

<b>V. La ejecución de las penas . . . . .</b>	<b>79</b>
<b>1. El artículo 24 del código penal . . . . .</b>	<b>80</b>
<b>A. La prisión . . . . .</b>	<b>80</b>
<b>B. La multa . . . . .</b>	<b>85</b>
<b>2. La prisión como institución readaptadora . . . . .</b>	<b>85</b>
<b>A. Origen del tratamiento . . . . .</b>	<b>85</b>
<b>B. El concepto moderno de tratamiento . . . . .</b>	<b>87</b>
<b>C. Críticas . . . . .</b>	<b>89</b>
<b>3. La prisión como medida cautelar . . . . .</b>	<b>95</b>
<b>A. Críticas a la prisión preventiva . . . . .</b>	<b>97</b>

## V. LA EJECUCIÓN DE LAS PENAS

El tema de la ejecución de las penas en el sistema penal mexicano comienza, lógicamente, con nuestro código penal de 1931, vigente todavía, con múltiples reformas, algunas meramente simbólicas, otras —en cambio— sí han aportado cambios significativos, como la llevada a cabo en 1983 y publicada el 13 de enero de 1984. En materia de penas esta reforma fue un notable avance, fincada en la ya aceptada crisis de la prisión.

La iniciativa presidencial puso énfasis en que “una de las novedades más trascendentales, útiles y equitativas que la reforma contempla, es el nuevo régimen de sustitutivos de las penas breves privativas de la libertad”, precisándose en la misma iniciativa que,

por demás está ponderar la extrema inconveniencia tantas veces señalada, de aplicar necesariamente a delincuentes primerizos cuya actividad antisocial es ocasional y que no revisten peligrosidad, penas privativas de libertad de corta duración... [finalizando con que] no siempre tienen éstas, eficacia intimidante, y rara vez permiten, precisamente por su corta duración, la readaptación social del sujeto, y en cambio, tales reclusiones socialmente inútiles, pueden causar daños irreparables al individuo y de este modo, a la propia sociedad.<sup>72</sup>

Era ya imperativo admitir en nuestra legislación punitiva sustitutivos eficaces de la pena de prisión como el tratamiento en libertad, la semilibertad, el trabajo en beneficio de la colectividad o de las instituciones estatales, medidas que traen aparejados indudables beneficios al imputado, a su familia, a la sociedad y al Estado.

<sup>72</sup> *Proceso legislativo de la iniciativa presidencial de decreto que reforma y adiciona el código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal*, México, Cámara de Diputados, LII Legislatura.

## 1. EL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL

El actual artículo 24 del código penal (que ha tenido ocho reformas desde su promulgación), enumera las penas y medidas de seguridad pero sin clasificarlas, como hacen otros códigos. Algunas son medidas de seguridad, otras tienen carácter mixto de penas y medidas preventivas, y las restantes son propiamente penas. Unas son principales y otras accesorias. Son penas principales las que la ley señala para el delito y el juez debe imponer en la sentencia. Son complementarias aquellas cuya imposición es potestativa; se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y por eso son consideradas secundarias. Las penas accesorias son aquellas que, sin mandato expreso del juez, resultan agregadas automáticamente a la pena principal.

Entre el catálogo de sanciones vigente, la pena de prisión y la sanción pecuniaria siguen siendo las penas más utilizadas por nuestros jueces (ambas son penas principales). Veremos lo relacionado con ellas de acuerdo con nuestro código penal.

### A. *La prisión*

Consiste en la privación de la libertad corporal, y se impone por periodos de tiempo que van de tres días hasta cincuenta años de prisión; se extingue en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales (artículo 25). Asimismo, se indica que estarán en lugares separados los sujetos a prisión preventiva de los que sufren prisión como resultado de una sentencia (artículo 26).

#### a) *Sustitución y conmutación de sanciones*

Las posibilidades que existen para sustituir y conmutar sanciones son las siguientes:

1. Puede ser que la pena de multa o de prisión sea conmutada, siempre y cuando el juez exprese los motivos para ello, y habiendo tomado en cuenta las circunstancias personales del acusado, los móviles de su conducta y las circunstancias en que se dio el delito.
2. Si la pena de prisión no excede de cinco años podrá sustituirse por trabajo en favor de la comunidad o semilibertad (fracción I, artículo 70). La semilibertad (artículo 27, segundo párrafo) consiste en alterar periodos de

privación de la libertad y de tratamiento en libertad, aplicándose de la siguiente manera:

a) externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión en fin de semana;

b) salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; y

c) salida diurna con reclusión nocturna.

Cabe hacer mención que la duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida. En cuanto al trabajo en favor de la comunidad, éste se lleva a cabo en instituciones privadas asistenciales, públicas educativas o de asistencia social, no siendo remunerado. El trabajo se realiza en jornadas dentro de periodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingreso para la subsistencia del sujeto y de su familia, ya que al hacerlo de modo contrario el sujeto no tendría manera de satisfacer sus necesidades, propiciándose entonces una posible conducta delictiva, cuando lo que se pretende precisamente es prevenirla y, en casos extremos, contrarrestarla. El horario de trabajo no podrá exceder al de la jornada extraordinaria que determine la ley laboral. Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad. Puede darse el caso que se extienda la jornada de trabajo, pero ésta sólo podrá fijarla el juez, quien tomará en cuenta las circunstancias del caso. El trabajo a desarrollar se encontrará bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora. El párrafo último del artículo 27 que es el que regula el trabajo en favor de la comunidad señala además que: “por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado”.

3. También puede sustituirse la pena de prisión que no exceda de cuatro años por tratamiento en libertad (artículo 70, fracción II). Consiste en la aplicación de medidas que tienden a la readaptación social del sentenciado. Éstas pueden ser laborales, educativas y curativas, deberán estar autorizadas por la ley y se llevarán a cabo bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida (artículo 27, primer párrafo).

4. La prisión podrá sustituirse por multa, si aquélla no excede los tres años. La multa puede cubrirse en cualquier tiempo, para esto habrá que descontarse la parte proporcional de la multa a las jornadas de trabajo prestado en favor de la comunidad o al tiempo de prisión que el reo hubiere cumplido tratándose de la multa sustitutiva de la pena privativa de libertad (último párrafo del artículo 29 del código penal).

5. Tratándose de delitos políticos, el Ejecutivo Federal podrá hacer la conmutación de sanciones, de forma que la pena de prisión se cambiaría por confinamiento, por término igual al de los dos tercios del que debía durar la prisión. Si la pena fuera la de confinamiento, se sustituirá por multa, a razón de un día de aquél por un día multa (artículo 73). El confinamiento se encuentra regulado en el artículo 28 del código penal, y consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él.

Cabe hacer mención que para obtener los beneficios de la sustitución o conmutación de sanciones se deben llenar ciertos requisitos, a saber: ser la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, haber evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible, que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir (artículo 90, fracción I, incisos *b* y *c*).

