

DERECHO PENITENCIARIO: ALGUNAS CONSIDERACIONES

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Capítulo Primero*. 1. *Aproximación al tema*. 2. *Política Criminal*. 3. *Sistema penitenciario y principios políticos*. II. *Capítulo Segundo*. 1. *Problemática de la autonomía del Derecho Penitenciario*. 2. *Delimitación de su ámbito en relación a otras disciplinas*. 3. *Noción del Derecho Penitenciario*. III. *Capítulo Tercero*. 1. *Fuentes del Derecho Penitenciario en México*. 2. *Constitución y Derecho Penitenciario*. 3. *Régimen Penitenciario*.

I. CAPÍTULO PRIMERO

1. *Aproximación al tema*

Juliusz Makarewicz,¹ señala que, en química, existe una ley por la cual todo compuesto, al igual que todo elemento químico, sometido a un proceso o procedimiento conveniente, provoca reacciones o fenómenos, que no siendo propios o particulares más que a un cuerpo dado, descubren —por su aparición— la presencia de este cuerpo.

Ocurre lo mismo con las sensaciones, producidas por los acontecimientos y las circunstancias de la vida, sobre los seres dotados de sistema nervioso. Eventos diversos ocasionan distintas formas del pensamiento y evocan las diferentes impresiones, que se manifiestan en el ser afectado.

Ejemplificando el profesor, que fue, de Cracovia nos dice que el perro ladra al acercarse un desconocido, aúlla cuando lo encierran solo, y llega a morder si se pretende arrebatárle un hueso. Claro está que las exteriorizaciones de "su buen o mal humor" no son muy variadas, porque la categorización de sus posibilidades "sentimentales" es muy limitada, aunque siempre superior al de sus manifestaciones externas.

Pero la cuestión se hace lógicamente más compleja al referirnos al hombre. El ser humano tiene una gran riqueza de matices expresivos:

¹ MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, trd. Ma. Luisa Martínez. Reus, Madrid, Hijos de Reus Edit., 1907, pp. 6, 7, 8.

así, aplaude o silba en el teatro, se acongoja ante el panteón de un pariente, mata a un adversario en duelo, acaricia a un niño que se ha comportado bien, ensalza las virtudes de un gran hombre, palidece, se sonroja, etcétera.

Un drama teatral de calidad ejerce sobre nosotros impresión distinta de la de una buena comida; el conocimiento de un delito espectacular produce en nosotros diversa impresión que una placentera excursión familiar al monte, y de esta manera podrían multiplicarse los ejemplos *ad infinitum*. Lo cierto es que las manifestaciones exteriores de estos diversos sentimientos corresponden a la distintividad de su esencia.

Y ante la traducción de esta situación individual al plano social, Makarewicz,² se pregunta: ¿las sociedades son o no organismos, y —como tales— tienen o no sistema nervioso? La pregunta y su posible respuesta es —por lo menos— ambigua. Pero no parece ofrecer duda que los hombres, reunidos en sociedad, tengan intereses comunes, y que examinando los hechos, a través del prisma de estos intereses, no sientan las mismas impresiones.

La quiebra de una potente sociedad o la disolución de un club deportivo, por ejemplo, son sentidos por los miembros de la sociedad o por los integrantes del club deportivo de forma análoga si bien no idéntica. Una invasión de un ejército enemigo, una epidemia, o un temblor de tierra constituyen un peligro igual para todos los habitantes de un Estado, y sus sentimientos acerca de esto no difieren de manera esencial.

Los medios (la reacción), a los que recurren —en cada uno de estos casos— son diferentes: en el primero, tratan de oponer un ejército al enemigo; en el segundo, adoptan disposiciones sanitarias que detengan el brote epidémico, lo controlen y en fin lo erradiquen definitivamente; en el tercero, actividad de ayuda a las posibles víctimas y de reparación de daños causados.

En los casos de tratarse de un hecho inmoral (nocivo a la sociedad), lo mismo que todo fenómeno de la vida social, produce siempre en la sociedad (donde tiene lugar), una reacción que se traduce bajo la forma de una censura moral; cuando se realiza una acción indecente, deshonesto y mala, se piensa y se habla de ella con cierta repugnancia. Además, las relaciones exteriores de los otros miembros de la sociedad, con el autor de esta acción, denuncian desaprobación.

Ahora bien, la acción inmoral puede, sin embargo, ser muy nociva a la sociedad; puede tocar a las bases esenciales sobre las que se apoya un grupo social, entonces toma el nombre de delito, y provoca una

² MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, ya citado, pp. 7-8.

reacción más fuerte, que es —en cierto modo— del mismo género que ella. La acción inmoral y el delito de una parte, la censura y la pena de otra son esencialmente idénticas. Solamente el grado de gravedad en el primer caso (el daño), y de fuerza en el segundo (la reacción), es más o menos elevado.

Allí donde los límites de los delitos no están claramente marcados, y donde —en general— la diferenciación entre hecho delictivo y hecho inmoral no es muy concreta (se pregunta Makarewicz) ¿es preciso considerar una demostración popular como una pena? ³ La reacción deshonrosa se hace pena a partir del momento en que vienen a juntarse a ella los caracteres de publicidad, de exterioridad y de universalidad; de esta manera, el castigo impuesto por un juez, actualmente, tiene carácter penal, porque está dado por el representante de la sociedad y a presencia de los individuos integrantes de la misma.

Pero, en la propia raíz existencial del Estado (en cuanto suprema forma de organización), (añadimos nosotros sintetizando el pensamiento de Makarewicz), *está la exigencia de que disponga de los recursos y de la fuerza suficiente para conseguir atacar las causas mismas del mal, disponiendo para ello* (en una de sus bases más esenciales), *de una administración de justicia* (en amplio sentido), *correcta y adecuada*, pues de lo contrario fracasará inevitablemente en la lucha por la erradicación de la delincuencia.

Sin caer en absurdos determinismos, pero sin deslizarse al ámbito del pensamiento mágico o irracional tampoco, ya desde fines del pasado siglo y comienzos del presente, gentes como Quetelet,⁴ en sus ensayos sobre física social o Querry,⁵ en sus estudios sobre estadísticas, nos señalaban algo tan primordial como la invariabilidad de las tendencias e inclinaciones del hombre, denunciaban, en definitiva, la existencia de algo parecido a una mecánica social.

La sociedad, la humanidad entera, detecta ciertas normas de comportamiento, perfectamente comprobables con la utilización de las leyes numéricas, y que nos permiten cohesionar armónicamente conductas y hechos para sacar conclusiones en orden al fenómeno de la criminalidad y de la lucha contra ella.

Lucha que no consiste, que no puede consistir en actividad exclusivamente represiva, pues ésta sólo vería los efectos y no las causas de la delincuencia. Por eso intentamos aproximarnos al meollo de nuestro

³ MAKAREWICZ, Juliusz, *La Evolución de la Pena*, ya citado, pp. 9, 12.

⁴ QUETELET, *Essai de physique sociale*, vol. III, Bruselas, 1869.

⁵ QUERRY, *Essai sur la statistique morale de la France*, Paris, 1834.

tema arrancándonos desde lejos, y utilizando material que marque el justo entorno de la difícil, de la muy difícil parcela penitenciaria.

Algo de lo anteriormente expuesto ocurre con la criminalidad; bajo el compacto y complejo mundo de las infracciones se percibe una especie de ley de la criminalidad. No hay un tipo abstracto de hombre moral, ni de culpable; el crimen más que un fenómeno individual es un fenómeno social. La criminalidad se nutre de los elementos mismos de la humanidad; no es trascendente sino immanente, afirma Adolfo Prins.⁶

Y apostilla el especialista belga: el hombre pertenece a la humanidad como el átomo a la materia; el delincuente y el hombre honrado están unidos a su ambiente; hay un entorno social favorable a la salud moral; la inclinación al crimen es casi nula en él; pero existe otro medio de atmósfera corrompida, donde abundan los elementos nocivos, en el que los más fuertes languidecen y la criminalidad llega como la putrefacción en un estercolero; la inclinación al crimen es fortísima, y —en este sentido— puede decirse que es un hecho social con una causa social y que está en íntima conexión con una organización dada.

Y continúa Prins,⁷ (el maestro belga fue Inspector General de Prisiones en su país, y profesor de Derecho Penal de la Universidad de Bruselas), diciendo: detengámonos un momento en nuestra época...; la complicación creciente de nuestro mecanismo crea —a un tiempo— tentaciones y ocasiones de caer; el carro de la civilización aplasta a muchos que caen bajo sus ruedas; el mundo tiene apetitos desproporcionados que no puede satisfacer.

La sensualidad, la avidez de ganancias, el deseo y la facilidad de especular, el contraste entre la gran riqueza y la pobreza extrema, las necesidades brutales de la lucha por la vida frente a la concentración de la propiedad y del capital, la defectuosa organización industrial que abandona al proletariado a su suerte, que no vela por el aprendizaje, etcétera; todo esto influye, desgraciadamente, en la criminalidad de manera indudable.

El obrero (más aún el campesino), está siempre a un paso de la vagancia, el vagabundo a un paso del crimen; las clases más modestas (y desde luego las más numerosas), son las más amenazadas.

Ante esta tesitura, la ciencia penal y los gobiernos, en su buena intención de corregir a los culpables, acumulan penas y estrictos regí-

⁶ PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión, Ensayo de Ciencia Penal*, trd. Manuel Núñez Arenas, Madrid, Hijos de Reus, Edtrs., 1911, pp. 7 y ss.

