶⁵ *legislativa*, como primer momento de la conminación legal, cuya función es proteger bienes jurídicos y prestaciones públicas imprescindibles, donde ninguna teoría ha respondido a la cuestión de qué debe prohibir el legislador bajo pena, ni aclara qué merece considerarse delictivo, ya sea para retribuirlo o prevenirlo, asegurando que la protección sólo se buscará a través de la prevención general de los hechos que atenten contra tales bienes o prestaciones, ya que al ser la ley anterior al delito, no podrá ser medio de retribución ni prevención especial del delincuente; *judicial*, como segundo momento de la realización del derecho penal, que en su aplicación corresponde complementar la función de prevención general propia de la conminación legal, donde el juez impone la pena confirmando la amenaza abstracta expresada por la ley, sometándose a la limitación de que la pena no debe sobrepasar la culpabilidad del autor, además de que la imposición judicial de la pena servirá también a la prevención especial; y *ejecutiva*, como la última fase en la vida de la pena, que servirá a la confirmación de los fines anteriores, pero de forma tendiente a la resocialización del delincuente como prevención especial.

⁶⁵ En el mismo sentido, *cfr.* Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, pp. 41-43.

Esta corriente es seguida por Muñoz Conde, quien también describe la teoría en sus tres fases: la primera, en el momento de la amenaza penal, cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena; es decisiva la prevención general, pero si llega a cometerla —segunda fase— a su autor debe aplicársele la pena prevista para ese hecho, predominando la idea retributiva, y finalmente —última fase— en la ejecución de la pena, sobre todo en una privativa de libertad la idea de prevención especial, así la integración armónica, progresiva y racional de los tres estadios del *ius puniendi*, y se superarían los peligros propios de toda teoría.⁶⁶

d. La teoría modificadora de la unión

En esta teoría encontramos como principal promotor a Karl-Heinz Gössel, quien afirma que en la imposición de la pena puede consignarse cualquier tipo de prevención, ya que las sanciones jurídico-penales constituyen consecuencias reales de un delito, se establecen legalmente para la consecución de determinados fines futuros. El autor refiere que para superar la exacerbada dialéctica de la lucha de escuelas sobre la naturaleza de la pena, en lo sucesivo no debe plantearse la pregunta de si las sanciones jurídico-penales están llamadas a cumplir sólo funciones de retribución o de prevención, sino de sí, con tales sanciones entendidas como consecuencias, han de conseguirse fines concretos y adecuados.

II. EL JUEZ DE EJECUCIÓN DE SANCIONES

1. *Antecedentes*

El tema que hoy nos ocupa es la figura jurídica denominada juez de ejecución de sanciones. Si bien, las reformas en el sis-

⁶⁶ *Ibidem*, p. 42.

tema penitenciario han producido cambios importantes en las instituciones a nivel normativo, se ha logrado muy poco en el plano fáctico, por lo que la percepción de lo logrado es bastante desalentadora.

El grado de democratización de un Estado (en otras palabras, el grado de su desarrollo como Estado de derecho) puede medirse echando una mirada al proceso penal. En este orden de ideas tenemos diversos factores que influyen en la medición de la calidad de nuestro proceso penal. La institución que nos ocupa adquiere relevancia trascendental, ya que sin duda alguna, la fase de ejecución de las sanciones penales es el momento en que se ejerce el poder punitivo estatal con mayor vigor y desenfado, cuando mayor descarga de violencia se le imprime; en este sentido, Gabriel Bombini opina:

...por lo tanto más que nunca los conceptos jurídicos que se desarrollen deben construirse sistemáticamente en función de los principios de respeto y dignidad de la persona... y conforme el esquema de principios fundamentales de ellos derivados que forman el marco normativo constitucional para la aplicación de las penas con el objeto de minimización de la violencia estatal.⁶⁷

A. Modelos de ejecución

El autor peruano, Hesbert Benavente⁶⁸ explica que existen tres grandes modelos de ejecución de la pena. Un primer modelo establece que el Tribunal que sentencia es el que debe ejecutar la pena; de inicio, la idea no parece mala, pero

⁶⁷ Cfr. Champo Sánchez, Nimrod Mihael y Juárez Bribiesca, Armando, "El juez de vigilancia de ejecución de sanciones", *Iter Criminis. Revista de Ciencias Penales*, 4a. época, núm. 18, noviembre-diciembre de 2010.

⁶⁸ Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 49 y 50.

también implica que los jueces tengan conocimientos (y no sólo someros) en cuestiones criminológicas como mínimo. Desde nuestra opinión, esto podría acarrear más dificultades que soluciones, pues aparecen problemas que no se pueden salvar: los establecimientos donde se cumplan las penas no siempre estarán en la misma jurisdicción que en donde se efectuaron las condenas; además, ocurre el incremento exponencial del volumen de trabajo de los tribunales; por otra parte, acontece la falta de especialización; sólo por mencionar algunos.

El segundo modelo postula que una vez recaída la sentencia y adquirida la calidad de cosa juzgada, es el ejecutivo quien se encarga de la ejecución de la pena, sobre todo de la privación ilegal de la libertad personal a través del director de la penitenciaría, tal como sucedía en nuestro país hasta hace algunos años.⁶⁹ Esta falta de control judicial normalmente deriva en abusos por parte de las autoridades de los establecimientos penitenciarios, corrupción, indisciplina, delincuencia dentro de los centros, venta, consumo de drogas y un amplísimo etcétera que, lastimosamente, todos conocemos.

En el tercer modelo aparece la figura del juez de ejecución, quien deberá vigilar y tener pleno control en el cumplimiento de las penas, permitiendo un mayor control al respe-

⁶⁹ *Idem.* “Otro caso es Suecia, que pese a la indeterminación, imprecisión o extrema flexibilidad del redactado de su Ley sobre Tratamiento Correccional en Instituciones Penitenciarias, e incluso su práctica carencia de mecanismos judiciales de control, debido a una Administración con medios más eficientes y voluntad política, parte de un sistema de penas totalmente distinto del que podemos observar en nuestro país ya que la prisión abierta afecta a la mayor parte de los condenados a penas propiamente privativas de libertad, por lo cual se comprende la escasa necesidad de un control judicial de éstas, ya que el tratamiento resocializador se práctica casi por completo en el medio libre en contacto con la sociedad”.

to de los derechos humanos de los internos; una figura que evite o actúe contra los abusos de la actuación de las autoridades administrativas.

Desde la perspectiva del procedimiento penal, en nuestro país, el modelo tradicional establece que la ejecución de la pena, en general, es competencia de las autoridades administrativas, lo que conlleva diversos problemas como: los amplios márgenes de discrecionalidad de las autoridades administrativas penitenciarias; la difusa transparencia que impera en su operación; la carencia de recursos humanos, financieros e infraestructura del sistema penitenciario mexicano; una sobrepoblación preocupante, entre otras.

La situación histórica y actual de nuestras cárceles debe ser considerada indigna de la condición humana, sobre todo respecto a la alimentación, asistencia sanitaria, género y situación social en particular. Este estado de cosas es tanto más preocupante si se considera que hay más personas en prisión preventiva que sentenciadas.

La óptica correccionalista vigente que —como hemos visto— se pretendió implementar, ha denotado desde nuestra perspectiva un rotundo fracaso. Las leyes federales efectivas, que regularían la ejecución integral de las penas privativas de libertad, han brillado hasta ahora por su ausencia, impidiendo el efectivo cumplimiento de reinserción social de los sentenciados. Ésta debe ser superada por una concepción que establezca un eficaz sistema de ejecución de penas en su conjunto, con la finalidad de establecer un marco normativo que permita la reinserción de los sentenciados, respetando sus garantías.

Por lo que la necesidad de implementar una figura que garantice los derechos humanos de los internos es un imperativo real, concreto e impostergable. Subsanan la deficiencia que ha implicado la omisión de atender el efectivo cumpli-

miento de la sanción impuesta por virtud de sentencia firme, es un compromiso que debemos cumplir de manera integral, para alcanzar el fin de la pena, esto es, la reinserción social.