#### *b*) Suspensión de la ejecución de la pena

Puede suspenderse temporalmente la ejecución de la pena cuando la condena de prisión no sea mayor de cuatro años (artículo 90, fracción I, inciso *a*). Siempre y cuando se cumplan con los siguientes requisitos: ser la primera vez que el sentenciado incurra en delito intencional, haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir. Esta suspensión comprende a la pena privativa de libertad y a la multa (artículo 90, fracción III). La persona se encontrará sujeta a ciertas medidas de seguridad como el confinamiento. Para gozar de este beneficio, el sentenciado deberá: reparar el daño causado, otorgar garantía o sujetarse a las medidas que se le fijen, para asegurar su presentación ante la autoridad siempre que fuere requerido. Además, deberá desempeñar en el plazo fijado, profesión, arte, oficio u ocupación lícitos, abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y el empleo de estupefacientes o sustancias similares (artículo 90, fracciones I, II y III).

#### *c*) Beneficios preliberacionales

Tratándose de penas de prisión mayores a cinco años, ya no se permite la conmutación, pero existen beneficios preliberacionales, cuyo fin es

preparar al individuo progresivamente para su regreso a la sociedad. Estos beneficios están señalados en la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. La concesión gradual de estos beneficios se conceden al reo que ha cumplido parte de su condena y con el tratamiento jurídico criminológico dentro de la institución.

El 28 de diciembre de 1992 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones del código penal para el Distrito Federal en materia de fuero común, y para toda la República en materia de fuero federal; y de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. De esta última, los artículos 8 (adicionándose un párrafo final) y 16 fueron reformados. El primero en cita se refiere a las medidas de tratamiento preliberal, las cuales no se concederán a:

los sentenciados por delitos contra la salud en materia de estupefacientes o psicotrópicos previstos en las fracciones I a IV del artículo 197, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; por el delito de violación previsto en el primer y segundo párrafos del artículo 265, en relación al artículo 266 bis fracción primera; por el delito de plagio o secuestro previsto en el artículo 366 con excepción a lo previsto por la fracción VI de dicho artículo en relación con su antepenúltimo párrafo y lo dispuesto en el penúltimo párrafo; por el delito de robo con violencia en las personas en un inmueble habitado o destinado para habitación conforme a lo previsto en el artículo 367, en relación con los artículos 372 y 381 bis, del código penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal.

#### d) Remisión parcial de la pena

La remisión parcial de la pena existe para beneficio de todo detenido, que habiendo demostrado un empeño personal en el tratamiento penitenciario, además de tener buena conducta y participar regularmente en actividades educativas dentro de la institución y, sobre todo, revelar por otros medios una readaptación social efectiva, se le remita (reduzca) un día de prisión por dos de trabajo. Asimismo, el artículo 16 de la ley de normas mínimas establece en el párrafo tercero que el otorgamiento de la remisión se condicionará a que el reo repare los daños y perjuicios causados, o garantice su reparación sujetándose a la forma, medidas y términos que se le fijen para dicho objeto, si no puede cubrirla desde luego.

En la reforma arriba citada, se agregó un último párrafo a este artículo 16, quedando en los mismos términos que el último párrafo del artículo 8, es decir, no se concederá la remisión parcial de la pena a los sentenciados por los delitos contra la salud en materia de estupefacientes o sicotrópicos, salvo que se trate de individuos en los que concurren evidente atraso cultural, aislamiento social y extrema necesidad económica; tampoco por el delito de violación; por el delito de plagio o secuestro; por el delito de robo en un inmueble habitado o destinado para habitación con violencia en las personas.

#### *e) La libertad preparatoria*

La libertad preparatoria es una medida concedida a los reos que han cumplido con las tres quintas partes de su condena, tratándose de delitos intencionales, o la mitad de ella, cuando el delito fue culposo. Para gozar de este beneficio es necesario haber observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia; que del examen de su personalidad se obtengan elementos positivos para presumir que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir; y que haya reparado el daño causado o se comprometa a repararlo. Si se concede, irá siempre acompañada de algunos requisitos administrativos; por ejemplo: el sujeto tendrá la obligación de informar cualquier cambio de domicilio, abstenerse del empleo de estupefacientes y bebidas alcohólicas, desempeñar oficio, arte, industria o profesión lícitos; si no tuviere medios propios de subsistencia, sujetarse a las medidas de orientación y supervisión que se le dicten y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta (artículo 84, código penal).

El artículo 85 del código penal también fue reformado en la misma fecha. Se dispone que no se concederá la libertad preparatoria a los sentenciados por alguno de los delitos contra la salud en materia de estupefacientes o sicotrópicos; por el delito de violación; por el delito de plagio o secuestro; por el delito de robo con violencia en las personas de un inmueble habitado o destinado para habitación, así como a los habituales y a quienes hubieren incurrido en segunda reincidencia.

## B. *La multa*

Respecto de esta sanción pecuniaria nuestro código incluye dos sistemas diferentes: en la mayoría de los casos las multas están fijadas en cantidades fijas de pesos, en otros se establecen en función de días de salario mínimo (días multa). El sistema de cantidades fijas tiene un grave inconveniente, en épocas de inflación como las que hemos padecido, en poco tiempo quedan como cantidades insuficientes para ser consideradas remuneratorias del daño causado. El establecimiento de multas en función de salario mínimo, tiene la ventaja de modificarse casi en la medida que la inflación.

Si el sujeto no puede pagar la multa, podrá pedir al juez se la sustituya por trabajo en favor de la comunidad (artículo 29, párrafo tercero, código penal). Cada jornada de trabajo equivaldrá a un día multa. Ahora bien, cuando no sea posible o conveniente la sustitución de la multa por la prestación de servicios, la autoridad judicial podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia, que no excederá del número de días multa sustituidos.

## 2. LA PRISIÓN COMO INSTITUCIÓN READAPTADORA

Nuestro derecho penal en las declaraciones de sus funcionarios tiene una línea humanitarista y bien intencionada que gira alrededor de la idea del tratamiento penitenciario. Su inclusión en la ejecución de la pena privativa de libertad es un refuerzo a la vieja prevención especial como fin de la pena privativa de libertad y un nuevo ataque al sentido retributivo de la pena.

Al defender la finalidad resocializadora de la pena, la ley pretende significar que el penado no es un ser eliminado de la sociedad, sino una persona que continúa formando parte de la misma, incluso como miembro activo, si bien sometido a un particular régimen jurídico, motivado por el comportamiento antisocial anterior de aquél, y encaminado a preparar su vuelta a la vida libre en las mejores condiciones para ejercer su libertad socialmente.

### A. *Origen del tratamiento*

La aplicación del tratamiento comenzó con los menores y los jóvenes a quienes se consideró más desprotegidos, para continuar con los delincuentes mayores de edad. Esta idea fue señalada en el Congreso Penitenciario



Americano de Cincinnati en 1870, al establecerse que el tratamiento era una medida de protección para la propia sociedad.