⁷ PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión*, ya citado, pp. 8, 9 *in fine*.

menes penitenciarios (con grandes sacrificios pecuniarios incluso), sin que por esto disminuya la cantidad de delitos, ni lo que es peor de reincidencias.

Los resultados son desalentadores, o cuando menos poco propicios al optimismo. En vez de investigar la realidad, la justicia se desvía en elucubraciones teóricas, se aísla, por así decirlo, del entorno vital, y la vida —y su crudeza— se alejan de ella. De manera inadvertida se va convirtiendo en una acumulación de formalismos, la mayor parte de las veces vacíos de contenido, y lo que es más grave se queda en la epidermis de las cosas sin penetrar en su esencia ni —lógicamente— en su ciencia.

Frente a esta situación (perfectamente encajable en nuestra época histórica), puede afirmarse que una reforma aislada, sin conexión con otras medidas concomitantes, de nada serviría. Una reforma con visos de seriedad sólo puede ser eficaz si se realiza con visión de conjunto.

En primer término, deben aparecer las medidas preventivas. El gasto que se realice, para este objeto, será siempre un egreso productivo. Deben proliferar las instituciones de este carácter. El dinero que la sociedad emplee en este renglón lo economizará en la represión.

En segundo lugar, están lo que Prins,⁸ llama los "rodajes judicia-rios". Son útiles, (indica el Maestro), cuando la justicia ejerce con el corazón y la inteligencia su elevada función social, y entrevé qué misión soberana asume al distribuir las condenas. Que distinga al delincuente habitual y al de ocasión; que absuelva en caso de primera falta leve; que haga intervenir, más frecuentemente, las penas pecuniarias; que disminuya el papel de la prisión; que aplique más rigurosamente el principio de agravación progresiva de la penalidad, en caso de repetición de los mismos delitos; que procure —en fin— ver el verdadero peligro social más en el instinto vicioso incorregible, que en las violencias irreflexivas de un espíritu, en el fondo, de tendencias rectas, y con ello verá acrecentar su influencia.

Y, *tercer momento*, las instituciones penitenciarias como medio de luchar contra la criminalidad. Para no quedarnos en el mero terreno teórico, deben distinguirse las clases de delincuentes, y tratar de forma distinta a los que no son iguales, por un lado los recalitrantes y por otro a los corregibles.

Para los segundos régimen celular, después aislamiento de cierta duración, y para los que tienen posibilidades de regeneración, el régimen progresivo con el sistema de notas, la selección metódica de los

⁸ PRINS, Adolfo, *Criminalidad y Represión*, ya citado, pp. 103, 104 y 105.

condenados, los trabajos al aire libre, la libertad condicional y la rehabilitación final. Para los primeros, refractarios a toda acción social, adecuados establecimientos donde la sociedad se proteja y los proteja de ellos mismos.

En alguna medida, hemos adelantado nuestro orden expositivo, pero lo hemos estimado oportuno con la finalidad de terminar la síntesis del razonamiento del profesor belga.

Retomemos, el hilo expositivo. La ciencia penal acusó el impacto del positivismo que, aunque entrara en retroceso tras los primeros efluvios de entusiasmo, tuvo el mérito incuestionable de haber indicado el camino para intentar resolver el problema de la criminalidad. Otras teorías tomaron la antorcha del relevo en esta nobilísima tarea. El mundo moderno, en sus comienzos, demandó (de conformidad con el nuevo género de vida y con las nuevas necesidades sociales), la formulación de distintas bases filosóficas penales y la fundamentación sólida y actualizada del *jus puniendi*, del derecho de castigar.⁹

Coetáneamente con la necesidad señalada y con la dirección orientadora del positivismo (que pretendió satisfacerla), la psicología y la propia realidad demostraban, conjuntamente, la inseguridad de las bases del *jus puniendi*, fundamentado en ideas metafísicas de voluntariedad y libertad, y con finalidades abstractas de reparación y castigo.

Los conceptos clásicos estaban minados, el positivismo en franco repliegue, el correccionalismo sumido en el sueño de lo irrealizable, en definitiva, se sentía la necesidad acuciante de una profunda renovación del derecho penal (en el más amplio sentido), desde sus mismos cimientos.

En este momento es cuando Prins, Von Liszt, Van Hamel, entre otros, acometen la tarea de reconstrucción de la estructura penal en su más vasto sentido. Sus esfuerzos cristalizaron en una concepción más avanzada, que puede ser calificada de defensa y prevención social.

En síntesis, sus principios informadores son los siguientes:

a) El derecho penal (lato sensu), tiene como objeto la defensa de la sociedad (organizada como Estado), y la defensa de los individuos integrantes de la misma.

b) El derecho de defensa aparece tan pronto como se comprueba el estado peligroso del individuo, el tratamiento penal está en función del mismo.

⁹ CASTEJÓN Y MARTÍNEZ DE ARIZALA, Federico. Prólogo. *La Defensa Social de A. Prins*.

c) La justeza de la pena se esencializa en cuanto sirve a la preservación de la amenaza y del peligro criminal.

d) La medida penal encuentra su forma en la corrección; entendida ésta como corrección social (en función de las normas elementales de la vida social), y la adaptación inferiorizada (para individuos defectuosos y anormales).

En relación a las bases de la defensa social,¹⁰ pueden sintetizarse así: en una panorámica de conjunto del maremágnum de ideas filosóficas, del caos de teorías y del enorme material bibliográfico, encontramos siempre un pensamiento iluminando semejante bosque: la de libertad o la de necesidad, la de autonomía o la de autoridad; el derecho penal refleja esta situación de disyuntiva entre libertad y necesidad. No se castiga sino en función de la necesidad de la defensa social; la necesidad de proteger el derecho contra el *factum criminis* es incuestionable.

Pero el enunciado anterior ha de conciliarse con los derechos del delincuente, y ello nos depara (por obra de la moderna penología), los distintos tratamientos a que debe ser sometido el agente delictivo, así reclusión en una cárcel, en un manicomio, en un establecimiento educativo, o la sujeción a determinado tratamiento que aparten al delincuente del crimen.

En los primeros años del siglo XIX se dio —en Europa— la coincidencia de tres hombres ilustres: Anselmo Von Feuerbach, Giandomenico Romagnosi y Jeremy Bentham. En ellos, en su pensamiento, se encuentra la génesis de la defensa social.

Feuerbach,¹¹ expone que el fundamento jurídico de la pena —en el Estado— es el siguiente: el órgano estatal para cumplir su finalidad, es decir para garantizar la convivencia entre los hombres, debe intentar (en la medida que lo requiera el peligro nacido de la lesión jurídica), someter por la amenaza legal de un mal sensible los estímulos (también sensibles), de donde nacen las transgresiones, aspirando a vencerlos mediante la coacción psíquica e interna; la pena es —pues— un mal conminado y, en su caso, impuesto por la ley.

La base de la posición de Feuerbach es la intimidación de la comunidad por medio de la coacción psicológica, derivada de la conminación legal de la pena, y por su ejecución, cuando aquélla no es suficiente

¹⁰ CASTEJÓN, Federico. *Prólogo*, ya citado, pp. 6-7.

¹¹ ANSELM FEUERBACH, J. Paul. *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, (Tratado de Derecho Penal Común Alemán), Giessen, 1.ª ed. 1801, párrafos referentes a la pena.

para la contención del delincuente. Cuello Calón asevera que con Feuerbach comienza el moderno Derecho Penal propiamente dicho.

Romagnosi,¹² entiende que el Derecho Penal (en amplio sentido), es un derecho de defensa para la preservación del bienestar entre los hombres, dimanada de las relaciones humanas, es ejercitada por la sociedad, en exclusiva, y solamente en la medida necesaria para mantener la correcta convivencia social.

La pena tiende a despertar el temor del delincuente, para evitar que vuelva a delinquir en el porvenir. Esta es su concreta y específica finalidad. Pero la pena es un remedio último (señala Bartolomei,¹³ exégeta de Romagnosi), antes de aplicarla han de utilizarse otras medidas de carácter preventivo.

Bentham,¹⁴ de pensamiento básico para el utilitarismo, entiende que la pena es la imposición de un mal a una persona, por causa de una acción u omisión realizada por la misma. Tiene como finalidad principal la prevención generalizada; la prevención particular tiende a inhabilitar al delincuente para producir daños, enmendarlo o intimidarlo. Y precisando más, agrega que las penas legales son males impuestos, según el formalismo jurídico, a individuos convictos de algún acto dañoso prohibido por la ley y con la finalidad de prevenir actos semejantes.¹⁵

De esta manera, la coacción psíquica y la ejemplaridad de Feuerbach, la prevención y contropinta criminosa de Romagnosi y la intimidabilidad y el utilitarismo de Bentham, en su evolución y conjuntamiento, constituyen el precedente de la defensa social. Aunque la verdadera novedad de la teoría se encuentra en la concepción del estado peligroso como criterio de punibilidad.

No obstante, la idea central del peligro social se halla no sólo en los partidarios de esta teoría, sino también en otros autores. Lo cual acredita que se trata de una seria cuestión de las bases a las que debe ajustarse la lucha contra el crimen. Nadie duda, hoy, que los distintos criminales (corregibles, incorregibles, habituales, ocasionales, defectuosos y normales), deben ser sometidos a tratamientos diversos precisamente en función de su clasificación, en interés de la sociedad y de ellos mismos.

¹² ROMAGNOSI, Giovanni Dominico, *Genesis del Diritto penale*, Pavia, 1791, pp. 241-242, 332, 333.

¹³ A. BARTOLOMEI, *Del significato e valore della doctrina romagnosiana per il criticismo contemporaneo*, Roma, 1901.