Precisamente, una forma de intentar ayudar a remediar estos problemas (no la única) es la figura del juez de ejecución de sanciones, cuya figura se vislumbra ya, después de la reforma constitucional del 18 de junio del 2008, que modificó, entre otros, el artículo 21 de nuestra carta magna, para quedar como sigue:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público. La ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

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

Al respecto, el doctor Sergio García Ramírez opina que la figura no ha sido incluida en el marco constitucional de manera expresa, no al menos en la redacción del artículo 18 que sería su sede natural. El legislador debió ser explícito en el establecimiento de la figura y determinación suficiente de sus atribuciones y características, ya que sus funciones van más allá de precisar modificaciones y tiempos penales, sino que involucran la resolución de diversos puntos controvertidos y cuestiones concernientes a los derechos del sentenciado.

B. Relación jurídica entre el condenado y el Estado

Es necesario limitar y controlar a las autoridades administrativas respecto al tratamiento en los centros peniten-

ciarios mediante la figura del juez de ejecución, ya que el sentenciado es una persona sujeto de derechos, obviamente con correlativos deberes y obligaciones; el condenado tiene el primordial derecho a cumplir la pena en los términos de la sentencia y el correlativo deber de cumplirla en dichos términos.

Donde hay derechos y, por ende, deberes, existirán conflictos entre unos y otros, la solución a estos conflictos corresponderá al juez de ejecución. El recluso ya no deberá considerarse como un simple sujeto pasivo del tratamiento, mediante el cual será curado, reeducado y resocializado; será un sujeto activo de su propio tratamiento, para lo cual necesitará ayuda psicológica, social, educativa, laboral entre otras.⁷⁰

Si bien el Estado tiene el *ius puniendi*, en el momento de ejecutar la pena, también tiene el deber de hacerlo exactamente según la sentencia, así como todos los deberes que se correspondan a los derechos del interno como ser humano: a la vida e integridad corporal; a los servicios de salud; al uso del propio nombre; libertad de conciencia y de religión; trabajo remunerado; y un amplísimo etcétera.

Otro tema es la obligación que tendrá el juez de dar plena vigencia a la aplicación de la sanción penal; lo cual implicará el propósito de salvaguardar los derechos de los internos primordialmente, con miras a ofrecer un mecanismo de control jurisdiccional de la actividad penitenciaria, este juez es un funcionario judicial que está encargado de asegurar los derechos del sentenciado en caso de abuso de los empleados de su custodia.

⁷⁰ Bergamini Miotto, Armida, “Derecho penitenciario”, en varios autores, *Política criminal, derechos humanos y sistemas jurídicos en el siglo XXI*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2001, pp. 106 y 107.

Asimismo, dicho funcionario tendrá la jurisdicción de controlar la legalidad de las decisiones que las demás autoridades penitenciarias tomen, cuando las mismas no estén contenidas en la sentencia, y vigilará la aplicación de las sanciones de carácter disciplinario en el recinto carcelario. Sus funciones se concentrarán en la etapa de aplicación de la sentencia, y no se debe omitir considerar que el fin último del proceso penal es conseguir la reinserción del sentenciado a la sociedad.

Y este proceso de reinserción necesariamente deberá comenzar al momento en que el sentenciado comience a cumplir con su condena, lo cual implica la participación tanto del interno como de los profesionistas que intervienen en el Consejo Técnico Penitenciario, quienes estarán en coordinación con el juez de ejecución de sentencias.

Un problema interesante surge cuando el juez de ejecución de sanciones se constituye en la instancia para vigilar el cumplimiento de las leyes aplicables, en este caso deberá velar por el respeto a los valores constitucionales a escala de la ejecución de penas. De acuerdo con un sistema garantista, el condenado podrá ejercer, durante la ejecución de la pena, los derechos y las facultades que las leyes penales, penitenciarias y los reglamentos le otorguen, e incluso los tratados internacionales. Así podrá plantear, ante el tribunal que corresponda, las observaciones que, con fundamento en aquellas reglas, estime convenientes.⁷¹

Con esta finalidad, lo relativo a las fijaciones sucesivas de pena, extinción, sustitución o modificación de aquéllas, será competencia del tribunal, el cual procederá siempre ba-

⁷¹ Champo Sánchez, Nimrod Mihael y Juárez Bribiesca Armando, “El juez de vigilancia...”, *cit.*

sando su criterio en los informes y recomendaciones del personal profesional carcelario.

2. *Derecho comparado*

En el derecho comparado existe la figura del juez de ejecución de sanciones. Argentina y España, entre otros, son países que ya contemplan esta institución con diferentes denominaciones, otorgándole diversas facultades y atribuciones. La piedra de toque de todas estas reformas es la fiscalización de la ejecución de la pena.

De acuerdo con la institución española, el juez de vigilancia penitenciaria fue introducido al sistema en 1976 por la Ley Orgánica 1/1979, y desempeña muchas de las funciones que se requieren en nuestro país; éste tiene atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos, y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario pudiesen producirse.

Este juez tiene facultades para tomar las decisiones e implementar las medidas necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo. Así también resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan. Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena y aprobar las sanciones de aislamiento en celda.

En España, la Ley Orgánica configura a los jueces de vigilancia penitenciaria como los órganos jurisdiccionales a

los que corresponde asegurar el cumplimiento de las penas y controlar las diversas situaciones que se pueden producir en el cumplimiento de aquéllas; completándose así, en términos jurídicos, la totalidad de las facetas que componen moderadamente la política criminal, bajo el control jurisdiccional.

Los objetivos esenciales de la institución del juez de vigilancia penitenciaria es velar por las situaciones que afecten a los derechos y libertades fundamentales de las personas sentenciadas, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se trata, pues, de un control que se lleva a cabo por órganos judiciales especializados, y que constituye una pieza clave del sistema penitenciario para garantizar el respeto de los derechos de los internos.⁷²

En Argentina, este tema está vinculado al de la existencia de un *derecho ejecutivo penal*, distinto del penal y del procesal penal. La ejecución procesal penal, por ejemplo, distingue entre el tribunal del juicio —el que dictó la sentencia— y el tribunal de ejecución. Por otra parte, el ordenamiento jurídico establece la competencia del juez de ejecución penal, con expresas facultades de control de raigambre constitucional referidas al trato de los detenidos, obligaciones que debe cumplir el imputado en los casos de suspensión del procedimiento o prueba, cumplimiento efectivo de las sentencias de condena, resolución de las sentencias de condena, resolución de los incidentes y a la reinserción social de los liberados condicionalmente.

El juez de ejecución penal ocupa el cargo para solucionar los problemas que pueden aquejar a los internos y también

⁷² Cfr. Benavente Chorres, Hesbert, *La ejecución de la sentencia...*, cit., pp. 70 y 71.

al personal penitenciario en relación con ellos. Respecto a la aplicación de la pena, se pretende que no quede en manos exclusiva de la autoridad penitenciaria, esto es, en la órbita administrativa. Para lograr su objetivo, el juez es asistido por un secretario y un grupo interdisciplinario integrado por especialistas en medicina psiquiátrica, psicológica, sociológica, de asistencia social y, en su caso, antropológica.

En estos casos, que utilizamos como ejemplos, la implementación de la judicialización penitenciaria ha evidenciado una serie de dificultades que, a juicio del profesor Mapelli Caffarena, es un proceso inconcluso por los siguientes problemas:⁷³

1. Desde el *plano competencial* no existe un claro deslinde de las competencias del juez y las atribuciones de la administración penitenciaria.
2. Desde el *plano procedimental* se carece de una ordenación legal del procedimiento a seguir ante el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria; además se niega la legitimación activa a las víctimas para instar la revisión de las decisiones del juez de vigilancia penitenciaria en materia de ejecución de la pena de prisión, y a la administración penitenciaria para postular la revisión de las resoluciones del aludido juez referentes al régimen y el tratamiento penitenciario.
3. Desde el *plano de formación y requisitos necesarios* no se prevé una formación específica del juez de vigilancia penitenciaria en ciencias criminológicas y victimoló-

⁷³ Mapelli Caffarena, Borja, *Práctica forense penitenciaria*, Madrid, Civitas, 1995, *passim*. En este mismo sentido: Subijana Zunzunegui, Ignacio José, “El juez en la ejecución de las penas privativas de libertad”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, núm. 07-11, pp. 11:1-11:20, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-11.pdf>.

gicas, a pesar de la naturaleza transdisciplinaria de las materias sujetas a su examen.