La expresión “tratamiento carcelario” alude a la nomenclatura usada por los técnicos de la medicina. La idea de tratamiento aplicada a la readaptación y reeducación de los delincuentes, podría conducir a pensar que quienes han contravenido las normas legales padecen alguna clase de enfermedad síquica o somática. Deriva de un uso un tanto expansivo de la nomenclatura médica, quizá por aquello de que el delito suele consagrarse como una expresión de la llamada patología social. Tratando de aclararlo, Manuel Zamorano escribe lo siguiente:

es probable que el equívoco tenga su fuente de origen en la circunstancia corriente de que las personas que escriben sobre estos asuntos hayan tenido un contacto y experiencia casi exclusivos con los casos límites de la criminología, es decir, con aquellos individuos que han cometido crímenes singularmente elaborados o especialmente repugnantes por su crueldad o exhibicionismo. Es evidente que estos casos caen bajo la órbita de las psicopatías o psicosis propiamente tales.<sup>73</sup>

La asistencia siquiátrica de los internos se ha organizado desde el impulso del doctor Vervaeck, en 1907-1911, al crear anexos de este tipo en las prisiones belgas. Ya sea adoptando este sistema como lo han hecho Dinamarca y Colombia, o contando con instituciones especiales como en Inglaterra y Canadá, hasta llegar a los establecimientos terapéutico-sociales, es perceptible el interés de las administraciones penitenciarias nacionales en aislar y tratar curativamente a los delincuentes con alteraciones mentales que lógicamente afectan a su pretendida reinserción social.<sup>74</sup>

El término “tratamiento”, tan empleado por la criminología, está incluido a partir del siglo XX en la mayoría de las legislaciones de ejecución penal.

Intervinientes en el tratamiento son los monitores o sicoterapeutas, los observadores y los participantes, que con carácter obligatorio (Estados Unidos de Norteamérica) o voluntario (Francia) forman la unidad de terapia. La duración y su periodicidad varía según el caso que se atienda, ya que los participantes son previamente seleccionados según se les vea posibilidades.

<sup>73</sup> Zamorano, Manuel, “Programa penitenciario”, en *Revista de Ciencias Penales*, Santiago de Chile, 1954, 2ª época, tomo XIV, p. 74.

<sup>74</sup> García Valdés, Carlos, *Introducción a la penología*, Madrid, Universidad Complutense, 1982, pp. 150 y ss.

La doctrina más novedosa es partidaria en principio de dejar el criterio selectivo a la autoridad del personal técnico, con independencia de la índole del delito.

Se ha debatido intensamente en la doctrina especializada si este proceso ha de ser competencia exclusiva de la administración de la prisión, o si debe atribuírsele a la autoridad judicial, al denominado “juez de aplicación de penas” (figura ya muy conocida en los sistemas europeos, pero desconocida en México). La intervención del magistrado con facultades consultivas, inspectoras y decisorias, se reconoce en algunas legislaciones, entre otras: España, Brasil, Finlandia, Francia, Italia, Portugal y Polonia.

La misión del juez de aplicación de penas es frecuentar periódicamente el establecimiento carcelario y comprobar si se ejecutan las disposiciones legales en orden al cumplimiento de las sanciones privativas de libertad, al margen de las atribuciones que posee, por ejemplo, el otorgamiento de la libertad condicional. Interviene, así, la autoridad judicial tanto en el régimen y tratamiento que se impone a los internos como en lo concerniente específicamente a los beneficios penitenciarios: las concesiones de permisos de salida del recinto y de la semilibertad, acortamiento de condena, etcétera.

Quien más ha luchado por mantener el término han sido organismos oficiales internacionales como los de Naciones Unidas, que dirigen su labor a la prevención del delito y tratamiento del delincuente. Esos han sido los objetivos de ocho congresos, el primero en 1955 y el último en 1990.

## B. *El concepto moderno de tratamiento*

Encontramos formando al concepto tres limitaciones:

1. La primera limitación procede del principio de proporcionalidad que obliga a imponer la sanción en función de la gravedad del hecho y la culpabilidad del autor, ya que nos encontramos ante un derecho penal de culpabilidad y no de autor. La pena es concebida como un castigo, proporcional a la culpabilidad del autor del ilícito. La pena criminal hiere al delincuente en su persona, e importa necesariamente un mal que significa una restricción en los bienes que componen su esfera jurídica. Lo confirmamos al advertir que las leyes penales conciben la pena como castigo retributivo proporcionado a la culpabilidad del autor y no a las necesidades del tratamiento.

2. La segunda limitación la encontramos en la necesidad de cooperación del interno, ya que un rechazo a cualquier medida readaptadora hará fracasar cualquier tratamiento, por eficaz que pueda ser. No encontramos una disposición expresa a este respecto, sin embargo el Reglamento de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Distrito Federal en su artículo 9 dispone:

se prohíbe toda forma de violencia física o moral y actos o procedimientos que provoquen una lesión psíquica o menoscaben la dignidad de los internos; en consecuencia, la autoridad, no podrá realizar en ningún caso actos que se traduzcan en tratos denigrantes o crueles, torturas o exacciones económicas.

No parece posible entonces un tratamiento penitenciario coactivamente impuesto. Pero en realidad no es necesario imponerlo, ya que en nuestro derecho penitenciario rige el sistema progresivo, cuyas etapas dependen del avance en el tratamiento, llegando como último escalón a una institución abierta, para lo que será necesario probar un avance en el tratamiento indicado. Ante esto es difícil pensar en la posibilidad de un rechazo al tratamiento, expresado libremente. El debate suscitado en el VII Congreso Internacional de Defensa Social celebrado en París en 1971, planteaba el problema de los métodos de resocialización que no ponen en peligro la personalidad del delincuente. Se preguntaba si es lícito pretender la resocialización, es decir, la reintegración del delincuente en una sociedad cuestionada, o sea, con crisis de valores. Había que respetar el sistema de valores del recluso, ofreciéndole, sin embargo, opciones y ayudas para el ejercicio de su propia libertad. Esta conclusión implica, sin duda, una clara opción en favor de la necesidad del consentimiento en el tratamiento penitenciario.

3. La tercera limitación es la imposibilidad de explicar de manera global todas las penas privativas de libertad. Recordemos los casos de personas sin necesidad de readaptación, como son los casos del delincuente ocasional, el de cuello blanco, el delincuente por convicción y el político, así como los enfermos mentales y alienados que no pueden ser readaptados. Procede en estos casos la exclusión de la pena.

Tal vez los horrores de la segunda guerra mundial y el abuso del derecho penal en el castigo, e incluso en la eliminación física de grupos humanos, contribuyeron al renacimiento de las ideas humanistas y a la configuración

de un derecho penal más humano como instrumento al servicio de la regeneración, además del castigo.

También, el progreso de las ciencias de la conducta y, por tanto, de las técnicas de manipulación del comportamiento humano, se tradujo en sistemas penitenciarios y de control social mucho más sutiles y sofisticados que los tradicionales, amén de eficacia mayor.

La legislación penitenciaria mexicana se incorporó tarde a esta evolución, pero cuando lo hizo, fue acogiendo con entusiasmo los dos principios cardinales del moderno derecho penitenciario: el tratamiento y la readaptación social del delincuente. El término tratamiento aparece en casi todas las leyes de ejecución penal dictadas en el presente siglo. Como ejemplo citemos las leyes suecas de 1945 y 1974, la ley penitenciaria argentina de 1958 y la legislación venezolana de 1961. Con ello, el sistema penitenciario actual llegó a un punto en el que la idea del sufrimiento y castigo habría sido definitivamente abandonada y sustituida por otra más humana de recuperación del delincuente para la sociedad.