¹⁴ BENTHAM, Jeremy, *Theorie des peines et des recompenses*, Paris, 3a. ed. 1826, hay traducción española de 1838, Barcelona.

¹⁵ LANDRY, Adolphe, *La responsabilité pénale*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1902, Parte II, pp. 110 a 192.

Prins, en Bélgica; Von Liszt, en Alemania; Van Hamel, en Holanda; Garçon, en Francia; Alimena, en Italia; Nabakoff, en Rusia; Thyrén, en Suecia; Stoos y Seuffer, en Austria; Quintiliano Saldaña y Dorado Montero, en España, sobre la base de estas ideas, trabajaron para lograr una nueva orientación y unos nuevos procedimientos de lucha contra el delito, como la más eficaz forma de política criminal.

Prins,¹⁶ resume —con claridad— el objetivo de la tendencia (antecedente y base de la posterior desenvoltura de estas tareas, tanto en el orden estrictamente jurídico-penal, como en el sector penitenciario), y nos dice que es necesario combatir todas las manifestaciones de la criminalidad con medios de defensa jurídica y social; y la alta misión del Estado —en este respecto— es conciliar el máximo posible de seguridad social, con el mínimo posible de vejación individual. O de otra forma dicho, mínimo de sufrimiento personal dentro del máximo de defensa de la sociedad.

Manzini,¹⁷ llega a decir que el Derecho Penal (*lato sensu*), es el termómetro de la libertad política de una sociedad. Expresión, sintética y clara, de la evolución de la justicia punitiva, represiva, que pasa del individuo al grupo social, de éste a la autoridad constituida y, ya dentro de ella, desde su formulación primitiva de meras órdenes superiores a las formas, progresivamente desenvueltas, de normas jurídicas con garantías para el ciudadano.

De ahí, de todo lo expuesto, puede deducirse que la Política Criminal tiene una concreta y singular importancia en relación con el problema penal, y con el penitenciario en particular.

2. Política Criminal

La que puede considerarse como la primera formulación de Política Criminal, a los efectos que nos interesan, fue realizada por Cesare Bonnesana, Marqués de Beccaria, que se alzó indignado contra la injusticia y atrocidad del sistema penal de su época; su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado en Livorno el año de 1764, supuso el comienzo (ya definitivamente irreversible), de la humanización de la justicia represiva. Las ideas de Beccaria (junto con las corrientes de pensamiento de su época), cristalizaron en el movimiento revolucionario francés de 1789 y los códigos dimanantes del mismo.¹⁸

¹⁶ PRINS, Adolfo, *La Defensa Social*, trd. de Castejón, Madrid, Hijos de Reus Edtrs., 1912, p. 48, in fine.

¹⁷ MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, Turin, Ed. Bocca, 1908, 23-24.

¹⁸ BONNESANA, Cesare, Marqués de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Tratado

Al propio tiempo que Beccaria en el continente europeo, en la Gran Bretaña se inicia un movimiento paralelo, pero de ámbito reducido al sector del régimen penitenciario, su iniciador fue John Howard,¹⁹ éste inspecciona y describe los horrores de las prisiones británicas de su época, y escribe un libro *Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, Londres año de 1777, traducido al francés en 1788.

Howard viaja para conocer el problema carcelario, en otros países, y muere del tifus en la ciudad de Kherson, Crimea, Rusia, atendiendo a un recluso. Su labor preparó la gran reforma penitenciaria, y dio lugar a la moderna Penología.

Langle,²⁰ el maestro hispano, señala que Política —en general— es ciencia referente al Estado, y siendo el Estado la sociedad organizada para el cumplimiento del Derecho, Política y Derecho son, por tanto, términos que aparecen estrechamente unidos.

Para quien estudia el Derecho Penal (en amplio sentido), la Política tiene un interés remoto y próximo, o por mejor decirlo, un interés genérico, mediato, que se remonta a las líneas generales del conocimiento relativo a los medios más adecuados para obtener el fin del Estado (que resumidamente no es sino —dice Langle—, el buen gobierno de la sociedad), y un interés específico, inmediato, que recae sobre la forma singular en que la Política ejerce su acción en la esfera de los hechos inculminables y de las sanciones correspondientes.

Con incuestionable justeza, Manzini,²¹ nos indica la característica distintiva de la llamada Política Criminal, al definirla como “la doctrina de la posibilidad política (la realidad alcanzable), con relación al fin de la prevención y de la represión de la delincuencia”.

Por su parte Franz Von Liszt,²² líder de esta dirección, definió la Política Criminal como “Conjunto (o contenido), de principios —garantidos por la investigación científica de las causas del delito y de la eficacia de la pena— según los cuales el Estado dirige la lucha contra el delito, por medio de la pena y de sus formas de ejecución”. Con mayor brevedad, puede decirse que es el conjunto sistematizado de

de los delitos y de las penas, trd. Pascual Vicente, Sevilla, año 1879. PESSINA, Enrico, *Il diritto penale in L'Italia di Cesare Beccaria fino alla promulgazione del Codice vigente*, Enciclopedia Pessina, t. II, Milán, 1906, pp. 550 y ss.

¹⁹ HOWARD, A. Riviére, “Sa vie. Son oeuvre”, *Revue Pénitentiaire*, París, 1891, pp. 661 y ss.

²⁰ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, Madrid, ed. Reus S. A., 1927, p. 13.

²¹ MANZINI, Vincenzo, *Trattato*, t. I, ya citado, pp. 26, 27.

²² VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, trd. Jiménez de Asúa, t. II, 3.ª ed., Madrid, Edt. Reus, S.A., 1929, p. 62, referencia nota 112.

principios, de conformidad con los cuales el Estado y la Sociedad deben organizar la lucha contra el crimen.

Analizando las dos definiciones se advierte, en la de Manzini, que la legislación ha de basarse en el principio de posibilidad política en cuanto realidad alcanzable; Liszt, en cambio (como hace notar Langle),²³ avanza más.

El maestro alemán señala que (con los medios utilizados hasta entonces), no se había conseguido combatir eficazmente la criminalidad, a pesar de aciertos innegables de los legisladores. Y postulaba por una nueva ciencia, que podría ser llamada Política Criminal, *que investigue —de manera científica— las causas del delito* (aprovechando el material de la Antropología y de la Estadística), *observe los efectos de la pena* (la muy importante comprobación de si ésta consigue, realmente, sus fines), *y emprenda una lucha contra la criminalidad*, usando las armas adecuadas al objeto perseguido; armas que pueden consistir, en las penas útiles, como en otros medios afines a ellas (así las medidas de seguridad). Se trata, pues, de una auténtica dirección política, de carácter científico, para combatir la delincuencia, lejos, muy lejos, de la pura represividad.

Y puntualiza: la Política Criminal no aspira a sustituir al Derecho Penal... debe “marchar a su lado”; entre el Derecho Penal teórico y la ley penal, de una parte, y la práctica criminal y penal, de otra.²⁴

En base a lo anterior, cabe detectar, sin mayor esfuerzo, que la Política Criminal abarca directrices que llegan hasta el momento de la ejecución de la sanción, y debe de contemplar (y así ocurre hoy día), el muy considerable aspecto del cumplimiento de la misma, con todo el complicado entramado de su entorno.

Aquí es conveniente hacer una precisión. Sin perjuicio de volver a insistir más adelante sobre ello, hay que dejar establecido que Penología y Ciencia Penitenciaria son cosas distintas. Penología (según Cuello Calón),²⁵ es el estudio de las penas, propiamente dichas, el de las medidas de seguridad, y el del patronato post-carcelario y post-asilar.

Sin embargo, Penología y Ciencia Penitenciaria son utilizadas, en ocasiones, como sinónimas, cuando, en realidad, la segunda se avoca al estudio del régimen carcelario, que en su principio se restringió a las

²³ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, ya citado, pp. 18, 19.

²⁴ VON LISZT, Franz, *Tratado*, t. II, ya citado, p. 63, nota 121.

²⁵ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Penología*, Madrid, Edt. Reus, S.A., 1920, p. 10. *La Moderna Penología*, Barcelona, Edt. Bosch, 1958.

penas privativas de libertad, al menos de forma principal, y luego se ha extendido a todo el tratamiento penitenciario. Su relación con el Derecho Penal es, por otra parte, obvia, pero dejemos la cuestión para más adelante, concretamente para cuando tratemos de la autonomía del Derecho Penitenciario.

Afirma Langle,²⁶ que cuando Garofalo,²⁷ dio la voz de alerta contra los peligros sociales de las doctrinas puramente jurídicas, afirmando que la teoría penal prevaleciente, y, de conformidad con ella, la jurisprudencia parecían hechas ex profeso para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a ésta contra aquél, señaló una verdad difícilmente cuestionable, que indudablemente influyó en la conciencia de todos los penalistas, legisladores y ciudadanos en general.

Y agrega Langle que es de necesaria meditación el problema de si lo justo (naturalmente, una justicia relativa, no absoluta, como es la humana), no es lo necesario para la sociedad. Y siendo la necesidad urgente y grave, ningún cuestionamiento puede aventajar en interés al de la reforma de la penalidad, en sus fines, en sus formas, y (lo que más nos interesa), en su ejecución.

Lo esencial, nos dice al respecto Prins,²⁸ no es sólo poseer el instrumento, sino saber la manera de utilizarlo, y esto no se aprende con lecciones abstractas sino por medio de la acción, por el contacto con las realidades, por el trabajo manual, etcétera. Sea lo que quiera, el mal existe entre nosotros, y porque existe tenemos el deseo de mejorar y de que el progreso sea una necesidad. Y, siendo el progreso una necesidad, hay deberes que cumplir y finalidades que alcanzar; más claramente, es necesario utilizar los medios que se nos propongan para remediar las imperfecciones de los hombres.