3. *Funciones del juez de ejecución*

De manera general, el doctor Rafael Márquez Piñero agrupa en tres las funciones del juez de ejecución: función inspectora, función consultiva y la función decisoria jurisdiccional.

La función inspectora consiste en la vigilancia de la ejecución de las penas, con especial atención a las privativas de libertad, que se llevará a cabo mediante visitas periódicas a los establecimientos penales, para poder verificar si se observan, cabalmente, los diferentes ordenamientos y reglamentos. En cuanto a la función consultiva, se realiza mediante la emisión de los informes derivados de la inspección de los centros penitenciarios, respecto a las condiciones de la ejecución de la pena, ya sea en general, o de algún caso concreto.

Respecto a la función decisoria jurisdiccional se dará al resolver respecto a las solicitudes y controversias derivadas de ese enfrentamiento entre los derechos y deberes del interno.⁷⁴

⁷⁴ Márquez Piñero, Rafael, “Comentarios a la Ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados”, *Modernización del derecho mexicano. Reformas constitucionales y legales 1992*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1993, pp. 311 y ss. “Se trata, pues, de un funcionario del poder judicial que desempeña una función de órgano de control permanente de la vida de los establecimientos penales, como se ha dicho, y que constituye una verdadera garantía del cumplimiento de uno de los postulados fundamentales de todo Estado de derecho, a saber: el control jurisdiccional de las actividades de la administración. El juez de ejecución emite órdenes de servicio que se orientan al ejercicio del derecho subjetivo del reo a limitar o contener la gravedad de la ejecución o a reivindicar un tratamiento o modalidades particulares que correspondan a su interés.

Pero estas funciones no deben realizarse de manera arbitraria o a la libre interpretación del operador jurídico (llámese juez o autoridad administrativa), para evitar contradicciones o antinomias dentro del marco jurídico, en la doctrina, se han establecido principios que rigen la interpretación de las normas que rigen la ejecución de la pena; entre los más utilizados se encuentran: *principio de legalidad*; *principio de jurisdiccionalidad*; *principio de proporcionalidad*; *principio de humanidad* y el *principio de resocialización*.⁷⁵

Principio de legalidad. Tanto las sanciones penales imponibles, así como las condiciones en que se ejecutaran dichas sanciones, deberán estar determinadas por una norma jurídica con rango de ley, dicha norma deberá a su vez cumplir con las exigencias de taxatividad y certeza, evitando la vaguedad y ambigüedad.⁷⁶

Principio de jurisdiccionalidad. Así como las penas sólo pueden ser impuestas por el Poder Judicial, debe ser éste el que controle la ejecución de la pena.

Nos encontramos, por consiguiente, en la conflictiva zona de un verdadero y propio derecho subjetivo del condenado, que, por otra parte, es el más sagrado de los derechos subjetivos, o sea, el derecho a la libertad”.

⁷⁵ Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *op. cit.*, *passim*.

⁷⁶ Benavente Chorres, Heshbert, *La ejecución de la sentencia...*, *cit.*, p. 52. El profesor Benavente realiza una crítica en la Legislación del Distrito Federal: “El artículo 3, fracción I de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social del Distrito Federal dispone que «Los Jueces de Ejecución y la Autoridad Penitenciaria deberán, en el ámbito de ejecución de la pena y en el proceso de reinserción social, fundar y motivar sus resoluciones y determinaciones en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales firmados por el Estado Mexicano, la presente Ley, la sentencia judicial y demás disposiciones aplicables a estas materias». Como puede notarse, ha confundido los principios de fundamentación y motivación con el de legalidad «que en materia penal radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no esté establecida en la ley”.

Principio de proporcionalidad. Debe existir una correlación entre la gravedad de la infracción penal y la culpabilidad del autor de la conducta, así como con la sanción que se imponga; para ponderar entre la adecuación de la pena con el delito cometido deberá, quien ejecuta la pena, tener en cuenta la relevancia del objeto de protección (bien jurídico), la intensidad del daño causado.

Principio de humanidad. La duración y el contenido de la pena impuesta deberá en todo momento ser respetuosa de la dignidad humana en todos los sentidos; deberá evitarse a todo costa sanciones que, por su contenido —penas de muerte o corporales— o por su duración, puedan tacharse de inhumanas o degradantes.

Principio de resocialización. El objetivo principal de la imposición de una pena deberá ser siempre la integración comunitaria del penado. En un Estado democrático, el principio de resocialización debe entenderse como un intento de dar la posibilidad de participación en la vida social y comunitaria.⁷⁷

⁷⁷ Subijana Zunzunegui, Ignacio José, *op. cit.*, p. 11:8. “En el plano procesal, la diversidad normativa genera un producto jurídico errático. No existe una regulación del procedimiento que encauce las pretensiones que se promuevan ante los órganos judiciales de ejecución (Jueces o Tribunales sentenciadores, Juzgados de Vigilancia Penitenciaria). La carencia alcanza especial vigor en el ámbito competencial de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria, siendo reiteradas las peticiones doctrinales y jurisprudenciales que solicitan una Ley reguladora de los procedimientos ante los mentados órganos jurisdiccionales. Es más: la orfandad normativa ha generado una dinámica judicial centrada en diseñar y actualizar periódicamente criterios de actuación que posibiliten cierta certidumbre en la materia. Estos criterios carecen de vinculación jurídica, pero tratan de ofrecer unas pautas de solución común que palien, en la medida de lo posible, una significativa disparidad de criterios. La diversidad normativa convive con una pluralidad de referentes institucionales en el orden judicial con competencia en materia de ejecución de las sanciones penales. Básicamente coexisten dos tipos de órganos judiciales en materia de eje-

En este sentido, y de manera general, podemos afirmar que las atribuciones (siendo meramente enunciativas, más no limitativas) y funciones del juez de ejecución son:

- Garantizar la legalidad, la seguridad jurídica y la protección de los derechos humanos y fundamentales de los involucrados, en el efectivo cumplimiento de las sanciones penales privativas de la libertad.
- Controlar y vigilar la ejecución de las penas y medidas de seguridad.
- Mantener, sustituir, modificar, revocar o hacer cesar la pena y las medidas de seguridad, así como las condiciones de su cumplimiento, en los términos de la presente Ley.
- Resolver sobre el pedimento que formulen los sentenciados en caso de sustitución o suspensión condicional de la pena.
- Resolver el otorgamiento o denegación de cualquier beneficio relacionado con las penas o medidas de seguridad impuestas en la sentencia definitiva.
- Resolver sobre las solicitudes de restitución o rehabilitación de derechos, funciones o empleo.
- Declarar la extinción de las penas y medidas de seguridad, y ordenar su cesación cuando proceda en los términos previstos por la legislación penal.

cucción penal: los Juzgados y Tribunales sentenciadores y los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Los Juzgados y Tribunales sentenciadores tienen competencia exclusiva en la ejecución de las penas no privativas de libertad, salvo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y en la materialización de la pena privativa de libertad de localización permanente; ostentan competencia compartida con el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria en la ejecución de las penas de prisión y de medidas penales. El Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tiene competencia exclusiva en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad”.

- La solución, en audiencia oral, de las controversias que se susciten entre las autoridades penitenciarias y los internos o terceros, resolviendo las peticiones o quejas que se formulen en relación con el régimen, el tratamiento penitenciario y la imposición de sanciones y medidas disciplinarias, en cuanto afecten sus derechos y beneficios.
- Librar las órdenes de reaprehensión o detención que procedan en ejecución de sentencia.
- Visitar constantemente los centros de reclusión, con el fin de constatar el respeto de los derechos fundamentales y penitenciarios de los internos y proponer a las autoridades penitenciarias las medidas de respeto que estime convenientes.
- Atender los reclamos y recursos que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias, previo informe de la autoridad responsable, y ordenar a esta última, en su caso, el cumplimiento de las resoluciones que estime convenientes.
- Los jueces de ejecución de penas deberán necesariamente resolver en audiencia oral todas las peticiones o planteamientos de las partes, relativos a la revocación de cualquier beneficio concedido a los sentenciados por cualquier autoridad jurisdiccional, y en aquellos casos en que deba resolverse sobre libertad anticipada, libertad preparatoria, remisión parcial de la pena o libertad definitiva, y todas aquellas peticiones que por su naturaleza o importancia requieran debate o producción de prueba. Para el cumplimiento de sus atribuciones realizarán las actuaciones que fueren necesarias e impondrán las medidas de apremio correspondientes, contando con el uso de la fuerza pública cuando fuere necesario.