### C. Críticas

Hasta aquí el planteamiento ideal o teórico de la cuestión. No constituye sin embargo ninguna novedad decir ya en este momento que las cosas no son tan fáciles como a primera vista parecen, ya que la práctica del sistema penitenciario mexicano en nuestros establecimientos está muy lejos de alcanzar esa meta ideal que la propia ley de normas mínimas propone. A ello contribuyen varias razones, una de ellas, según Sergio García Ramírez: “Para quien no ha tenido relación inmediata con la vida carcelaria es apenas imaginable la corrupción que prospera en las prisiones”.<sup>75</sup> Otra razón es el concepto mismo de readaptación que sirve de eje a todo el moderno sistema penitenciario.

El artículo 2 de dicha ley dice que “el sistema penal se organizará sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las expresiones reeducación, readaptación social o resocialización del delincuente, de un modo u otro, coinciden en asignar a la ejecución de las penas y medidas penales privativas de libertad una misma función primordial: una función reeducadora y correctora del delincuente. Ya desde los tiempos de Von Liszt, un

75 García Ramírez, Sergio, *La prisión*, Mexico, UNAM-FCE, 1975, p. 52.

sector de los penalistas la consideraban la función principal que se puede atribuir a todo sistema penitenciario moderno. En este sentido es loable la decisión del legislador al consignar en nuestra Carta Magna la readaptación social del delincuente como meta principal del sistema penal mexicano. Sin embargo, tal afirmación no está ausente de crítica.

Por todas partes se alzan voces contra la idea de resocialización. Se le califica de mito, utopía o eufemismo. Pavarini dice que la cárcel es siempre ajena a toda potencialidad resocializadora y que la alternativa actual está entre su muerte (abolición) y su resurrección como aparato de terror represivo.<sup>76</sup> ¿Hasta qué punto son ciertas, o por lo menos fundadas las numerosas críticas al concepto de resocialización? Ciertamente no puede negarse que el optimismo en la resocialización ha sido acrítico y exagerado en exceso; asimismo, que a pesar de su aceptación general nadie se ha ocupado en llenar la palabra con un contenido concreto y determinado. Ha sido esta misma indeterminación y vaguedad la clave de su éxito, ya que los países la adoptaron en su legislación atribuyéndole cada uno un contenido y finalidad distintos, de acuerdo a su ideología, sistema político o económico. Pero esa indeterminación es al mismo tiempo su principal defecto, porque no permite ni un control racional ni un análisis serio de su contenido.

El término readaptación se convirtió en la palabra de moda que todo mundo empleaba sin saber que se quería decir con él. Por ejemplo, para Marc Ancel, la resocialización es devolver al delincuente a la comunidad jurídica en condiciones de una vida social libre y consciente, y para el marxismo el delincuente es una víctima de las estructuras de la sociedad capitalista.<sup>77</sup>

En el mismo sentido Muñoz Conde afirma que, “mientras tanto habrá que seguir insistiendo en el carácter mítico de la resocialización y tratamiento encaminado a modificar el sistema de valores del delincuente, desmontando cualquier planteamiento ideológico que no se base en la realidad”.<sup>78</sup>

<sup>76</sup> Pavarini, Massimo, “Concentración y difusión de lo penitenciario. La tesis de Rusche y Kirchheimer y la nueva estrategia de control social en Italia”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Madrid, Universidad Complutense, 1979, núm. 7, p. 121.

<sup>77</sup> Jean Pinatel, criticando el tratamiento que se ofrece en las prisiones norteamericanas y basado en las encuestas pospenitenciarias, afirma que en absoluto han determinado la eficacia de los diversos tratamientos, pues para lograrlo hubiera hecho falta disponer de una evaluación de la tasa de reincidencia que los delincuentes habrían podido alcanzar si no hubieran seguido ningún tratamiento. *Cfr.*, *La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 150-160.

<sup>78</sup> *Derecho penal y control social*, España, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, pp. 117.

Para los exponentes de la criminología crítica, quien tiene que resocializarse es la sociedad y no el individuo. Afirman que la readaptación es un mito, un engaño con el que sólo se pretende la defensa del *status quo*, y la imposición al sujeto de los valores de la sociedad burguesa, de la clase dominante.

Pero no es sólo la indeterminación del término lo que se critica, sino la idea misma de resocialización. Si se acepta que la criminalidad es un elemento integrante de una sociedad sana, y se considera que esa misma sociedad es la que produce y define la criminalidad, ¿qué sentido tiene entonces hablar de resocializar al delincuente en una sociedad que produce ella misma delincuencia? Hablar de readaptación del delincuente sólo tiene sentido cuando la sociedad a la que se quiere reintegrar es una sociedad con un orden social y jurídico justo. Debemos responder que el sistema penal no tiene como función cambiar a la sociedad, sino la de regular qué hacer con el individuo que se encuentra en prisión. Se encarga de prepararlo para que cuando vuelva a estar en libertad no delinca. La readaptación por tanto, sólo es posible cuando el sujeto a readaptar y el encargado de hacerlo tienen o aceptan el mismo fundamento moral de sus normas. Una resocialización sin esa coincidencia básica es puro sometimiento, dominio de unos sobre otros y una lesión grave de la libertad individual.

Las críticas a la idea de readaptación no se dirigen sólo contra la readaptación como tal, sino también contra el medio empleado para conseguirla: el tratamiento penitenciario. Veamos la ley desde esta perspectiva. La ley de normas mínimas parte de una concepción optimista, de una creencia ilimitada en la eficacia del tratamiento penitenciario. Baste para ello conocer los comentarios de sus autores al referirse a ella.

El artículo 6 de dicho ordenamiento dispone que el tratamiento sea individualizado, con aportación de las diversas ciencias y disciplinas pertinentes para la reincorporación social del sujeto; además, una vez consideradas sus circunstancias personales, se les ha de ubicar en instituciones especializadas. Basta con este artículo para notar el buen ánimo prevaiente en 1971 respecto al tratamiento penitenciario, creyéndolo el instrumento que, sin escatimar recursos, lograría hacer del delincuente un hombre nuevo.

Frente a este optimismo se alza una actitud pesimista. Desde luego es muy difícil educar para la libertad en condiciones de no libertad. Esto por varias razones, en primer lugar por las condiciones de vida existentes en una prisión; segundo por los peligros que para los derechos fundamentales

tiene la imposición más o menos encubierta de un tratamiento; tercero por la falta de medios e instalaciones suficientes, y del personal capacitado para llevar a cabo un tratamiento realmente eficaz. Veamos brevemente cada uno.

#### a) Vida en prisión

La vida en prisión se caracteriza por la aparición de una subcultura específica: la sociedad carcelaria. Según Clemmer,<sup>79</sup> en la prisión coexisten dos sistemas de vida diferentes: el oficial, representado por las normas legales que disciplinan la vida en la cárcel, y el no oficial, que rige realmente la vida de los reclusos así como sus relaciones entre sí. Este sistema no oficial constituye una especie de código del recluso, conforme al cual éste no debe nunca cooperar con los funcionarios y mucho menos facilitarles información que pueda perjudicar a un compañero. Los reclusos se rigen, pues, por sus propias leyes e imponen sanciones a quienes las incumplen. Lo primero que debe hacer alguien al entrar a prisión, si quiere sobrevivir, es adaptarse a las normas impuestas por sus propios compañeros. El recluso se adapta sin remedio a las formas de vida, usos y costumbres que los propios internos imponen en el establecimiento penitenciario. Se adaptan a la vida en prisión, no representándose ya la vida libre.