Una de esas imperfecciones (no la más pequeña, precisamente), es el infortunio del ser humano, que nace con el legado maldito de la insuficiencia, de la inferioridad mental y moral, del ambiente social corrompido, de las condiciones económicas paupérrimas. Esta es —seguramente— una de las formas más intensas del sufrimiento de la Humanidad. Este sufrimiento constituye la base de la criminalidad, y —si se desconoce— no se comprende nada de la criminalidad, y nada se puede contra ella.

²⁶ LANGLE, Emilio, *La Teoría de la Política Criminal*, ya citado, pp. 141, 142.

²⁷ GAROFALO, Rafael, *La Criminología*, trd. de Dorado Montero, Madrid, Edt. La España Moderna, sin fecha, pp. 314, 315 y ss.

²⁸ PRINS, Adolfo, *La Defensa Social*, ya citado, pp. 156, 157, 164.

Por ello, Mittermayer,²⁹ se pregunta: ¿cómo podrá realizar la Política Criminal esta gran tarea? Y se responde: "El deber de la Política Criminal consiste. . . , en una tranquila investigación de las causas particulares del crimen, en el estudio de cada procedimiento de lucha, en la elaboración sistemática de sus principios, en la influencia a ejercer sobre los criminalistas prácticos y en la intervención en la legislación penal, cuando esta intervención es absolutamente necesaria".

3. Sistema penitenciario y principios políticos

La política (nos dice Bueno Arús),³⁰ es la prudencia aplicada a los actos de gobierno. El hecho de que sea arte, virtud o ciencia es irrelevante para nuestros efectos. Lo que nos interesa destacar es cómo su sombra se proyecta sobre el estudio de la cuestión penitenciaria, complicando las líneas elementales que una consideración puramente doctrinal, o técnico-jurídica, del problema podría presentar en conclusión. La prudencia, en este caso, consistirá en elegir los medios ocasionalmente más conducentes al fin proyectado, desviándose radicalmente, por tanto, en su mismo punto de partida, de aquella perfección ideal que es la más cara ilusión de un enfoque exclusivamente teórico.

Por otra parte, no hay duda alguna de las conexiones de la política con el ordenamiento jurídico, que además de ser recíprocas son inevitables; y lo son porque, si bien aquélla señala la orientación concreta del Derecho en una sociedad y en un momento histórico determinados, al mismo tiempo delimita, autolimita mejor, en esas mismas normas, el margen de actuación que se reserva para el futuro.

El problema adquiere un particular sentido humano en el campo del Derecho Penal, ya que todo cuanto signifique infracción, pena, prohibición, castigo, afecta a los sustratos más íntimos del individuo, coartando (a veces dramáticamente), sus posibilidades de existencia y desarrollo, con el fin (aparentemente paradójico), de proteger las mismas posibilidades en el conjunto social.

Precisamente la materia penitenciaria (en su dimensión jurídica), participa de la naturaleza de lo penal y de lo administrativo, y se ve —en consecuencia— doblemente afectada por los principios políticos, que sirven de directrices a una y otra rama del ordenamiento jurídico

²⁹ MITTERMAYER, C. J. A., "Comunicación al Congreso de París", 1900. *Actas del Congreso*, t. II, pp. 546 ss.

³⁰ BUENO ARÚS, Francisco, "Los Principios Políticos de un Sistema Penitenciario", en *Revista Penal Penitenciaria*, Santa Fe, 1965, núms. 3 y 4.

general. Los primeros condicionan sus objetos, y los segundos la organización encargada de proceder a su ejecución material.

En la interrelación entre sistema penitenciario y principios políticos cabe señalar (sin propósitos de exhaustividad), cuestiones interesantes, veamos algunas.

a) Parece no haber dudas, a estas alturas (al menos en la generalidad del ordenamiento jurídico de los países democráticos), que la ejecución de las penas de privación de libertad debe ser de signo liberal. El sujeto pasivo del ordenamiento punitivo no pierde su condición de miembro de la comunidad cuando la amenaza potencial del legislador se concreta —para él— en la efectiva aplicación de una pena, no pierde, por tanto, la titularidad de los derechos garantidos por la Constitución, salvo en el caso obvio de que esos derechos sean precisamente el objeto intrínseco de la pena impuesta.

Pero, siendo al propio tiempo el recluso un administrado (destinatario, pues, de las normas jurídicas reguladoras de las relaciones entre Administración y particulares), también se encuentra protegido por las garantías que el Derecho administrativo (sólidamente impregnado de juridicidad, en la actualidad), reconoce y establece. De ahí, la certera frase del maestro Manzini,³¹ en el sentido de que el Derecho Penal constituye "el mínimo ético coactivamente imponible", y que representa, hoy día, una realidad jurídica afortunada.

La pena de privación de libertad (cualquiera que sea la denominación utilizada), tiene como objeto la limitación de la capacidad de autodeterminación del hombre. Aún más, el internamiento penal obstaculiza, al condenado, la libertad de deambulación normal en nuestras sociedades y en nuestro tiempo.

Al reo se le señala —coactivamente— el edificio en que ha de alojarse, y el plan de actividades que se le impone; plan concebido en la medida estrictamente necesaria y suficiente para el cumplimiento de la finalidad misma de la pena. Actualmente, esta finalidad no puede ser otra que la prevención especial, el tratamiento reformador de aquellos delincuentes que no presenten carácter de incorregibles.

Tras una larga lucha, hoy, se entiende como injusto e ilógico privar a los condenados de los derechos inalienables de todo ser humano y de las garantías de los ciudadanos, cuyo ejercicio y disfrute son, precisamente, el contenido de su plena inserción en el desenvolvimiento ordinario de la comunidad social.

³¹ MANZINI, Vincenzo, *Trattato di Diritto Penale*, vol. I, 4a. ed., Torino, Edt. Utet, 1961, párrafo 16 bis.

El sentido orientativo liberal del ordenamiento punitivo tiene su consecuencia: *impide —pues— privar al recluso de aquellos derechos cuya negación no venga necesariamente impuesta por la ejecución de la pena, a que haya sido sentenciado; tampoco será posible, por vía analógica, ampliar el número de privaciones a que se encuentre sometido, o hacer más duras las condiciones de las mismas.*

Se entiende, así, que lo no prohibido está permitido; pero —además— que tampoco puede prohibirse lo que no venga exigido por la estricta finalidad de la norma. Un sistema penitenciario, en estas condiciones, haría verdadero (sin necesidad de proclamar expresamente), el calificativo tópico de humanitario.

Lo anterior no está en contradicción con la necesidad de autoridad y disciplina (incluso severas), dentro de las instituciones penitenciarias. Los reclusos no sólo tienen derechos, sino también obligaciones; pero tanto unos como otras han de desarrollarse, y ejercerse, por los cauces preceptuados por el Derecho, cuyas lagunas han de integrarse sobre la base de que lo no prohibido, en última instancia, está permitido.

b) *La Administración penitenciaria es un servicio público civil y no militar.* (Posición que mantuvo, siempre, en todas sus explicaciones de Cátedra el inolvidable maestro Piña y Palacios). Si el régimen penitenciario es el escalón ejecutivo de una función netamente civil como es la judicial, en buena lógica ha de participar de esta misma característica. *En consecuencia, ha de estar servida por funcionarios civiles y no militares.*

Totalmente cierto que, en el siglo XIX, fueron servidas por militares las plantillas de presidios, prisiones, cárceles y penitenciarías (y justo consignar que, en ocasiones, realizaron una brillante y meritoria labor). Pero la profesión de militar (ni más ni menos digna que cualquier otra), al tecnificarse, extraordinariamente, en nuestra época la predispone muy poco para estos menesteres. Hay un mundo de diferencia (señala Bueno Arús),³² entre un cuartel y un establecimiento penitenciario, y la diferencia aún habría de ser más acentuada, si en estos últimos se desarrollara el régimen que el auténtico concepto y finalidades de las penas privativas de libertad requieren.

Los directores y el personal de los establecimientos penitenciarios han de tener, deben tener la cualidad de funcionarios de la Adminis-

³² BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, Madrid, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, p. 127.

tración civil del Estado. Y en este sentido se pronunció el Congreso de las Naciones Unidas de 1955, al sostener que el personal penitenciario deberá tener carácter civil, y que se deberá seleccionar especialmente al personal, el cual no deberá ser constituido con miembros procedentes de las fuerzas armadas, de la policía o de otros servicios análogos. Pero lo anterior no ha de ser obstáculo para la exigencia de un sentido de la disciplina en las relaciones internas entre los funcionarios penitenciarios más acusado si se quiere, que en los restantes ramos de la Administración civil.

Preciso resulta resaltar la necesidad de una selección adecuada y de una formación profesional específica de los funcionarios, que han de integrar el personal de los Cuerpos penitenciarios; selección a comenzar ya desde las condiciones requeridas para el ingreso, que —si en ciertos niveles puede satisfacerse con una cultura general o elemental— es obvio, en otros grados, deberán exigirse titulaciones acordes con las actividades pertinentes al desarrollo de la ejecución de las penas; juristas, psicólogos, sociólogos, pedagogos, psiquiatras, maestros de taller, trabajadores sociales, etcétera, son todos necesarios dentro de las prisiones. Incluso es conveniente la contratación o adscripción temporal de técnicos o especialistas en la medida en que sus servicios puedan resultar necesarios o aconsejables.

c) Una política penitenciaria ha de ser, sobre todo, realista. Ha de elegir, *entre las posibilidades existentes de hecho*, la que parezca más adecuada a la finalidad perseguida.