- Conocer de las peticiones de traslado.
- Modificar, adecuar o declarar extinta la sanción de prisión en la fase de ejecución en los términos que la legislación penal y esta Ley establecen.

III. EJECUCIÓN DE LA PENA EN MÉXICO

1. *Evolución constitucional del sistema penitenciario mexicano*

La CPEUM, publicada el 5 de febrero de 1917, al regular la ejecución de la pena, no reconocía la identidad o autonomía del derecho de ejecución de penas, producto de la ideología de la época; por tal motivo, el artículo 18 de nuestra carta magna originalmente se refería al sistema penal: colonias penitenciarias o presidios.

ARTÍCULO 18. 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 se organizarán en sus respectivos territorios, el sistema penal —colonias o presidios— sobre la base del trabajo como medio de regeneración.⁷⁸

Es de destacar que solamente se hablaba de regeneración, y el único medio para alcanzar la misma era el trabajo. Dicha concepción inquisitiva de la ejecución de la pena fue recogida por el Código Federal de Procedimientos Penales y por legislaciones procesales estatales, al establecer la ejecución de la pena como uno de los procedimientos:

⁷⁸ *DOF* de 5 de febrero de 1917.

ARTÍCULO 1o. El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

...

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que se cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción de las sanciones aplicadas.⁷⁹

En 1965, se reforma el artículo 18 constitucional estableciendo como fin la readaptación social y como medios para alcanzarla el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; también se estableció la separación entre hombres y mujeres para compurgar sus penas, así como la posibilidad de celebrar convenios entre la Federación y los estados, para que reos locales puedan extinguir su condena en establecimientos locales. Por último, se instaura por primera vez el sistema de menores infractores.

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

Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

⁷⁹ *DOF* de 30 de agosto de 1934.

La Federación y lo Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.⁸⁰

Poco a poco se ha ido ampliando la protección a las personas privadas de su libertad, producto de la influencia de instrumentos internacionales, es por tal motivo que en 1977 se adiciona un párrafo quinto al comentado artículo 18, para que reos en el extranjero de nacionalidad mexicana (por delitos de orden federal y local) sean beneficiados con traslados a nuestro país, así como a los reos de nacionalidad extranjera en nuestro país sean trasladados a su país de origen o residencia; en ambos casos se exige el consentimiento expreso.

ARTÍCULO 18. ...

...
...
...

Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren purgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia sujetándose a los Tratados Internaciones que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.⁸¹

⁸⁰ *DOF* de 23 de febrero de 1965.

⁸¹ *DOF* de 4 de febrero de 1977.

En esta tesis, en 2001 se añade un párrafo sexto para que se compurguen las penas lo más cerca del domicilio, con la finalidad de propiciar la reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.

ARTÍCULO 18. ...

...
...
...
...

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social.⁸²

En 2005, el artículo 18 constitucional sufre una importante reforma respecto al sistema de justicia de adolescentes (que no transcribiremos al no ser nuestro tema), al establecer un sistema integral, aplicable a mayores de doce años y menores de dieciocho, que garantiza el reconocimiento de los derechos fundamentales, y en el cual son aplicables únicamente rehabilitación y asistencia social (no una pena). Será obligatoria la especialización de los operadores, y se contempla el uso de las formas alternativas de justicia, ya que el fin del sistema es la reintegración social y familiar del adolescente.⁸³

En el marco de la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de 2008, cuyo más indudable aporte —no el único— es la implementación de un sistema procesal penal de corte acusatorio y oral, influyó en la ejecución de

⁸² *DOF* de 14 de agosto de 2001.

⁸³ *DOF* de 12 de diciembre de 2005.

la pena en dos sentidos; *primero*, en el contexto de un Estado democrático:

- Se cambia el concepto de readaptación al de reinserción, con la finalidad de que no se vuelva a delinquir.
- Se agregan dos medios más para lograr la reinserción social: la salud y el deporte. Lo cual denota una visión humanista de la ejecución de la pena.

Segundo, disposiciones privativas de derechos afines al derecho penal del enemigo:⁸⁴

- La imposibilidad de compurgar las penas cerca de su domicilio a sentenciados por delincuencia organizada, y a otros internos que requieran medidas especiales de seguridad, sin aclarar cuales son éstas.
- Centros especiales para la reclusión preventiva y ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada, con la posibilidad de restringir las comunicaciones con terceros e imponer medidas de vigilancia especial.

⁸⁴ Gutiérrez Santos, Óscar, *Delincuencia organizada. Análisis jurídico-penal y de política criminal*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2018, p. 1. “El fenómeno de la delincuencia o criminalidad organizada es foco central de estudio y análisis de la Política Criminal de los gobiernos democráticos, es un desafío para el Estado y la sociedad combatir y controlar este fenómeno delictivo y más aún, convivir con él, ya que *ex ante* al construir el crimen organizado una forma de actuar delictivamente no era considerado como un delito hasta que fue tipificado por la *lex lata* de cada país. Si bien es cierto que el fenómeno delictivo es sustancial en la sociedad, ello no implica que se deba sobrepasar el rango de convivencia pacífica, como lo estamos viviendo en México y como lo han vivido en España con el terrorismo, pues el exceso de violencia y agresividad en la comisión de tales conductas típicas ha creado iniciativas por partes del Estado para combatir dicho fenómeno”. Cfr. Champo Sánchez, Nimrod Mihael, “El derecho penal del enemigo en México”, *Lex. Difusión y Análisis*, 3a. época, año XII, núm. 161, noviembre de 2008, pp. 52-58.

ARTÍCULO 18. ...

El sistema penitenciario se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir [énfasis añadido].

...

...

...

...

...

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no aplicará en caso de delincuencia organizada y respecto de otros internos que requieran medidas especiales de seguridad [énfasis añadido].

Para la reclusión preventiva y la ejecución de sentencias en materia de delincuencia organizada se destinarán centros especiales. Las autoridades competentes podrán restringir las comunicaciones de los inculcados y sentenciados por delincuencia organizada con terceros, salvo el acceso a su defensor, e imponer medidas de vigilancia especial a quienes se encuentren internos en estos establecimientos. Lo anterior podrá aplicarse a otros miembros que requieran medidas especiales de seguridad, en términos de la ley⁸⁵ [énfasis añadido].

Aunado a lo anterior, la reforma del 2008 modificó el artículo 21 constitucional, si bien con algunas cuantas palabras, pero sustancialmente en materia de ejecución, dando cabida a la figura del juez de ejecución, en su párrafo tercero, lo cual trae aparejado los beneficios de esta figura que ya fueron analizados en el capítulo anterior.

⁸⁵ DOF de 18 de junio de 2008.

ARTÍCULO 21. ...

...

*La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial*⁸⁶ [énfasis añadido].

Una de las más importantes reformas constitucionales, no solamente de estructura sino de ideología, fue la realizada en el 2011, ya que constituyen un cambio en el modo de entender las relaciones entre autoridades y la sociedad en su conjunto, colocando a la persona como el fin de toda acción gubernamental, traduciéndose en la evolución jurídica más importante en nuestro país en el goce y ejercicio de los derechos humanos.⁸⁷

En este tenor, se agrega el respeto a los derechos humanos a los medios para lograr la reinserción social del sentenciado y procurar que no vuelva a delinquir.

ARTÍCULO 18. ...

*El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir*⁸⁸ [énfasis añadido].

Dos reformas más ha sufrido el artículo 18: en 2015,⁸⁹ al sistema de justicia para adolescentes, y en 2016, a fin de me-

⁸⁶ *Idem.*

⁸⁷ Secretaría de Gobernación, “¿Por qué la reforma constitucional de derechos humanos de 2001 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?”, México, 2017, disponible en: <https://www.gob.mx/segob/articulos/por-que-la-reforma-constitucional-de-derechos-humanos-de-2011-cambio-la-forma-de-ver-la-relacion-entre-el-gobierno-y-la-sociedad?idiom=es>.