En la cárcel, el interno no sólo no aprende a vivir en sociedad libremente, sino que por el contrario, prosigue y aún perfecciona su carrera criminal a través del contacto y las relaciones con otros delincuentes. La cárcel cambia abiertamente al que pasa un tiempo en ella. Los estudios llevados a cabo por los norteamericanos demostraron que la prisionalización era mayor en quienes tenían condenas más largas. Estas investigaciones permiten mejorar la comprensión del estado de cautividad, que se agrava en una prisión por las exigencias de seguridad. Marco del Pont se refiere al caso de prisiones mexicanas para mujeres. La investigación realizada en México, con una muestra de reclusas, demostró que el fenómeno de prisionalización se presentaba en poca cuantía en relación a los planteos teóricos que hemos analizado.<sup>80</sup> Las actitudes hacia la cárcel y las celadoras eran ligeramente desfavorables en un caso e indiferente en otro. Sin embargo, es de señalar

<sup>79</sup> Cfr., Clemmer, D., *The Prison Community*, New York, Ringhart, 1958.

<sup>80</sup> Marco del Pont, Luis, "Investigación sobre un grupo de ladrones en un medio carcelario", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, enero-junio 1978, núm. 1, pp. 95-155.

que las propias investigadoras han señalado limitaciones que podrían haber alterado los resultados.<sup>81</sup>

La cárcel no enseña valores positivos sino negativos para la vida libre en sociedad. Los resultados de las investigaciones realizadas por criminólogos, y dadas a conocer en los últimos 10 años, han confirmado las dificultades de establecer una relación positiva entre el proceso de prisionalización y las posibilidades resocializadoras en el transcurso de la condena.

#### *b) Derecho a no ser tratado*

Después de lo anterior corresponde preguntarse si es posible ofrecer tratamiento readaptador en instituciones cerradas, y si éste puede ser impuesto obligatoriamente. Desde el punto de vista de los derechos fundamentales está claro que el tratamiento es un derecho del penado, pero nunca una obligación. El derecho a no ser tratado es parte integrante del derecho a ser diferente que toda sociedad democrática debe respetar. El tratamiento obligatorio supone una lesión de derechos fundamentales generalmente reconocidos. ¿Cuándo comienza el tratamiento? Debe comenzar para quien voluntariamente lo acepte, una vez que al sujeto se le ha dictado una sentencia declarándolo culpable de la comisión de un delito, y ésta causa ejecutoria.

La ley de normas mínimas se cuidó bien de no considerar en ningún caso el tratamiento como un deber del recluso, y lo que indica en el artículo 7 es que se procurará (entendiendq que no es una situación condicionante para acogerse a los beneficios que dicho ordenamiento contempla) iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso. En el artículo anterior se expresa que para la mejor individualización del tratamiento se clasificará a los reos para su ubicación en instituciones de máxima, media y mínima seguridad. En realidad, para la clasificación se toman muchos factores en cuenta, además del mencionado. Por último, en el artículo 34, fracción III, del reglamento de reclusorios, se indica que durante la prisión preventiva se deberá evitar, mediante el tratamiento correspondiente, la desadaptación social del interno y propiciar, cuando proceda, su readaptación. Esto último no parece parte del tratamiento, sino que sugiere más bien una indicación dirigida a las autoridades, en cuanto a no propiciar que se disgregue de su grupo familiar, hasta donde esto sea lo

81 *Ibidem.*



que el interno y su familia desean. Del mismo ordenamiento, el artículo 60 dispone que los estudios de personalidad —base del tratamiento— se iniciarán desde que el recluso esté sujeto a proceso. La justificación para iniciar esos exámenes la encontramos en el artículo 52 del código penal, donde se dice que para lograr la individualización de la pena se requiere de los dictámenes periciales tendentes a conocer la personalidad del sujeto, sus costumbres y conducta precedentes.

En cuanto a la posibilidad de ofrecer tratamiento en instituciones cerradas ha quedado demostrado que son muchos los inconvenientes, pues lo poco propicio de la forma nulifica cualquier resultado a obtener. La prisión crea una delincuencia específica, susceptible de enraizar aún más en el detenido sus tendencias criminógenas. Las técnicas de tratamiento han demostrado obtener mejores resultados cuando se recurre a técnica individual, ya que en grupo el delincuente se comporta en forma hostil, demostrando a los demás su dureza, y que cuando se doblega lo hace para engañar.

Una de las conclusiones aceptada por los que han estudiado estos temas<sup>82</sup> es que el tratamiento en medio libre o en semilibertad es preferible al tratamiento en institución. “El fin último del tratamiento es, efectivamente la reinserción social del delincuente. Para asegurarla, el mejor medio no es agravar su desadaptación, mediante una estancia en el medio carcelario”.<sup>83</sup> En nuestro sistema penitenciario mexicano el único tipo de tratamiento llevado a cabo es dentro de un establecimiento penitenciario; lo explica Jorge Ojeda en la siguiente forma:

Es decir, el único medio empleado para defender a la sociedad del sujeto que ha errado, es aquel de encerrar al detenido en uno de los institutos sea para arrestados, sea de custodia preventiva, sea de ejecución de penas o medidas de seguridad; de someterlo a un régimen de vida previamente establecido y de buscar reeducarlo con el auxilio de los medios previstos por la Constitución, la ley de normas mínimas, el código penal y el reglamento de reclusorios, a saber: el trabajo, la instrucción, la capacitación técnica, los contactos con el mundo exterior, entre los que sobresalen los coloquios del detenido con el defensor,

82 Roessner, Dieter, “Die strafrechtliche Beurteilung der Vollzugslockerungen”, en *Jurisrenzeitung*, Alemania, 1984, pp. 1065 y ss.; Boehm, Alexander, “Vollzugslockerungen und offener Vollzug zwischen Strafzwecken und Strafzielen”, en *Neue Zeitschrift fuer Strafrecht*, Alemania, 1986, pp. 201 y ss.; Duenkel Frieder, “Die Oeffnung des Vollzugs-Anspruch und Wirklichkeit”, en *Zeitschrift fuer die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Alemania, 1982, pp. 671 y ss.

83 Pinatel, Jean, *La sociedad criminógena*, Madrid, Aguilar, p. 203.

amigos y familiares, la visita íntima y las actividades culturales, recreativas y deportivas, además de las religiosas.<sup>84</sup>

### c) Recursos económicos y personal calificado

El problema fundamental al que se enfrenta la materia penitenciaria, y que condiciona desde luego su efectividad práctica, son los medios económicos y el personal técnico calificado. Es verdaderamente absurdo que después de fijarse legalmente los fines del sistema penitenciario en el tratamiento y la readaptación, éstos no se pueden alcanzar en la práctica por falta de medios económicos, de personal especializado y saturación de los establecimientos de ejecución de sanciones. La ley habla de centros de readaptación social, de métodos de observación y tratamiento, de especialistas en siquiatria, sicología, sociólogos, trabajadores sociales....; todo ello muy costoso y lejano de la realidad actual del país. Incluso en países con mayor disponibilidad de recursos económicos se plantea este problema de modo muy acuciante.