Afirmar, en la medida de lo posible, la coherencia entre teóricos y prácticos no sólo es conveniente sino necesario; la discordancia siempre es negativa para todos, para la sociedad, para los ciudadanos individualmente considerados, y desde luego para el justiciable. Más eficaz resulta olvidarse de paraísos imposibles, y atenerse a lo que la realidad ofrece (establecimientos, funcionarios, recursos económicos del país, etcétera), para —modesta pero tenazmente— ir construyendo, diariamente, los cimientos de un régimen penitenciario menos corruptor que el anterior, hasta que, finalmente, se puedan ensayar tratamientos de reforma, por parcelas (delincuentes primarios, menores, anormales mentales), o de conjunto.³³

El régimen penitenciario de cualquier país ha de ser adecuado a la orientación actual de la finalidad de la pena en el mismo círculo político-

³³ BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 128.

social. Y esta conclusión es válida tanto desde el punto de vista de política criminal como desde el ángulo estrictamente técnico-jurídico.³⁴

Al hablar de la pena de privación de libertad se emplean reiteradamente los mismos tópicos: prevención especial, reforma, reeducación, resocialización, etcétera, pero, a la hora de la verdad, ni el pueblo, ni los especialistas, ni los legisladores, ni los propios teóricos siquiera, se olvidan de la expiación o retribución, ni de la prevención general (intimidación, terror), ni aun de ese viejo residuo histórico, irracional, de venganza, que todavía permanece en el subconsciente de nuestra condición de hombres civilizados, y aflora a la superficie a la menor oportunidad.

Pero no podemos renunciar tan fácilmente a las conquistas de nuestra civilización. La lucha en pro del Derecho ha de concretarse (en lo que a nuestro tema se refiere), en el combate por la transformación real de la pena en ese tratamiento reeducador de los delincuentes en que, idealmente, hace ya largo tiempo se ha convertido, al menos en los textos de los pensadores y en las exposiciones de motivos de las leyes.

Sin perjuicio de conservar penas severas (o medidas de seguridad de larga duración para incorregibles), la pena, en los códigos y en la práctica, se ha de orientar decididamente hacia la resocialización de los sometidos a ella, esto es, hacia su reforma moral y su readaptación social. El objetivo será difícilmente conseguible, por eso se requiere de un esfuerzo tenaz y sostenido. Para mejora no sólo de los sancionados sino de los propios sancionadores. Esfuerzo orientado, también, a reducir el inmenso despilfarro que, para los Estados contemporáneos (tan agobiados de cargas económicas), supone el lujo del mantenimiento de una organización —para la ejecución de las penas de prisión— ineficaz y corruptora.

No deja de reconocer lo anterior que, sea cual sea la forma en que se ejecute, la pena constituirá siempre un sufrimiento para el reo (desgraciadamente, no sólo para él), y una advertencia severa para el resto de los habitantes. Por ello, la finalidad que debe guiar, de modo exclusivo, nuestros afanes es la prevención especial (reforma); las demás finalidades de la pena se nos darán solas por añadidura.

e) La vieja doctrina de la división de poderes estatales ha llegado a nosotros en una evolución insatisfactoria para el poder judicial. A este efecto, señala Bueno Arús,³⁵ que (en tanto la plenitud de auto-

³⁴ BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 129.

³⁵ BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 130.

nomía de los poderes legislativo y ejecutivo parece casi axiomática), el poder judicial mantiene una conexión tan intensa con el ejecutivo (en una serie de aspectos), que su libertad de acción aparece verdaderamente mediatizada. Quizás ello no ocurra en el aspecto más "visible" de la función judicial, es decir en el acto de sentenciar, pero si sucede (y en considerable medida), a los efectos de la ejecución de las penas, actualmente de modo casi absoluto en manos de la esfera administrativa.

La idea de que la ejecución de las penas debiera corresponder al sector de la actividad estatal competente para aplicarlas, parece lógicamente fundamentada. La absoluta jurisdiccionalización o judicialización de las penas es una aspiración de los integrantes del poder judicial, al mismo tiempo que una razonable exigencia de la total independencia del mismo respecto de las injerencias del poder ejecutivo.

Pero, refiriéndonos a los países latinoamericanos, una reforma de esas características tendría excesiva envergadura como para no producir trastornos y desajustes políticos de muy difícil (e incluso imprevisible), solución.

Se impone, pues, y a la vista de las señaladas circunstancias, un camino más moderado (también de horizontes apetecibles), consistente en la intervención judicial en la ejecución de las penas de privación de libertad. La gestión de los servicios penitenciarios puede continuar en manos de la Administración (a través de instituciones y funcionarios especializados), pero bajo una inspección o supervisión judicial, que asegure el cumplimiento de las leyes y reglamentos sobre la materia, y al propio tiempo venga a incrementar el número de garantías protectoras de los derechos del reo. Esta es la tesis de buena parte de especialistas, penalistas y jueces (dirección apuntada en México por el doctor García Ramírez), a la que suelen oponerse los funcionarios de carácter administrativo.

Realmente sólo una intervención judicial (más o menos amplia, según cada país), en el régimen penitenciario es susceptible de garantizar (en la medida de lo posible), el cumplimiento de la legalidad inherente al campo de acción del Derecho Penal. La inspección de los servicios administrativos penitenciarios no puede realizarse, no debe realizarse, por servicios de la misma naturaleza. La razón es bien sencilla, ¿porque quién custodia a los custodios? Lo más acertado es que esa labor de vigilancia sea ejercitada por personas u organismos ajenos a la propia Administración, y debe reconocerse que nadie mejor que los titulares de la función judicial para ello.

Por otro lado, la indeterminación de las penas (que, por moderada que sea, es una realidad patente en el ordenamiento jurídico-punitivo

de los países más adelantados), torna indecisos y casi borrosos los límites entre las zonas de aplicación y ejecución de la pena, ligándolas de tal manera que la competencia del Juez, no discutida por nadie respecto de la primera, ha de hacerse también extensiva a la segunda.³⁶ Pero la institución del Juez de ejecución de penas necesita de dos requisitos insoslayables: a) la formación criminológica de los funcionarios encargados de ella; b) la absoluta separación entre los organismos judiciales civiles y penales.

Así, en España la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979, crea la figura del "Juez de Vigilancia", cuya misión según el artículo 76 es: *hacer cumplir* la pena impuesta; *resolver* los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en las leyes y reglamentos; *salvaguardar* los derechos de los internos y *corregir* los abusos y desviaciones que —en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario— puedan producirse. *Asimismo conocerá* de las peticiones, quejas o recursos en materia de tratamiento, en cuanto afecte a los derechos fundamentales y beneficios penitenciarios de los internos.

f) En cuanto a la conveniencia de encaminarse hacia nuevos derroteros es necesario ponderar cuidadosamente los pasos a dar; así se viene hablando insistentemente de la crisis de la pena de prisión; se propone su sustitución por otras medidas más adecuadas para el cumplimiento de finalidades que el ordenamiento punitivo ha descuidado tradicionalmente (la reponsabilidad civil, el resarcimiento de los daños causados por el delincuente, la reintegración de las situaciones jurídicas quebrantadas por el hecho delictuoso, etcétera).

Evidentemente nos hallamos ante orientaciones serias, que afectan a problemas esenciales, y dignas de la mayor atención, pero el avance ha de hacerse, es decir debe hacerse, tras la constatación científica de toda la problemática inherente, antes de su recogida y plasmación en el ordenamiento jurídico, con el carácter coactivo propio de la norma. En concreto, son necesarios los tanteos previos, y ese tantear es una de las manifestaciones más genuinas de la política.

³⁶ BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, p. 131.

II. CAPÍTULO SEGUNDO

1. *Problemática de la autonomía del Derecho Penitenciario*

Es cuestión sumamente debatida la de la posible autonomía del llamado Derecho Penitenciario, personalmente estimamos que la discusión no tiene tanta relevancia como se le ha pretendido dar (y esto es frecuente en muchos temas del Derecho), pues lo interesante no es tanto su autonomía o dependencia como rama jurídica, sino su eficacia en el cumplimiento de sus fines concretos y específicos. No obstante lo anterior, resulta conveniente señalar (eso sí brevemente), las distintas posiciones al respecto.

Minoritariamente, hay autores, como Novelli,³⁷ que consideran que el Derecho Penitenciario es autónomo dentro del ordenamiento jurídico general; pero la mayoría entiende que forma parte del Derecho Penal (sustantivo o adjetivo), o del Derecho Administrativo; junto a ellos hay también autores (como el maestro Jiménez de Asúa),³⁸ que ni siquiera lo categorizan como Derecho.

Precisamente Bernaldo de Quirós,³⁹ en función del problema de su autonomía, señala que, como quiera que sea, queda siempre firme el punto de partida, que presenta al Derecho Penitenciario como una dependencia del Derecho Penal, considerado éste en toda su amplitud y su conjunto.

Y expresa gráficamente su pensamiento: se puede decir que el Derecho Penitenciario es un capítulo, una sección, una parte, una división del Derecho Penal; esta división comienza (bajo la rúbrica general de Derecho Penal), inmediatamente después, a continuación de la parte del Derecho Penal dedicada a la aplicación de la pena.

Hasta ahí llega el Derecho Penal propiamente dicho; hasta el momento en que los jueces firman la sentencia (absolutoria o condenatoria), y —en este último supuesto— fijando las penas correspondientes al delito, según los términos legales.