⁸⁸ *DOF* de 10 de junio de 2011.

⁸⁹ *DOF* de 2 de junio de 2015.

jorar la técnica legislativa de la redacción del párrafo tercero, para la celebración de convenios entre la Federación y las entidades federativas para la extinción de la pena.

ARTÍCULO 18. ...

...

La Federación y las entidades federativas podrán celebrar convenios para que los sentenciados por delitos del ámbito de su competencia extingan las penas en establecimientos penitenciarios dependientes de una jurisdicción diversa.

...⁹⁰

De esta forma, al analizar la evolución de la regulación de la ejecución de la pena a nivel constitucional, podemos dar cuenta de cómo se fue pasando de un pensamiento netamente inquisitivo y retribucionista de tratamiento para la regeneración o la reintegración, a una concepción respetuosa y protectora de los derechos fundamentales de las personas privadas de su libertad.

Lo anterior se vislumbra, no solamente en el concepto total de la reintegración *vs.* reinserción, sino en temas como reo *vs.* persona privada de su libertad, y compurgar *vs.* extinguir la pena; lo cual, más allá de una simple cuestión gramatical, se refiere a un cambio de ideología y concepción de la ejecución penal y del derecho penitenciario.

2. *El juez de ejecución*

Ya vimos que la reforma del 2018, en el segundo párrafo del artículo 18, establece un nuevo sistema de reinserción social, así como el artículo 21 indica que solamente los jueces

⁹⁰ DOF de 29 de enero de 2016.

podrán imponer o modificar las penas, en el tercer párrafo del artículo 21, y sientan las bases para la figura del juez de ejecución de sanciones en nuestro país; pero no debemos perder de vista el transitorio *quinto* del decreto de reforma, que estableció un plazo máximo de tres años para la entrada en vigor de esta reforma, dejándole libertad a la legislación secundaria para reglamentar estos temas; veamos literalmente lo que dispuso:

Quinto. El nuevo sistema de reinserción previsto en el párrafo segundo del artículo 18, así como el régimen de modificación y duración de penas establecido en el párrafo tercero del artículo 21, entrarán en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin que pueda exceder el plazo de tres años, contados a partir del día siguiente de la publicación de este decreto.

Para unificar criterios (por lo menos esa era la idea), la Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal (Setec) a través de la Dirección General de Estudios y Proyectos Normativos, emitió en el 2011 un “Proyecto de Lineamientos Básicos para la Construcción de la Ley de Ejecución de Sanciones para las Entidades Federativas” el cual indica que la Ley de Ejecución de Sanciones tiene por objeto regular la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, así como establecer las bases del sistema penitenciario.

Este proyecto estableció una sugerencia (coaccionada con la entrega de apoyos económicos para la implementación) de los principios que debe contener una Ley:⁹¹

⁹¹ Disponible en: <http://www.setec.gob.mx/work/models/SETEC/PDF/DGEPN-05LineamientosLeyEjecucionSancionesPenales.pdf>.

1. Debido proceso

La ejecución de las sanciones se realizará ajustándose a la ley de la materia y en los términos de la sentencia dictada por la autoridad judicial, respetando las normas y valores consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en las leyes que de aquélla emanen, para alcanzar los objetivos del debido proceso y de la política criminal ejecutiva.

2. Dignidad e igualdad

La ley establecerá que la ejecución de las penas y medidas de seguridad se desarrollará respetando, en todo caso, la dignidad humana de los sentenciados y sus derechos e intereses jurídicos no afectados por la sentencia, sin establecerse diferencia alguna por origen étnico, raza, idioma, nacionalidad, género, edad, discapacidades, condición social, posición económica, condiciones de salud, credo o religión, opiniones, preferencias, estado civil u otros universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.

3. Trato humano

La persona sometida al cumplimiento de una pena restrictiva de libertad debe ser tratada como ser humano, respetando su dignidad, seguridad e integridad física, psíquica y moral para garantizar que estará exenta de sufrir incomunicación u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.

4. Ejercicio de derechos

Igualmente, que toda persona que se encuentre cumpliendo cualesquiera de las penas y medidas de seguridad podrá ejercer sus derechos civiles, sociales, económicos y culturales, salvo que fuesen incompatibles con el objeto del cumplimiento de la sentencia o fueren restringidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Además, gozará de las garantías particulares que se derivan

de su permanencia en los centros de ejecución de la pena de prisión o de medidas de seguridad.

5. Jurisdiccionalidad

La ejecución de las penas y medidas de seguridad recaerá en el juez de ejecución, quien garantizará que las mismas se ejecuten en los términos de la resolución judicial y resolverá conforme al debido proceso de ejecución que se prevea en la ley.

6. Celeridad y oportunidad

Las audiencias y actos procesales que se desarrollen en el procedimiento de ejecución deberán realizarse íntegramente bajo la observancia directa del juez de ejecución, con la participación de las partes, sin que aquel pueda delegar en alguna otra persona esa función.

7. Inmediación

Implica que las audiencias y actos procesales que se desarrollen en el procedimiento de ejecución deberán realizarse íntegramente bajo la observancia directa del juez de ejecución, con la participación de las partes, sin que aquél pueda delegar en alguna otra persona esa función.

8. Confidencialidad

El expediente personal de los sentenciados tendrá trato confidencial y sólo podrán imponerse de su contenido las autoridades competentes, el interno y su defensor o las personas directamente interesadas en la tramitación del caso.

9. De resocialización

El sistema penitenciario tiene como finalidad lograr que el sentenciado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, procurando su adecuada reinserción social.

10. Gobernabilidad y seguridad institucional

Habría que prever en la ley, que las autoridades penitenciarias establecerán las medidas necesarias para garantizar la gobernabilidad y la seguridad institucional de los centros

de reclusión, así como la seguridad de los propios internos y del personal que labora en dichos centros, de los familiares de los internos y de otros visitantes, así como de las víctimas y de las personas que viven próximos a los centros de reclusión, pues también son derechos de seguridad pública de la población en general. Lo anterior implica la limitación de ciertas garantías de las personas que se encuentran internas en instituciones preventivas o de cumplimiento; por ello, dichas medidas se tomarán siguiendo siempre los preceptos de dignidad, respeto y trato humanos estipulados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano y en las leyes que de aquélla emanen.

Estos principios también se observarán en lo procedente con relación a los detenidos y procesados.

En opinión de los autores Hesbert Benavente y José Daniel Hidalgo Murillo,⁹² estos principios son producto de copiar legislaciones de otras latitudes, lo cual nos lleva a un galimatías que termina por “confundir derechos con valores y principios, es común que se indiquen principios que no lo son y derechos que son más bien deberes y obligaciones”. Lo anterior implica la gran importancia de que se exija plasmar criterios de interpretación.

A pesar de la existencia de estos lineamientos, los principios antes mencionados no se incluyeron de manera literal en la legislación de las entidades federativas; solamente el estado de Tabasco los sigue con mayor apego.

⁹² Benavente Chorres, Hesbert e Hidalgo Murillo, José Daniel, *Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal. Comentada*, México, Flores Editor y Distribuidor, 2011, p. 13. “En la lista de lineamientos con los cuales la Secretaría Técnica recomendó y en parte condicionó su ayuda económica a algunas entidades”.

Tabla 1

<i>Principios sugeridos por la Setec</i>	<i>Ley de Ejecución de Tabasco</i>
Debido proceso	Debido proceso
Dignidad e igualdad	Dignidad humana e igualdad
Jurisdiccionalidad	Jurisdiccionalidad
Gobernabilidad y seguridad institucional	Gobernabilidad y seguridad institucional
De resocialización	Socialización del sistema penitenciario
Ejercicio de derechos	Mínima afectación y ejercicio de derechos

FUENTE: elaboración propia.

La judicialización de la ejecución de la pena supone traspasar las características y principios del sistema acusatorio a las audiencias frente al juez de ejecución, recordemos lo que indica el artículo 20 constitucional en su parte conducente: “El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e intermediación”.

Con base en esta disposición constitucional, se entendía que la ejecución es la última de las etapas del proceso acusatorio, por lo que Hesbert Benavente y José Daniel Hidalgo decían que era un error realizar una ley especial para la ejecución, sino que debería estar incluida en los Código de Procedimientos Penales. Algunos estados sí incluyeron dicha etapa de ejecución en sus codificaciones procesales:⁹³

- Chiapas.
- Durango.