## 3. LA PRISIÓN COMO MEDIDA CAUTELAR

Para terminar este capítulo hay que referirse a la situación de los detenidos en prisión preventiva en nuestro país, porque en la actualidad el principal problema del sistema procesal penal mexicano es precisamente éste. La medida cautelar, cuya función es asegurar a un individuo que ha sido considerado probable responsable de un hecho delictuoso hasta que es legalmente sentenciado, en lugar de ser la excepción se ha convertido en preocupante regla, y de esta forma ha pasado a ser una más dentro del catálogo de las penas.

La prisión preventiva es una institución procesal penal que plantea graves y muy interesantes problemas al ser considerada desde el punto de vista penológico, y básicamente desde los derechos y las libertades fundamentales, pero ya que este trabajo está enfocado a la prisión como resultado de una sentencia, sólo nos referiremos a la prisión como medida cautelar en forma breve.

<sup>84</sup> Ojeda Velázquez, Jorge. *Derecho de ejecución de penas*, México, Porrúa, 1984, p. 167.

¿Cuál es la noción de prisión preventiva? Algo apuntábamos ya en el apartado relativo a los antecedentes de la pena de prisión, al mencionar que el sistema acusatorio no concebía el encarcelamiento del inculpado sino hasta después de dictada la sentencia definitiva. En cuanto al sistema inquisitorio, éste reducía el proceso al examen del inculpado, y su captura y encarcelamiento eran una operación preliminar e indispensable entre los medios de coerción para descubrir la verdad.

Etimológicamente “detención” implica el hecho de aprisionamiento, y el término “preventiva” se refiere al aseguramiento de la persona acusada de haber cometido un delito hasta que el juez resuelva sobre su inocencia o culpabilidad.

Desde el punto de vista legislativo, la detención preventiva se asocia al procedimiento de instrucción, coincidiendo en que es una medida que implica el encarcelamiento de una persona en tanto se decide sobre su conducta por la que se le está juzgando. Por regla general (artículo 16 constitucional) salvo la excepción de flagrancia y los casos de urgencia, su imposición está condicionada a la existencia de una orden o mandato judicial, y su aplicación queda reservada para los delitos graves, o sea (así fueron considerados hasta 1991), los que sacando la media aritmética de la pena que tiene asociada, rebase los cinco años.

Esta institución, prevista y organizada actualmente por la totalidad de las legislaciones del mundo, reviste cuatro caracteres esenciales, a saber: primero, se trata de una medida precautoria privativa de la libertad personal; segundo, que debe imponerse sólo de manera excepcional; tercero, en virtud de un mandato judicial, y cuarto, hasta el momento en que se pronuncia la sentencia definitiva sobre el fondo.<sup>85</sup>

La prisión preventiva, de acuerdo con Jesús Rodríguez y Rodríguez, comprende dos periodos:

a) el primero, que va desde que el sujeto queda a disposición del juez hasta que éste dicta ya sea auto de formal prisión o libertad por falta de méritos, y

b) el segundo, que abarca desde el auto antes señalado hasta que se pronuncie la sentencia ejecutoria.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Rodríguez y Rodríguez, Jesús, *La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado*, México, UNAM, 1981, p. 14.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 16.

### A. Críticas a la prisión preventiva

La prisión afecta a casi todos los derechos y libertades fundamentales previstos en la Constitución. Incide en la igualdad referida en el artículo 1, no sólo en cuanto a que los infractores son en su gran mayoría pertenecientes a las clases desprotegidas cultural y económicamente, sino también en atención a que los jueces no siempre cumplen con el mandato constitucional de dictar sentencia en un plazo no mayor de un año, y al estigma que el paso por la prisión significa para una persona, convirtiéndola en desigual ante la sociedad. Y también en el artículo 22 que se refiere al derecho a la integridad física al prohibir penas inhumanas y degradantes, ya que no cabe duda respecto a lo inhumano que resulta una privación de libertad que se impone antes de dictar sentencia condenatoria, de donde deviene su carácter degradante para la persona. Son los artículos 14, 16, 18, 19 y 20 de nuestra Constitución los que regulan directamente este tema.

La prisión preventiva tiene un contenido idéntico al de la prisión como pena privativa de libertad, y aun cuando formalmente no sea una pena, según el artículo 24 del código penal, materialmente sí lo es, hasta el punto de computarse su duración para abonarla y deducirla del tiempo que se dicte en la sentencia condenatoria (artículo 20, fracción X).

La trascendencia de la prisión preventiva es notoria si se tiene en cuenta el número y la proporción de los presos sin condena conformando la población penitenciaria, problema que parece no ser exclusivo del país, sino de todo el continente.<sup>87</sup>

Los tres reclusorios preventivos que tenemos en el Distrito Federal están sobrepasados en su capacidad,<sup>88</sup> aunque las cifras varían según sea la fuente que se consulte. A ello hay que añadir que la situación de prisión preventiva se prolonga indefinidamente (pese a la obligación constitucional sobre el plazo para sentenciar), y de hecho en muchos casos dura no sólo meses sino incluso años. La última reforma al artículo de referencia, en su fracción primera, ha contribuido a mantener dicha sobrepoblación, ya que el texto vigente desde el 14 de enero de 1985 establece que el juzgador al fijar caución deberá tomar en cuenta las circunstancias personales y la gravedad

<sup>87</sup> Para una noción de las circunstancias en América Latina puede verse el informe final redactado por E. Raúl Zaffaroni, "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina. Informe final, septiembre 1985", en *Revista Mexicana de Justicia*, México, abril-junio 1986, núm. 2, vol. IV, pp. 17-438.

<sup>88</sup> Véase, *supra*, "El sistema penitenciario mexicano", pp. 61 y ss.

del delito, incluyendo sus modalidades (entendiéndose por ellas las circunstancias atenuantes y agravantes) a fin de que resulte equitativa.

Ante esto se escuchan a menudo voces en contra de que se siga manteniendo la prisión preventiva como se encuentra actualmente, ya que se le acusa de:

- a) ser tan estigmatizante como la pena misma,
- b) no permitir una labor resocializadora, ya que jurídicamente está vedada cualquier intervención sobre el no condenado,
- c) someter a los individuos al régimen de vida de los establecimientos cerrados que, en principio, se reservan a los delincuentes más peligrosos, y
- d) aumentar la población reclusa, con las consecuencias de hacinamiento, mayores costos, más personal de vigilancia, etcétera.

Por eso no se comprende que en un momento en que los códigos penales más recientes (como el alemán de 1975 o el anteproyecto español de 1992, los cuales se esfuerzan por eliminar del catálogo de sus penas las privativas de libertad de corta duración, y las leyes penitenciarias hacen de la resocialización y el tratamiento de los penados la meta principal de las penas privativas de larga duración), se mantenga e incluso se amplíe la prisión preventiva, que es una institución totalmente contraria a la realización de estas metas.

La situación no puede ser más paradójica: después de tantos años de pedir que las cárceles se conviertan en centros de tratamiento y de readaptación, ahora se encuentran llenas de personas que ni siquiera han sido declaradas oficialmente como responsables de un ilícito, que se presume que son inocentes y que, por lo tanto, no pueden ni deben ser objeto de ninguna medida de tratamiento o resocialización.