El Derecho Penitenciario, recogiendo el fallo condenatorio, tal como es (sin poder alterarlo en lo más mínimo), atiende después a la ejecución de la pena.

³⁷ NOVELLI, "La autonomía del Derecho Penitenciario", en *Revista Penal y Penitenciaria*, Buenos Aires, julio-diciembre de 1943.

³⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, tomo I, 3a. ed., Buenos Aires, Edt. Losada, 1964, pp. 68 y ss.

³⁹ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, Imprenta Universitaria, México, 1953, pp. 9, 10, 11.

Pero quizás resulte necesario, en aras del posible esclarecimiento de la cuestión, hablar algo en relación al sentido de la expresión autonomía jurídica. Señala Bueno Arús⁴⁰ (citando las explicaciones de cátedra del maestro Alonso Olea, curso 1955-56, Universidad de Madrid), que existen dos clases de autonomía: autonomía por razón de las fuentes (*llamada de primer grado*), y autonomía por razón de la materia regulada (*denominada de segundo grado*).

Y añade que siendo las fuentes —por regla general— comunes a todos los sectores del ordenamiento jurídico, es la especialidad de la materia regulada la que ha de darnos la pauta para distinguir unos sectores de otros. Ciertamente, los adjetivos que se utilizan para denominar las diversas parcelas del ordenamiento jurídico (civil, penal, administrativo, laboral, mercantil, fiscal, etcétera), nos están indicando que la diferenciación es de naturaleza material.

La pregunta se impone, ¿es especial la materia regulada por el Derecho Penitenciario? No se puede ser rigorista en la respuesta en función de las autonomías jurídicas (como advierte Alonso Olea).

No hay compartimentos estancos, separaciones tajantes, entre los sectores o ramas del ordenamiento jurídico, pero suele haber una materia (un tipo de relación o una serie de relaciones jurídicas), específica o más intensamente regulada por cada uno de ellos, sin perjuicio de reflejos o conexiones con los demás sectores.

Enfocada desde este punto de vista, podría estimarse que la regulación de la ejecución de las penas privativas de libertad representa —de suyo— una materia propia y diferente de las constitutivas del objeto de los Derechos comúnmente conocidos.

Ahora bien, si el rigorismo es rechazable, también lo es la facilidad acomodaticia, ya que ésta nos llevaría a reconocer "autonomías" en la regulación de cada instituto jurídico. Ya sabemos que se habla de Derecho Aeronáutico, Derecho de la Circulación, Derecho Económico, etcétera. Pero estas denominaciones sólo pueden justificarse, si las consideramos como meras formas de facilitar la exposición didáctica de la normativa referente a estas cuestiones, cualquiera que sea el sector del ordenamiento jurídico, a que materialmente pertenezcan dichas normas. Cabría preguntarse si éste es el caso del Derecho Penitenciario.⁴¹

⁴⁰ BUENO ARÚS, FRANCISCO, "Sobre la Autonomía del Derecho Penitenciario", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, Madrid, núm. 741, 25 de julio de 1967.

⁴¹ BUENO ARÚS, FRANCISCO, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, pp. 121-122.

Para Sergio García Ramírez,⁴² al no haber en México Juez ejecutor de penas, y al ser mínima (si no nula), la intervención judicial en procedimientos posteriores a la condena, y tener la intervención acusadísima rasgos administrativos frente a los jurisdiccionales, no ha prosperado la tesis procesalista del Derecho Penitenciario.

Sin embargo, la solución —en torno a la autonomía del Derecho Penitenciario— no puede ser tajante. Los penalistas suelen adscribir el Derecho Penitenciario al Derecho Penal, del que entienden constituye una parte, concretamente aquella consagrada a regular la ejecución de las penas, y singularmente de la de privación de libertad. Frente a ellos, los administrativistas opinan que —siendo la ejecución de las penas competencia de la Administración— los preceptos reguladores de la misma vienen referidos a uno de tantos servicios públicos y son de naturaleza administrativa.

No se trata, no puede tratarse, de dar la "razón" a tontos o troyanos, sino de matizar cuidadosamente. En la ejecución de las penas existen dos aspectos fundamentales: *el cumplimiento de las mismas*, a lo largo del periodo fijado por los Tribunales, *y el tratamiento*, "régimen de vida", impuesto al condenado durante ese periodo por el Estado, a través de la Administración.

Dicho de otra forma, el *quantum* y el cómo de la ejecución de la pena, de los que el primero está regulado por el Derecho Penal, y el segundo por el Derecho Administrativo. Basta examinar el Código Penal, y ordenamientos procesales penales para el Distrito Federal y el Federal, así como la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados de 1971 (con sus varias modificaciones), para darnos cuenta de lo anterior.

Hay, pues, en nuestro derecho positivo, y en lo referente a la materia penitenciaria, dos tipos de regulaciones: *normas penales* (referidas a la duración de las penas), *y normas administrativas* (referentes a los procedimientos de ejecución). Ello comporta (y esto es sobremodo importante), una doble relación jurídica entre el condenado y el Estado, que tiene —cada una— su regulación propia y su propio sistema.

Pero, aun así, esta doble procedencia y calificación de los preceptos constitutivos de la legislación penitenciaria no es un dato decisivo a favor o en contra de la pretendida autonomía. Hay otras disciplinas jurídicas (cual es, por ejemplo, el Derecho Laboral), en que existen normas procesales, administrativas, e incluso civiles y penales, y se

⁴² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, 1975, pp. 32-33.

admite su autonomía, pero —en el caso del mencionado Derecho del Trabajo— hay una jurisdicción propia (autonomía formal), que obviamente contribuye a dotar de incuestionable especialidad al sistema normativo social. Esta atributabilidad jurisdiccional no se da en materia penitenciaria, donde Tribunales y Administración marchan si no cada uno por su lado, en términos absolutos, sí plenamente distanciados en cuanto a la ejecución de las penas.

Lo anterior contribuye indudablemente,⁴³ a ser un factor negativo en referencia al reconocimiento doctrinal de la autonomía del Derecho Penitenciario; pero ello no obsta para la conveniencia, no sólo a fines didácticos de claridad y sistematización, del estudio conjunto de cuantas normas y preceptos se refieran a materia penitenciaria, ya que evidentemente existe una interacción entre todas las disposiciones, que —en cierto modo— se condicionan y complementan.

Pero nada de lo anterior justificaría una toma de posición definitiva en la cuestión que se viene exponiendo. Todo lo dicho no impide la resolución del problema con la utilización de la rúbrica general de Legislación Penitenciaria, considerada en armonía conjunta y con sus distintos aspectos penales y administrativos; entendemos que estos acaloramientos terminológicos no deben ser obstáculo para el uso de la expresión Derecho Penitenciario (si así se prefiere), siempre que se tenga en cuenta, que en este caso, su utilización tendría el mismo alcance de Derecho Aeronáutico, Derecho de la Circulación, etcétera.

Pero el problema verdadero radica en si esto, realmente, debe ser así. La regulación normativa de los condenados, sometidos a la doble relación, ya señalada, con el Estado, se constituye en fuente inacabable de conflictos no resueltos ni doctrinal ni legislativamente, y con la lamentable secuela de ocasionar, al reo, una casi absoluta (por no decir absoluta), falta de certeza jurídica, lo cual, además de inhumano es también anticonstitucional.

¿Cuál podría ser la solución de este último problema, que es el fundamental? Pues los pasos a dar serían los siguientes:

a) Perfecta delimitación de las atribuciones entre Tribunales y Administración.

b) Una vez realizada la anterior decantación de atribuciones entre Tribunales y Administración penitenciaria, ver la conveniencia práctica del establecimiento de una Jurisdicción Penitenciaria (de hecho, esto ha ocurrido ya, en mayor o menor medida, en Italia, Francia, Polonia, Alemania, España, etcétera). Ya hemos referido el caso del "Juez de

⁴³ BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 124.

Vigilancia" en España, y de parecida forma en Italia con el denominado "giudice di sorveglianza".

c) De no adoptarse lo anterior, atribuir la gestión de los establecimientos penitenciarios al poder judicial, penal, para que los dirijan.

Tras lo expuesto, cabría plantearse, con propiedad, la autonomía del tan traído y llevado Derecho Penitenciario, como muy bien afirma Bueno Arús,⁴⁴ no vayamos a caer en el intolerable fariseísmo de enfrascarnos en bizantinas discusiones teórico-doctrinales, y mientras la población penal padezca un régimen inadecuado y vejatorio.⁴⁵

2. Delimitación de su ámbito en relación a otras disciplinas

El Derecho Penitenciario encuentra su límite en los textos constitucionales, concretamente en México su parcela está perfectamente delimitada por el artículo 18 constitucional. No puede ir más allá de lo establecido en el precepto señalado.⁴⁶

De la misma forma (nos indican Cuevas Sosa y García de Cuevas), está limitado por el Derecho Penal, ya que no puede traspasar el contenido y finalidad de la pena.

Otro límite (siguen diciendo los autores indicados), se encuentra en el Derecho Procesal Penal, ya que debe seguir a la pena en la determinación establecida por el derecho punitivo sustantivo y adjetivo, aplicando concretamente la pena o la medida de seguridad, respetando la sentencia condenatoria dictada por el juez.

Y añaden (en aclaración de lo anterior), que nuestro Código Penal para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal, establece penas y medidas de seguridad. Las medidas de seguridad tienen carácter reglamentario, adoptan un contenido unitario de sanción, en el sentido de que son complementarias.