⁹³ Champo Sánchez, Nimrod Mihael, *El juez de ejecución de sanciones en México*, 2a. reimpr., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 76 y ss.

- Estado de México.
- Guanajuato.
- Nuevo León.
- Oaxaca.
- Tabasco.
- Zacatecas.

Caso contrario de codificaciones procesales en estados que no cuentan con ejecución de sanciones como etapa procesal:

- Baja California.
- Chihuahua.
- Morelos.
- Yucatán.

Ya sea como etapa del proceso penal acusatorio, y por ende, regulada en el Código de Procedimientos Penales o con una Ley específica en la materia podemos afirmar que todas las entidades federativas cumplieron con la obligación de reglamentar el sistema de reinserción social y la figura del juez de ejecución de sanciones.

Pero es dable aclarar que cada Estado es diferente a los demás, ya sea en extensión territorial, incidencia delictiva, presupuesto para las funciones judiciales y, por ende, sus necesidades y requerimientos respecto a la figura de la ejecución jurisdiccional, fueron y serán diferentes.

Bajo este contexto, la cantidad de jueces destinados a la figura de juez de ejecución fueron diferentes en cada entidad, inclusive, nos encontramos con que no todas las entidades contaban con exclusividad jurisdiccional en materia de ejecución, sino que en algunos casos se habilitan a los jueces

de garantías como jueces de juicio o como jueces de ejecución; cuestión que fue corregida con la Ley Nacional.⁹⁴

3. *Ley Nacional de Ejecución Penal*

El 16 de junio de 2016 fue publicada la LNEP, que de manera general entraría en vigor al día siguiente de su publicación,⁹⁵ la cual complementa las reformas a los artículos constitucionales 18, párrafo segundo, y 21, párrafo tercero, del 2008 (en materia de seguridad y justicia), y la reforma del 2011 (en materia de derechos humanos), lo cual se traduce en una nueva concepción del derecho de ejecución penal, alejándonos de la tradicional concepción del derecho penitenciario como rama del derecho encargada de regular la compurgación de las penas.

Esta nueva concepción tiene como objeto principal ajustar la privación de la libertad (preventiva o pena) a un Estado democrático. Miguel Sarre y Gerardo Manrique explican que el derecho de ejecución penal es una rama dentro del derecho penal, pero que se diferencia de la parte sustantiva y procesal. El derecho de ejecución penal se integra por el conjunto de principios y normas encargadas de la regulación de conducta y relaciones procesales en el cumplimiento de las resoluciones privativas de libertad, así como de otras consecuencias jurídicas del delito o de imputación en juicio.⁹⁶

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Recordemos que los artículos transitorios establecieron una entrada en vigor escalonada de los diversos artículos que conforman la ley.

⁹⁶ Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *Sistema de justicia de ejecución penal. Sujetos procesales en torno a la prisión en México*, México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 44 y 45. “La justicia de ejecución penal se distingue del enjuiciamiento penal por su alcance, que comprende el control de la gestión material de la prisión (preventiva o por condena); por sus fundamentos constitucional y legislativo propios, así como por su especialización en

A diferencia del derecho penal (delito) y del derecho procesal penal (proceso) —explican Miguel Sarre y Gerardo Manrique—, el derecho de ejecución penal regula cuestiones vinculadas a la privación de la libertad, como la regulación de la vida interior de las prisiones y aspectos relacionados a la misma; también regula el cumplimiento de sanciones distintas a la pena de prisión: trabajo a favor de la comunidad, multas, reparación del daño y un amplio etcétera.

Hablar de la autonomía (o identidad) del derecho de ejecución penal es reconocerle aspectos sustantivos, adjetivos y la obligatoriedad de sus decisiones, distintas a otras ramas del derecho, y que trasciende, según los autores ya mencionados, en lo siguiente:⁹⁷

La determinación de las penalidades corresponde al DPS y a la de las penas específicas ocurre en el ámbito del DPP, mientras que su ejecución (adelantada o post sentencia) pertenecen al DEP. Ejecutar implica decidir sobre la porción de la pena impuesta que se hará efectiva conforme a los beneficios constitucionales y determinar cómo y en dónde tendrá lugar su cumplimiento.

La normatividad del DEP (bloque de constitucionalidad y LNEP) no se confunde con la del DPS, permitiendo desvincular las penalidades previstas para cada tipo penal de los criterios propios de la ejecución, centrados en el comportamiento presente en reclusión y no en la conducta ya

litis inherentes al cumplimiento de resoluciones judiciales, y porque sus actores procesales son ajenos al control en la investigación de los delitos, a la adjudicación de la responsabilidad penal y otras decisiones propias de la instancia declarativa”.

⁹⁷ *Ibidem*, pp. 58 y 59. Los artículos corresponden a la Ley de Ejecución de Penas, y las abreviaturas utilizadas por los autores son las siguientes: DPP: derecho procesal penal; DEP: derecho de ejecución penal; DPS: derecho penal sustantivo; LNEP: Ley Nacional de Ejecución Penal; PPL: persona privada de su libertad.

juzgada. La gravedad de los delitos se refleja proporcionalmente en las penalidades previstas y en las penas impuestas de acuerdo con el grado de intervención y la culpabilidad de la persona. por (*sic*) lo que dichos aspectos no trascienden a la ejecución (*non bis in idem*).

Las entidades federativas mantienen su competencia normativa para tipificar conductas y establecer sanciones; sin embargo, corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de ejecución penal, independientemente de la naturaleza sustantiva o procesal de las normas en la materia.

La aplicación del DEP a la prisión preventiva y no solamente al cumplimiento de la sentencia condenatoria privativa de la libertad, como lo establecida el ordenamiento procesal abrogado.

La carpeta de ejecución es una sola y debe iniciarse con el dictado de la sentencia (artículo 100) o, en su caso, de la prisión preventiva (artículo 103, primer párrafo) por lo que no hay necesidad de abrir una carpeta para la ejecución de la medida cautelar y otra para la ejecución de la pena (máxime que una persona puede tener un proceso abierto y otros concluidos).

La carpeta única sigue a la persona privada de la libertad desde el inicio de la ejecución penal y en ellas se registrará el nombramiento del defensor (artículo 103, cuarto párrafo), el plan de actividades (artículo 104), así como los informes anuales y acumulados del tiempo transcurrido en el CENTRO (artículo 118, fracciones I y II).

El reconocimiento jurídico procesal de la existencia de controversias entre la autoridad del centro y las PPL durante la ejecución penal, como cuestiones principales e independientes de la situación jurídica de la persona. El uso del lenguaje trasciende a lo sustantivo, por lo que el empleo de conceptos como “incidente” o “cuadernillo”, denota un carácter accesorio o secundario, mientras que, en el artículo

primero, fracción segunda, de la propia LNEP se les reconoce como controversias autónomas.

La LNEP está compuesta por 207 artículos dividido en seis títulos y 10 artículos transitorios, en los que se indica que los procedimientos en trámite se seguirán sustanciando con la normativa vigente al inicio de los mismos:⁹⁸

Título Primero, Disposiciones Generales (artículos 1 a 26).

Título Segundo, De la Información en el Sistema Penitenciario (artículos 27 a 71).

Título Tercero, Bases de Organización del Sistema Penitenciario (artículos 72 a 99).

Título Cuarto, Del Procedimiento de Ejecución (artículos 100 a 135).

Título Quinto, Beneficios Preliberacionales y Sanciones no Privativas de Libertad (artículos 136 a 199).

Título Sexto, Justicia Restaurativa (artículos 200 a 207).

Sin el ánimo de entrar a un análisis detallado de la LNEP (ya que la intención, extensión y alcance de esta pequeña obra no lo permiten), hay tres aspectos destacables de la ley que comentaremos: 1) el ámbito de aplicación; 2) la distinción de los procedimientos administrativos y jurisdiccionales, y 3) la inclusión de la justicia restaurativa.