Aunque admitiéramos que el Estado tiene derecho a resocializar al autor del delito, no podría dejar de señalarse lo siguiente:

- a) es cierto que la prisión produce cambios en los internos, aunque por lo general es para empeorar;
- b) paralelamente con la estrategia estatal orientada a evitar la reincidencia, se produce el proceso de prisionalización por el que el interno adopta usos, costumbres, tradiciones y cultura de los reclusos; en otras palabras, un conjunto de normas y valores que tienen más validez que los reglamentos oficiales;
- c) los programas de rehabilitación han existido más en declaraciones y publicidad oficiales que en lo que puede apreciarse por resultados concretos;

d) por cuanto que obligatoriedad y curación son términos antagónicos, la rehabilitación sólo puede lograrse con quien voluntariamente acepte someterse al programa oficial;

e) de acuerdo con el comportamiento mostrado en el interior de la institución, no podemos predecir su conducta en la sociedad libre.

Es por ello que mucho se insiste en la conveniencia de utilizar sustitutivos de la prisión.

## B. *Libertades procesales*

Ligado con el tema de la prisión preventiva se encuentra el de las posibilidades que tiene el procesado para obtener su libertad en forma provisional, cuando el delito por el que se le juzga tenga indicada una pena cuyo término medio aritmético no sea mayor a cinco años de prisión, garantía procesal que ha sido modificada en los últimos años y que explicaremos en los incisos siguientes.

### a) La libertad bajo protesta

La libertad bajo protesta fue la primera forma procesal de ampliar la garantía de libertad bajo caución. Es un derecho concedido a los procesados por los códigos de procedimientos penales (el Código Federal de Procedimientos Penales reglamenta la libertad bajo protesta en sus artículos 418 a 421, inclusive; el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo hace en sus artículos 552 a 555, inclusive), que les permite obtener su libertad mediante una garantía de carácter moral, o sea, su palabra de honor de no fugarse. Este derecho constituye una ampliación de la garantía constitucional, por cuanto no está condicionado al otorgamiento de una caución económica. Para conceder la libertad bajo protesta, los códigos procesales<sup>89</sup> exigen que concurren las circunstancias siguientes: que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión, pero, tratándose de personas de escasos recursos, el juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años; que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional; que tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo; que la residencia

89 Conforme a la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de 1991.

del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos; que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o medio honesto de vivir; que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia; y que proteste presentarse ante el tribunal o juez que conozca de su causa siempre que se le ordene. Ambos códigos declaran que procede también la protestatoria, aun sin haberse satisfecho los requisitos mencionados, cuando, habiéndose pronunciado sentencia condenatoria en primera instancia, la cumpla íntegramente el acusado, y esté pendiente el recurso de apelación (artículo 419, CFPP; artículo 555, II, CPPDF). Por último, en el procedimiento del fuero común, procederá también la protestatoria cuando la prisión preventiva se hubiere prolongado por un tiempo igual al que fije la ley al delito que motivare el proceso (artículo 555, I, CPPDF, que se refiere a la hipótesis contemplada por el artículo 20, fracción X, párrafo segundo, constitucional).

#### *b) La libertad previa o administrativa*

La libertad previa, o administrativa, surge en nuestro derecho en 1971, mediante la reforma del artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF), a fin de permitir que el Ministerio Público ponga en libertad al iniciado en las averiguaciones que se practiquen por delitos imprudenciales ocasionados con motivo del tránsito de vehículos. El Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) en su artículo 135 faculta al Ministerio Público para que disponga la libertad del inculpado, en los supuestos y si cumple con los requisitos que el mismo ordenamiento fija para el otorgamiento de la libertad bajo caución por los jueces (artículo 399). Tratándose de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al inculpado que hubiese incurrido en el delito de abandono de personas o se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes, sicotrópicos o de cualquier otra sustancia que produzca efectos similares.

El CPPDF (artículo 271) permite se conceda la libertad previa al indiciado únicamente en el caso de delitos culposos.

c) La libertad en delitos cuya pena media aritmética es mayor a cinco años de prisión.

Por decreto publicado en el *Diario Oficial* de 8 de enero de 1991, se reformaron, entre otros, los artículos 399 del CFPP y 556 del CPPDF, para permitir al juzgador conceder la libertad provisional al procesado en los casos en que la pena del delito imputado rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, siempre que se satisfagan los siguientes requisitos: que se garantice debidamente, a juicio del juez, la reparación del daño; que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social; que no exista riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y que no se trate de personas, quienes por ser reincidentes o haber mostrado habitualidad, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirán la acción de la justicia.

No procederá la libertad provisional únicamente cuando se trate de los siguientes delitos: imprudenciales (Zamora Pierce afirma que la exclusión se refiere tan sólo a la hipótesis de imprudencia agravada, cuya sanción es de cinco a veinte años),<sup>90</sup> (artículo 60 del código penal), traición a la patria (artículos 123 a 125), espionaje (artículos 127 y 128), rebelión (artículos 132 a 136), terrorismo (artículo 139), sabotaje (artículo 149), delitos contra la seguridad de la nación cometidos por servidores públicos (artículo 145), piratería (artículos 146 y 147), genocidio (artículo 149 bis), ataques a las vías de comunicación con empleo de explosivos (artículo 168), destrucción de vehículos de servicio público (artículo 170), delitos contra la salud (artículos 197 y 198), peculado (artículo 223), violación (artículo 265), violación impropia (artículo 266), violación calificada (artículo 266 bis), asalto a una población (artículo 287), homicidio simple intencional (artículos 302 y 307), homicidio calificado (artículos 315 y 320), parricidio (artículos 323 y 324), infanticidio (artículos 325 y 326), plagio o secuestro (artículo 366), robo de objetos de mayor valor (artículo 370, párrafos segundo y tercero), ciertas hipótesis de robo calificado (artículos 372, 381, fracciones VIII, IX y X, y 381 bis). Tampoco procederá la libertad cuando se impute al procesado el delito de introducción clandestina al país de materiales de uso exclusivo de las fuerzas armadas o sujetos a control (artículo 84 de la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos), o bien los

<sup>90</sup> Cfr., Zamora Pierce, Jesús, "Ampliación de la garantía de libertad bajo caución", en *XIII Congreso Mexicano de Derecho Porcesal*, México, UNAM, 1993, p. 306.



delitos tipificados en el Código Fiscal de la Federación mencionados a continuación: contrabando (artículos 102 y 104), contrabando equiparado (artículo 105), defraudación fiscal (artículo 108), defraudación fiscal equiparada (artículo 109) y operaciones con dinero o bienes producto de una actividad ilícita (artículo 115 bis).

Con anterioridad a esta reforma legislativa, y con fundamento en lo dispuesto por los artículos 18 y 20, fracción I, de la Constitución, la regla era que todo procesado por delito que merezca pena corporal debía ser sometido a prisión preventiva, con la sola excepción de aquellos a quienes se imputase delito sancionado con pena cuyo término medio aritmético no fuera mayor de cinco años de prisión, quienes tenían derecho a obtener su libertad bajo caución; ahora y como resultado de la reforma en estudio, la regla resulta ser que todo procesado tiene derecho a la libertad, con excepción de aquellos a quienes se impute alguno de los delitos expresa y limitativamente enumerados en los códigos procesales penales.