Además, en los últimos años, ha surgido un movimiento doctrinal que pretende la adopción de un interés unitario, en el sentido de que la pena se aplique a personas capaces y las medidas de seguridad a los incapaces; el Código Penal sustantivo confiere a los jueces facultades de aplicación ejecutiva de penas y medidas de seguridad (señalan los reiterados autores).

⁴⁴ BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 124 *in fine*.

⁴⁵ MATA TIERZ, J. M., "Intervención judicial en el cumplimiento de las penas de privación de libertad", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núms. del 15 y del 25 de abril de 1965, Madrid.

⁴⁶ SOSA CUEVAS, Jaime y GARCÍA DE CUEVAS, Irma, *Derecho Penitenciario*, México, Edt. Jus, 1977, pp. 23-24.

Dado que —en la actualidad— la pena (a diferencia de épocas pasadas), está enfocada a la prevención individual, y las medidas de seguridad tienen como finalidad la reeducación del sancionado, esta situación es tomada como base por la tendencia unitaria, unificadora de las penas y de las medidas de seguridad considerando que ambas tienen la misma finalidad. Cuevas y García de Cuevas se pronuncian a favor de esta postura. Tanto la pena como la medida de seguridad deben tener la finalidad de la readaptación social del justiciable, una (la pena), cuando se ha cometido la infracción, otra (la medida de seguridad), con un marcado y estricto carácter preventivo, razón justificadora del abandono de la distinción.

Naturalmente, el Derecho Penitenciario tiene una afinidad obvia con la ciencia penitenciaria que se avoca al estudio de los distintos sistemas penitenciarios. Y también con la llamada técnica penitenciaria enfocada a la actividad del órgano penitenciario, cuya actuación es de singular relevancia en orden a la deseada eficacia.

También expresan los Cuevas,⁴⁷ que el Derecho Penitenciario utiliza el auxilio de ciencias como la Psicología jurídica, la Sociología criminal, la Antropología criminal, la Psiquiatría criminal, etcétera, que constituyen un importante cuadro para obtener la finalidad pretendida, es decir, la readaptación social del sentenciado, y de las cuales los llamados operadores penitenciarios deben tener vastos conocimientos para el acertado desempeño de sus funciones.

Terminando por concluir que el Derecho Penitenciario y la Criminología se complementan. Las dos disciplinas persiguen la readaptación social de los comitentes de los delitos.

Malo Camacho,⁴⁸ por su parte, indica que, de acuerdo con el artículo 18 constitucional, piedra angular del Derecho Penitenciario en México, la pena se dirige a la readaptación social del individuo mediante la capacitación para el trabajo, el trabajo mismo y la educación. Límite, pues, en su maximización, marcado por el supremo texto legislativo nacional.

En cuanto a otras disciplinas, el Derecho Penitenciario, señala, está conectado con el Derecho Penal sustantivo y con el procesal, en cuanto (entiende Malo Camacho), son ramas jurídicas, todas ellas correspondientes a las ciencias normativas.

Respecto del Derecho Penal material, ya que éste regula la normatividad determinativa de los delitos y de las penas aplicables a los

⁴⁷ CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 24 *in fine* y 25 *ab initio*.

⁴⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual de Derecho Penitenciario*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Secretaría de Gobernación, 1976, pp. 12-13.

infractores, mientras que el ordenamiento penitenciario normativiza regulativamente la forma de ejecución de las penas, lo que interrelaciona ambas ramas de tal modo que, realmente, una comienza donde la otra termina.

Referente al Derecho Penal procesal (sigue Malo Camacho) éste fija la forma y el procedimiento mediante el cual es posible determinar cuándo un individuo es autor de un delito, y por tanto susceptible de ser punibilizado con una sanción, lo que constituye a la rama procesal penal en materia ubicada entre la penal sustantiva y la propiamente penitenciaria; así, una señala el delito y la pena, otra la forma de determinación de la responsabilidad penal del individuo, y la última, la penitenciaria, establecerá el método de ejecución de la pena.

En resumen (dice Malo Camacho),⁴⁹ que la esfera de conocimiento de cada una de ellas se advierte estrechamente relacionada, pero al mismo tiempo independiente.

Con relación a la Penología y a la Criminología, entiende Malo Camacho que estas dos son de carácter ontológico, se trata, pues, de ciencias fenoménicas, a las que interesa —en primerísimo término— la realidad social en sí, y consecuentemente no están delimitadas por el marco jurídico.

La Penología (expresa Malo Camacho),⁵⁰ estudia las penas en general, por lo que —en este aspecto— coincide con el Derecho Penitenciario, que también las estudia a través del marco legal, por lo que es obvia la íntima relación entre ambas. En cierta forma (asevera el autor citado), entre Penología y Derecho Penitenciario existe una relación de género a especie, en la que el Derecho Penitenciario es una especie del género Penología. El estudio penológico es más amplio y puede servir de base a modificación de las disposiciones o creación de otras nuevas, y —en este sentido— sólo estará creando derecho penitenciario.

Cosa parecida, al decir de Malo Camacho, ocurre con la Criminología por lo que hace a su relación con el Derecho Penitenciario. En cuanto la Criminología estudia al hombre delincuente, según el penitenciarista mexicano, estos fenómenos sociales inciden en el campo legislativo y de ahí su relación con el Derecho Penitenciario. Terminando por afirmar sus relaciones, y sus diferencias, con el Derecho Administrativo, el llamado por él Derecho preventivo, la Criminalística, la Medicina legal, etcétera.

⁴⁹ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 13.

⁵⁰ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 14-15.

Tras sentar que la Criminología se ocupa de estudiar los diversos medios de represión y de prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), y especialmente de su ejecución y de la actividad postpenitenciaria, Cuello Calón⁵¹ indica que el estudio de las penas y de su ejecución también suele designarse con el nombre de Ciencia Penitenciaria (denominación que, durante años, estuvo reservada para el estudio de las penas privativas de libertad).

Pero, posteriormente (sigue diciendo el fallecido maestro hispano), su campo se ha ensanchado grandemente hasta comprender todas las instituciones postcarcelarias.

Como se ve (continúa Cuello Calón), tan amplio contenido rebasa, con mucho, el calificativo de penitenciario. La ciencia penitenciaria (si se quiere una correspondencia entre nomenclatura y contenido), no puede extender su actividad más allá del estudio de la organización y el funcionamiento de aquellas penas orientadas al único fin de la corrección del delincuente. Según Cuello Calón las restantes penas (privación o limitación de derechos, pecuniarias, etcétera), son por completo ajenas a la ciencia penitenciaria, cuyo campo estima de más estrechos límites. Y termina por afirmar que la ciencia penitenciaria vendría a ser una parte importante, pero parte al fin, de la Penología.

En el concreto tema del Derecho Penitenciario, el citado juspenalista señala que más que esta expresión sería propia la de Derecho de ejecución penal, pero que, para su definitiva autonomía como rama jurídica, para su perfecta delimitación y decantación de otras ramas, necesario resulta sistematizar previamente toda la legislación relativa a la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad en un Código que podría llamarse de Ejecución Penal, citando el acuerdo adoptado en el Tercer Congreso de Derecho Penal (Palermo, abril de 1932), que reconocía la autonomía del Derecho Penitenciario, pero dada su todavía etapa elaborativa (especialmente en lo referente a las medidas de seguridad), se limitó a recomendar una sistematización jurídica de la ejecución penal.⁵²

Nosotros entendemos que la determinación del objeto de una ciencia, en nuestro caso la relativa al Derecho Penitenciario, requiere que, previamente, sepamos el criterio científico para delimitarla. Y lo entendemos

⁵¹ CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho Penal*, t. I, vol. II, Barcelona, Edt. Bosch, 17a. ed. 1975, pp. 794 a 798.

⁵² CUELLO CALÓN, Eugenio, *La Moderna Penología*, Barcelona, Edt. Bosch, 1958, Capítulo III.

mos así, porque precisamente el objeto de esa ciencia resulta necesario para su debida ubicación (en este caso, dentro de las distintas ramas jurídicas), diferenciándola o entrelazándola con otras.

¿Pero qué supone lo científico? Aunque no en directa relación con nuestra disciplina, sí nos parece adecuado el concepto de lo científico que nos da Lucien Séve,⁵³ ya que se trata de una noción de carácter universal, de aplicación a cualquier área de la ciencia.

El autor francés nos dice que se trata de una definición, "por la cual se capta con exactitud la esencia propia de su objeto; y, ligado a esta definición, el método adecuado para estudiar ese objeto".

Son —pues— conceptos básicos a través de los cuales se expresan los principales elementos y especialmente las contradicciones determinantes de esa esencia, "órganos que permiten buscar con posibilidad de éxito las leyes fundamentales de desarrollo del objeto estudiado y conducir, por ahí (debido a que éste depende de esta ciencia) a dominarlo en la teoría y en la práctica, lo que constituye el fundamento de toda empresa científica".

Lo anterior puede ser perfectamente relacionado con nuestra materia, en cuanto nos sirve para esclarecer su objeto. Y es —precisamente— Novelli, el rabioso defensor italiano de la autonomía del Derecho Penitenciario,⁵⁴ quien nos señala cuál es el contenido del mismo, al decirnos que este conjunto de normas se refieren a las condiciones de la ejecución, modificaciones y extensión de la relación punitiva; a los sujetos y objeto de la ejecución, a la tutela de los derechos y de los intereses de los condenados, a la finalidad de la ejecución y a las modalidades para realizarla.