A. *Ámbito de aplicación*

De los artículos 1o. (Objeto de la ley) y 2o. (Ámbito de aplicación) se desprende que las normas de internamiento y los procedimientos para resolver las controversias que surjan de la ejecución penal, serán aplicables al internamiento

⁹⁸ DOF del 16 de junio de 2016.

tanto por prisión preventiva como por condena; esto último ha causado controversia, ya que el título de la Ley es de ejecución penal.

¿Por qué incluir la prisión preventiva en la regulación de una ley de ejecución penal? La respuesta la dan Miguel Sarre y Gerardo Manrique.⁹⁹ Si bien de manera tradicional se consideraba la ejecución a partir de la sentencia condenatoria, la nueva concepción del derecho de ejecución penal percibe que la prisión preventiva, a pesar de ser una medida cautelar, en lo material es igual a la prisión por condena.

La ley regula los derechos, bienes y obligaciones propios de la ejecución, desde el primer momento de internamiento, y no solamente a partir de que se dicta una sentencia. Si bien la situación jurídica entre una persona sentenciada y una sujeta a medida cautelar es distinta, en lo material son idénticas en cuanto a la aflicción y la vulnerabilidad en la que se encuentra toda persona privada de su libertad.¹⁰⁰

En concordancia con el artículo 21 constitucional, que estableció un control judicial a la ejecución de la pena (duración y modificación), y el artículo 18, párrafo segundo, en lo referente al respeto de los derechos humanos, las normas aplicables a las personas que se encuentran privadas de su libertad con motivo de la extinción de una pena, son plenamente aplicables a quienes se encuentran bajo la medida cautelar de prisión preventiva.

⁹⁹ Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *op. cit.*, pp. 49 y ss.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 53. “En este orden de ideas, la privación de la libertad (y de otros derechos concomitantes) de una persona que goza de la garantía de presunción de inocencia, es producto de la ponderación entre esa garantía y los fines del proceso, y exige asegurar plenamente su acceso a la defensa pública, a los medios de prueba y, desde luego, a la jurisdicción de ejecución penal. Si se adelanta la sanción también deben adelantarse los medios de protección para las PPL en esta situación de vulnerabilidad jurídica y material”.

B. *Procedimientos administrativos y jurisdiccionales*

No debemos olvidar que en la ejecución de la pena interviene, interactúan y coadyuvan diversas autoridades, tanto administrativas como jurisdiccionales, y que cubren diferentes roles. Rogelio Contreras lo esquematiza de la siguiente manera:¹⁰¹

Las autoridades involucradas en la ejecución son:

1. Autoridad penitenciaria (artículos 14 y 15)

Organiza, administra y supervisa el sistema penitenciario.

2. Titular de centro penitenciario (artículo 16)

Administran los centros penitenciarios.

3. Comité técnico (artículos 17 y 18)

Es un grupo multidisciplinar conformado por personal administrativo, técnico, jurídico y de custodia.

4. Custodia penitenciaria (artículos 20 y 21)

Su obligación principal es mantener reclusos a los privados de libertad con las implicaciones que esto apareja.

5. Policial procesal (artículo 22)

Entre sus obligaciones destacan: traslado de privados de libertad y brindar seguridad a privados de libertad en los tribunales.

6. Ministerio Público (artículo 23)

Participa en los procedimientos jurisdiccionales velando por los derechos de las personas que tengan interés en la ejecución de las sentencias.

7. Jueces de ejecución (artículos 24 y 25)

Su labor es resolver controversias derivadas de la ejecución de la pena.

8. Autoridad para la supervisión de la libertad (artículo 26)

¹⁰¹ Contreras, Rogelio, *Resumen de la Ley Nacional de Ejecución Penal*, México, 2016, p. 1 (documento proporcionado por el autor).

Su labor es dar seguimiento e informar sobre las restricciones que deben cumplir las personas que están en el régimen de libertad condicionada.

En este sentido, los roles de las autoridades en la ejecución.

1. Autoridad penitenciaria (artículos 14 y 15)

Podemos hablar de varios enfoques de esta autoridad, así:

- Relación con el juez de ejecución.
- Entrega al juez de ejecución información para computar las penas.
- Informa al juez sobre traslados.
- Informa al juez la extinción de la pena.
- Garante de la pena.
- Gestiona la custodia en el penal.
- Traslada a los privados de libertad.
- Técnico de la pena.
- Propone o solicita se conceda beneficios a los privados de libertad.
- Brinda servicios de mediación para solución de conflictos internos en el centro.

2. Comité técnico (artículos 17 y 18)

Entre otras su labor está en:

- Determinar la ubicación de las personas privadas de libertad.
- Diseñar el plan de actividades.

3. Ministerio Público (artículo 23)

Algunas de sus labores son:

- Pronunciarse cuando se vaya a dar, modificar o revocar libertad condicional.
- Inconformarse por el cómputo de la pena cuando se considere que hay error.

De lo anterior se deriva que la autoridad administrativa es encargada de la administración material de la privación de la libertad, teniendo bajo su competencia las cuestiones

de trato, disciplina, clasificación, estancia, entre otras, por lo que sus decisiones pueden ser motivo de procedimiento administrativo.

Los procedimientos administrativos están regulados de los artículos 107 a 115, y se suscitan principalmente cuando las personas privadas de su libertad reclaman cuestiones de seguridad y vida digna; la idea de regular estos conflictos como recursos administrativos es a manera de incentivos que favorezcan la solución rápida e inmediata (*expedité*) de los conflictos que surjan de la privación de la libertad. Algunos de los temas son:¹⁰²

- Infraestructura e instalaciones adecuadas.
- Suministros.
- Adecuada ubicación.
- Acceso a agua potable y alimentación.
- Atención médica.
- Educación, capacitación y opciones para el trabajo, recreación y de actividades culturales.
- Régimen de visitas.
- Iluminación, ventilación e higiene de las instalaciones.
- Servicios sanitarios.

Las personas legitimadas para las peticiones administrativas están reguladas en el artículo 108:

ARTÍCULO 108. Legitimación

Se reconoce legitimidad para formular las peticiones ante las direcciones de los Centros a:

I. La persona privada de la libertad, a nombre propio o de manera colectiva;

¹⁰² Sarre, Miguel y Manrique, Gerardo, *op. cit.*, p. 294.

II. Los familiares hasta el cuarto grado de parentesco por consanguinidad de la persona privada de su libertad, su cónyuge, concubinario o pareja de hecho;

III. Los visitantes;

IV. Los defensores públicos o privados;

V. El Ministerio Público;

VI. Cualquier autoridad, entidad, órgano u organismo de protección de los derechos humanos en el orden federal o de las entidades federativas, que tengan dentro de su mandato la protección de las personas privadas de la libertad o de grupos o individuos que se encuentren privados de la misma, y

VII. Las organizaciones de la sociedad civil que tengan dentro de su objeto la protección de los derechos de las personas privadas de su libertad y que se encuentren debidamente acreditadas.

Es de destacar que se pueden realizar peticiones colectivas, y que la intervención del Ministerio Público no es indispensable, ya que los procedimientos administrativos no conducen a la impunidad frente al delito, sino que se tratan de cuestiones vinculadas a la vida cotidiana de las personas privadas de su libertad. El actor o peticionario natural es la persona privada de su libertad o cualquiera que actúe a su nombre, en este caso el propio Ministerio Público, al ser de interés público el respeto a los derechos humanos de las personas.

En el mismo sentido la víctima no está legitimada, ya que las cuestiones tratadas en las peticiones administrativas no afectan su esfera jurídica. La tramitación de las peticiones no conlleva mayor formalidad, antes al contrario, debe ser resuelta de manera inmediata. En estos casos, no se tiene la figura del triángulo procesal, no es litigioso, se tratan de solicitudes de un gobernado a la autoridad penitenciaria.

En cuanto a los procedimientos judiciales, Miguel Sarre y Gerardo Manrique aclaran que no existe un procedimiento lineal o único con respecto de cada persona privada de su libertad, ya que pueden existir varias peticiones administrativas y procesos jurisdiccionales de ejecución autónomos.¹⁰³

Respecto a las partes procesales, el artículo 121 dispone:

ARTÍCULO 121. Partes procesales

En los procedimientos ante el Juez de Ejecución podrán intervenir como partes procesales, de acuerdo a la naturaleza de la controversia:

- I. La persona privada de la libertad;
- II. El defensor público o privado;
- III. El Ministerio Público;
- IV. La autoridad Penitenciaria, el Director del Centro o quién los represente;
- V. El promovente de la acción o recurso, y
- VI. La víctima y su asesor jurídico, cuando el debate esté relacionado con la reparación del daño y cuando se afecte de manera directa o indirecta su derecho al esclarecimiento de los hechos y a la justicia.