Zamora Pierce declara,<sup>91</sup> con razón, que estos derechos no tienen carácter de garantías individuales. El constituyente no los consagró en la Carta Magna. Tampoco son aplicables a todos los procesados de la República. Son, únicamente, derechos de naturaleza procesal, a los que les corresponde los ámbitos espacial y temporal de validez que les da la ley que los estableció. Siendo, pues, derechos autónomos e independientes de las garantías, se encuentran sometidos a los términos y condiciones que el legislador les fijó al otorgarlos, aun cuando la garantía de la que son ampliación no se refiera a tales condicionamientos. Así, por ejemplo, el procesado a quien se le imputa un delito cuya pena rebase el término medio aritmético de cinco años de prisión, para gozar de la libertad deberá dar cumplimiento a los requisitos que señalan los códigos procesales, a pesar de que la Constitución no exige requisitos semejantes para gozar de la libertad caucional.

El mismo autor advierte las condiciones que deben satisfacerse para hablar de un nuevo derecho procesal.

El primer requisito de la reparación del daño, la garantía a juicio del juez, inicialmente elogiada por cuanto se ocupa de proteger los intereses de las víctimas del delito, resulta criticable por ser ineficaz por sí sola para lograr la reparación de los daños causados. En efecto, en la hipótesis de que pretendiese

91 *Ibid.*, p. 308.

hacerse efectiva la garantía, por haberse sustraído el procesado a la acción de la justicia, se encontrará un obstáculo insalvable en la suspensión del procedimiento —consecuencia obligada de la fuga— pues nuestro derecho no conoce los juicios penales en rebeldía o en contumacia. Suspendido el proceso no podría dictarse sentencia que resolviera sobre la existencia del delito y la responsabilidad del inculcado, se le condenará al pago de la reparación del daño. Faltando la condena, malamente podría hacerse efectiva la garantía, la cual, entonces, resultaría inútil. La solución estribaría en reconocer a la reparación del daño el carácter de responsabilidad civil, en otorgar al juez penal competencia extraordinaria para conocer de ella, conjuntamente con la responsabilidad penal, por razones de economía procesal y para asegurar la congruencia en la resolución que se dicte sobre ambas responsabilidades; o por lo menos pensemos en devolver al juez civil la competencia para conocer y resolver sobre la responsabilidad civil, única hipótesis en la que podría hacerse efectiva la garantía otorgada para la reparación del daño.<sup>92</sup>

Todavía respecto a la garantía otorgada para la reparación del daño, debemos preguntarnos si para obtener su libertad bastará únicamente que el procesado garantice dicha reparación —como lo exigen los códigos procesales— o si, además, deberá caucionar su libertad en los términos de la fracción I del artículo 20 constitucional.

Las fracciones II, III y IV de los artículos 399, CFPP y 556 CPPDF, agregan únicamente dos requisitos que deben satisfacerse para que proceda el otorgamiento de la libertad: *a)* que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social, condición mencionada en la fracción II; y *b)* que no exista riesgo de fuga, condición a la que se refiere la fracción III en forma genérica y que reitera la fracción IV con especial referencia a los delincuentes reincidentes y habituales. En relación con ambos requisitos, el juzgador deberá ejercer su discrecionalidad, tras analizar y valorar el material probatorio que aporten el defensor y el Ministerio Público. Esta necesidad probatoria impone una diferencia más entre la garantía constitucional y el derecho procesal de libertad. En el primer caso, por expreso mandato constitucional, la liberación del procesado debe ser inmediata a su solicitud; en el segundo, deberá tramitarse un incidente no especificado, a fin de dar oportunidad procesal para el desahogo de la indispensable probanza.

92 *Ibidem.*

d) La libertad garantizada por depósito en efectivo constituido en parcialidades.

Según decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 30 de diciembre de 1991, se reformaron, entre otros, los artículos 404 del CFPP y 562 del CPPDF, para disponer que, cuando la caución otorgada para garantizar la libertad consista en depósito en efectivo y el inculcado no tenga recursos económicos suficientes para efectuarlo en una sola exhibición, el juez podrá autorizarlo para que lo efectúe en parcialidades, de conformidad con las siguientes reglas: *primera*, que el inculcado tenga cuando menos un año de residir en forma efectiva en el lugar en que se siga el proceso, y demuestre estar desempeñando empleo, profesión y ocupación lícitos que le provean medios de subsistencia; *segunda*, que el inculcado tenga fiador personal quien, a juicio del juez, sea solvente e idóneo y dicho fiador proteste hacerse cargo de las exhibiciones no efectuadas por el inculcado. El juez podrá eximir de esta obligación, para lo cual deberá motivar su resolución; *tercera*, el monto de la primera exhibición no podrá ser inferior al quince por ciento del monto total de la caución fijada y deberá efectuarse antes de que se obtenga la libertad provisional; y *cuarta*, el inculcado deberá obligarse a efectuar las exhibiciones por los montos y en los plazos que le fije el juez.

La ampliación de la garantía radica, en este caso, en que se elimina el requisito de poner, de inmediato, la totalidad de la suma de dinero a disposición de la autoridad judicial, al permitir la constitución del depósito en parcialidades.

e) La libertad en el caso de los delitos fiscales

En 1991, al reformarse el Código Federal de Procedimientos Penales para permitir la libertad caucional en el caso de delitos cuya pena media aritmética fuera mayor de cinco años de prisión, quedaron excluidos expresamente del goce de ese derecho los procesados por delitos tipificados en el Código Fiscal de la Federación.

Por decreto de 20 de julio de 1992 se reformó el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales y el artículo 92 del Código Fiscal de la Federación, a fin de otorgar el derecho a la libertad bajo caución a los procesados por delitos fiscales. El autor del decreto eliminó los delitos fiscales de la lista de los que no permiten la libertad, pero a continuación

modificó la fracción I del artículo 399 para disponer que para obtener su libertad, el procesado por delitos fiscales deberá cumplir con los requisitos señalados en el artículo 399, observando —por lo que hace a la reparación del daño— lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación.

A su vez, el decreto aumentó un párrafo cuarto para el artículo 92 del Código Fiscal que dispone:

En los delitos fiscales en que sea necesaria querrela o declaratoria de perjuicio y el daño o perjuicio sea cuantificable, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público hará la cuantificación correspondiente en la propia querrela o declaratoria. La citada cuantificación sólo surtirá efectos en el procedimiento penal. Cuando el término medio aritmético de la pena privativa de libertad que corresponda al delito imputado exceda de cinco años, para conceder la libertad provisional, el monto de la caución que fije la autoridad judicial comprenderá, en su caso, la suma de la cuantificación antes mencionada y las contribuciones adeudadas, incluyendo actualización y recargos, que hubiere determinado la autoridad fiscal a la fecha en que se promueva la libertad provisional. La caución que se otorgue en los términos de este párrafo no sustituye a la garantía del interés fiscal.

El mismo decreto agregó al artículo 92 un párrafo séptimo, que dispone:

en caso de que el procesado hubiera pagado o garantizado el interés fiscal, a entera satisfacción de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, la autoridad judicial, a solicitud del procesado, podrá reducir hasta en un 20% el monto de la caución, siempre que existan motivos o razones que justifiquen dicha reducción.