Cuando se trate de controversias sobre duración, modificación o extinción de la pena o medidas de seguridad, sólo podrán intervenir las personas señaladas en las fracciones I, II, II, IV, VI, del presente artículo y en este último caso respecto de la reparación del daño.

Uno de los puntos destacables de la regulación de los procedimientos judiciales de ejecución, es la exigencia de espe-

¹⁰³ *Ibidem*, pp. 49 y ss. “Las controversias en materia de ejecución penal suponen obviamente la existencia de un proceso penal simultáneo o anterior a las mismas, pero se sustancian separadamente, pese a que, de manera supletoria, recurra a las normas establecidas en el CNPP, sin que ello obste para que las normas sustantivas y procesales propias del DEP se apliquen independientemente de la situación jurídica de la PPL”.

cialidad en cuanto a los operadores. Además se aclara que, en general, la intervención del Ministerio Público tiene que ver por cuestiones de impunidad y relativas a la reparación del daño. En el caso de la víctima es sólo en cuanto a su reparación del daño.

De manera magistral, los autores Miguel Sarre y Gerardo Manrique identifican las controversias judiciales y esquematizan la posición procesal de las partes:¹⁰⁴

C1 Resoluciones recaídas en los procedimientos administrativos en materia de:

a) Condiciones de vida en reclusión de personas privadas de la libertad, independientemente de que las peticiones hayan sido formuladas por la propia PPL o por un tercero.

b) Definición, modificación o incumplimiento del plan de actividades.

c) Faltas administrativas determinadas por el CENTRO (antes de aplicarse materialmente la sanción).

C2 Régimen de reclusión: invalidez o aplicación indebida de normas administrativas como reglamentos, protocolos y otras similares de aplicación general.

C3 Traslados en el que la parte actora es la PPL.

C4 (1) Se debate el cómputo de la pena entre la mínima ordinaria y la máxima posible. Las partes son la PPL (actora) y el CENTRO (demandado).

La controversia puede darse aún durante la prisión preventiva.

C4 (2) Cuando la controversia verse sobre el cómputo de la pena por debajo de la mínima ordinaria. Las partes son el MP, la víctima y el asesor jurídico de la víctima del delito (actora) y el CENTRO y la PPL (demandado).

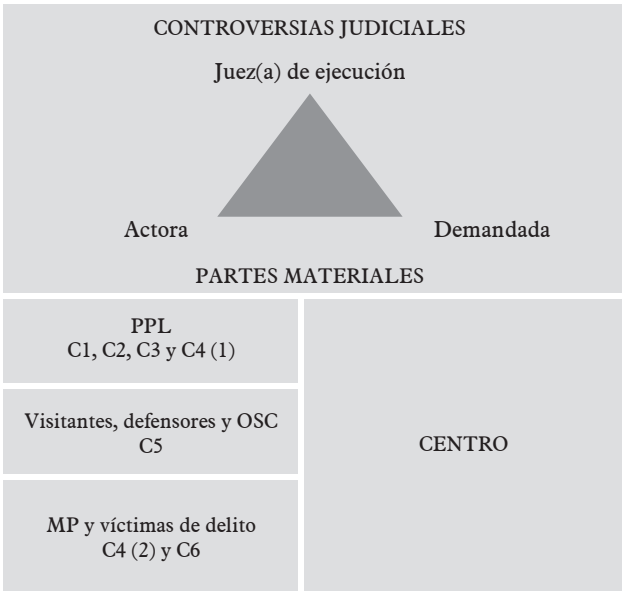
C5 Derechos de los visitantes, defensores y OSC a título propio.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 320 y 321.

En las controversias anteriores, la *litis* comprende la reparación del daño que haya sido causado por el Estado a las PPL y a otros sujetos (RD-PPL)

C6 Derechos de las víctimas y de la sociedad a evitar la impunidad en la ejecución de la prisión preventiva o de la pena pro privilegios de las condiciones de reclusión concedidos a personas internas.

Gráfico 4



FUENTE: elaboración propia.

Al haberse judicializado el tema de la ejecución, obviamente se contemplan recursos a las resoluciones judiciales, los cuales se encuentran regulados en los artículos 130 a 135.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Contreras, Rogelio, *op. cit.*, p. 11.

Tabla 2. Recursos en ley de ejecución penal

<i>Tipos</i>	<i>Procede contra</i>	<i>Busca</i>	<i>Trámite</i>
Revocación	Determinaciones de mero trámite.	Juez de ejecución revise su resolución y emita la correspondiente.	<ul style="list-style-type: none"> - Utilizado en audiencia oral. Se le da la voz a las partes para que expongan lo correspondiente y ahí se resuelve. - Utilizado por resoluciones fuera de audiencia. Se presenta al día siguiente de su notificación. Se da traslado a las partes por 2 días. Se resuelve al día siguiente.
Apelación	Hay varias resoluciones. Artículo 132.	Tribunal superior revise legalidad de la resolución.	<ul style="list-style-type: none"> - Se interpone 3 días siguientes a la notificación del auto o resolución que se impugna. - No suspende la tramitación de la resolución por la cual se interpuso. - Interpuesto. Se da oportunidad a las partes para que se pronuncien. Tienen 3 días. - Se traslada al tribunal superior el caso. - El superior emite auto para tener por recibido el caso. Revisa su procedencia. - Resuelve. - Si es necesario celebrar audiencia, el tribunal señalará día y hora dentro de 5 días. El tribunal resolverá dentro de 3 días siguientes. - Si no es necesario celebrar audiencia, el tribunal resolverá 3 días después de haber notificado el auto de recepción del caso.

La idea básica de la judicialización de la etapa de ejecución es llevar los beneficios del sistema acusatorio, entendido como sistema de audiencias, a este tipo de controversias, donde las decisiones jurisdiccionales son respetuosas del debido proceso en condiciones de transparencia e igualdad entre las partes.

C. Justicia restaurativa

Por primera vez, en la etapa de ejecución, se contempla la utilización de la justicia restaurativa (artículos 200 a 206), la cual podrá proceder para todos los delitos sin distinción, y se podrá aplicar a partir de la sentencia condenatoria. El tribunal de enjuiciamiento, en la audiencia de individualización de sanciones, informará al sentenciado y a la víctima sobre los beneficios de la justicia restaurativa, en caso de que dichas partes acepten su aplicación deberán de ser canalizados al área correspondiente.

La participación en este proceso será considerado como parte del plan de actividades, lo cual es de suma importancia para la obtención de los beneficios preliberacionales. Como requisitos para este procedimiento de justicia restaurativa, se establece:

- Que el sentenciado acepte su responsabilidad.
- La víctima dé consentimiento y sea mayor de edad.
- Constatar que la participación se dé en condiciones seguras.

Por último, se contempla la mediación penitenciaria (artículo 206) para la solución de conflictos interpersonales entre personas privadas de la libertad o entre ellas y el personal penitenciario derivado del régimen de convivencia.

Como acabamos de constatar, respecto a las controversias jurisdiccionales y la justicia restaurativa, son las razones por las cuales se aplican de manera supletoria el CNPP y la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Controversias en Materia Penal (artículo 8o.).

IV. COLOFÓN

Si bien hemos visto que el derecho de ejecución de penas y su reconocimiento de autonomía se traduce en un gran avance en el respeto y garantía de los derechos de las personas privadas de su libertad, también es cierto que dentro de la LNEP, encontramos disposiciones propias de un Estado autoritario, normas que nos llevan a la idea de simple retribución de la pena y al llamado derecho penal del enemigo, aplicables a procesados y sentenciados por delitos de alto impacto como secuestro y delincuencia organizada, tales como:

- Áreas especiales (artículo 31).
- Medidas de vigilancia especial (artículo 37).
- Imposibilidad de traslados para extinguir la pena cerca de su domicilio (artículo 49).
- No proceden traslados voluntarios a petición de parte (artículo 50).
- Negar beneficios preliberacionales (artículos 137 y 141).