Dicho conjunto (afirma Novelli), constituye el Derecho Penitenciario como rama jurídica autónoma, perfectamente diferenciada de las demás. En el mismo sentido, se pronuncia otro autonomista italiano, Siracusa.⁵⁵

Por su parte Bernaldo de Quirós,⁵⁶ puntualiza que el objeto nuclear o central del Derecho Penitenciario son las por él llamadas penas centripetas de libertad, o —más claramente— las penas de clausura, las de prisión, señalando que la ejecución de las otras clases de penas que-

⁵³ SÉVE, Lucien, *Marxisme et théorie de la personnalité*, Paris, Editions Sociales, 1969, pp. 34-35.

⁵⁴ NOVELLI, "L'autonomia del diritto penitenziario", en *Riv. di diritto penitenziario*, Roma, enero-febrero, 1933, p. 18.

⁵⁵ SIRACUSA, "Sintesi di diritto penitenziario", en *Riv. di diritto penitenziario*, Roma, 1934, pp. 18 y ss.

⁵⁶ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, p. 11.

daría sólo en la zona periférica del mismo, que —por ello— se entiende puede ser tratada con menor amplitud.

Y marcando su delimitación con el Derecho Penal, el maestro agrega que éste unas veces absuelve, y otras condena. El supuesto de absolución hace desaparecer toda posible relación con el Derecho Penitenciario. Pero la condena (prácticamente cuando concluye la misión punitiva) hace que se desprenda del condenado, al que no vuelve a ver "sino a través de las raras y pálidas visitas carcelarias que cumplen los jueces (verdaderos órganos del Derecho Penal), como un deber accesorio".⁵⁷

Por contra el Derecho Penitenciario entra en su zona nuclear o central (que es la más típica suya), desde el instante en que recibe al condenado; sabe que ha de devolverlo a la sociedad y (bajo la presión de la hora de la libertad), entiende que ha de hacerlo en condiciones mejores de las que lo recibió.

De otro lado, el tránsito del ambiente judicial al penitenciario modifica también el sentido de la pena (que experimenta una especie de refracción transformadora). El Derecho Penitenciario (al que interesan menos las sutilezas doctrinales de los juristas), que está expuesto al influjo de la opinión pública, de los medios de comunicación social, de las instituciones de patronato, de las asociaciones de beneficencia, de los puntos de vista de los pedagogos y los médicos, y de un largo (cada vez más largo), etcétera, tiene, debe tener, de la pena un concepto más humano, un sentido más liberal (manifestado, según Bernaldo de Quirós, a cada momento), no obstante el deber de acatamiento a los preceptos penales, tal como los recibe de las leyes punitivas; sintetizando: se trata de un derecho más ágil, más flexible si se quiere, que el Derecho Penal.

Convendría acabar este apartado, citando las esclarecedoras palabras del ilustre maestro italiano Giovanni Leone,⁵⁸ Profesor Ordinario de la Universidad de Roma, y Presidente, que fue, de la República Italiana.

El estudioso itálico viene a decirnos que, frente al autor de un delito, se configura el derecho subjetivo a castigar del Estado, derecho que el Estado podría ejercitar por su cuenta. Pero (al incidir tal derecho en la esfera de la libertad del individuo), tratándose de organizaciones civiles y evolucionadas, el Estado se autolimita y pide a la jurisdicción la declaración de certeza de la existencia de ese derecho.

⁵⁷ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, pp. 13, 14.

⁵⁸ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. III, trd., de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1963, pp. 471, 472, 473.

Mediante la sentencia de condena (declaratoria, precisamente, de la certeza de ese derecho), el Estado entra en la plenitud del ejercicio del derecho de castigar.

Tras dejar establecido lo anterior, Leone enfoca la conceptualización de la ejecución penal, que afirma está constituida "por aquel conjunto de actos necesarios para la concreta actuación de la sanción, que se encuentra contenida en una sentencia que es de condena".

Y añade, que —sobre el problema del carácter de la ejecución— es decir, si se trata de un instituto que entra en el Derecho Penal sustancial, o en el Derecho Procesal Penal, o en el Derecho Administrativo, entiende que dicho instituto hunde sus raíces en tres sectores distintos.

En lo referente a la vinculación de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra en el derecho penal sustancial; en lo relativo a la vinculación con el título ejecutivo entra en el derecho procesal penal; y respecto de la actividad ejecutiva, verdadera y propia, entra en el derecho administrativo.

Y resume su pensamiento: la remisión a una presencia e inmanencia de la función jurisdiccional, en la ejecución, no puede inducir a asignar carácter jurisdiccional a la ejecución; ya porque su derivación del acto jurisdiccional no le imprime ningún carisma particular (tan es así, señala Leone, que en lo civil la ejecución no varía, según que el título ejecutivo emane del juez o de un acto entre particulares), ya porque la intervención efectiva y actual de la jurisdicción se da solamente en casos determinados y explícitamente enucleados (incidentes de ejecución y providencias del juez de vigilancia, que existe, como ya hemos señalado, en Italia).⁵⁹

Leone remacha diciéndonos que la misma presencia del juez de vigilancia (bajo cuya fiscalización se desarrolla la ejecución), y la posible intervención direccional del ministerio público no pueden influir en la determinación de la naturaleza jurídica de la ejecución; según Leone, en realidad, el juez de vigilancia no incide directamente en la ejecución, y el ministerio público (especialmente en el ámbito ejecutivo), es más bien un órgano administrativo.

En el fondo, Leone reconduce el problema del Derecho Penitenciario a su primitivo estadio inicial, es decir, su autonomía, sus límites, su propia naturaleza jurídica están enraizados en tres sectores diversos: penal sustantivo, procesal penal, y administrativo, como muy bien decía

⁵⁹ LEONE, Giovanni, *Tratado*, t. III, ya citado, p. 473.

el maestro Piña y Palacios,⁶⁰ por muchas vueltas que le demos hay una realidad insoslayable: toda la problemática penitenciaria (incluida la de su propia existencia como rama jurídica independiente), es hija de la sentencia, he ahí su auténtica dimensión.

3. *Noción del Derecho Penitenciario*

García Ramírez,⁶¹ de acusado matiz autonomista, lo conceptúa como "conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas privativas de libertad"; y señala que se ha producido el alzamiento de una "cada vez mejor trabajada pirámide".

La base de ella se encuentra en el artículo 18 constitucional, del mismo se deduce la legislación secundaria, trátase de la Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (vigente en la escala federal y en el Distrito Federal) o bien de las leyes locales equivalentes. Vienen luego (sigue García Ramírez), los reglamentos carcelarios (generales o particulares), además de otros instrumentos que coinciden en la preocupación ejecutiva y que poseen rango subalterno. Y —finalmente— las decisiones administrativas. A lo que hay que agregar los tratados internacionales que (para fines de ejecución de penas), celebre o haya celebrado la República.

Bueno Arús,⁶² entiende por Derecho Penitenciario "el conjunto de normas jurídicas que regulan la aplicación o la ejecución de las penas privativas de libertad". Y añade que el hecho de que se trate de normas jurídicas impide toda confusión con la extensa serie de reglas de tipo técnico o artístico que disciplinan, también, la ejecución de las penas de privación de libertad. Estas otras reglas (según el citado autor), constituyen la denominada, en sentido laxo, Ciencia Penitenciaria.

Arturo Rocco,⁶³ lo define (él lo llama Derecho Ejecutivo), como "un conglomerado de normas de derecho penal, de procedimiento penal y de derecho administrativo, conjuntamente unificadas en razón de la materia regulada".

La definición de Rocco, a nuestro parecer, esencializa con claridad la triple normatividad integrante del Derecho Penitenciario (tal como

⁶⁰ PIÑA Y PALACIOS, Javier, *Explicaciones de Cátedra*, UNAM, División de Postgrado, Curso 1981-82.

⁶¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada*, México, Cárdenas Editor, 1978, pp. 6, 7.

⁶² BUENO ARÚS, Francisco, *Estudios Penales y Penitenciarios*, ya citado, p. 121.

⁶³ ROCCO, Arturo, *Lezioni di diritto penale*, Torino, Bocca Editori, 1932-1933, p. 301.

hoy es entendido), y la razón de materia que las unifica y les da perfil propio y definido.

Malo Camacho,⁶⁴ dice que el Derecho Penitenciario es "el conjunto de normas que regulan la ejecución de las penas y de las medidas de seguridad, impuestas por la autoridad competente, como consecuencia de la comisión de conductas previstas como delitos en la ley penal". Y expresa que la definición aparece acertada, toda vez que se observa acorde con la significación de las palabras penitencia y pena, donde sitúa el origen de la denominación de la rama jurídica.

Sin embargo reconoce que la expresión Derecho Penitenciario es susceptible de crítica por defecto o por exceso. Por defecto, ya que las medidas de seguridad no son, en estricto sentido terminológico, sino precisamente su alternativa de tratamiento. Por exceso, puesto que alguien podría señalar que el Derecho Penitenciario debe ceñirse, en exclusiva, al estudio de las penas privativas de libertad y no a las de otra naturaleza. Y agrega que, por otra parte, también existen otras sanciones, igualmente impuestas por el poder estatal, que —aunque técnicamente no pudieran ser calificadas como penas— representando situaciones privatorias de libertad y necesitando de regulación jurídica, podría entenderse que fueran integradas dentro del Derecho Penitenciario.

En resumen (afirma) el Derecho Penitenciario debe comprender, en su esfera de estudio, a las medidas de seguridad, ya que el ámbito de la materia debe estar dado por el carácter de la penitencia o pena, como reacción jurídica del Estado frente a las conductas antisociales de la delincuencia, y —en base a ello— la expresión pena debe ser entendida en sentido lato (con las alternativas de pena en sentido estricto), aplicada a los sujetos imputables, susceptibles de entender su acción readaptadora, y como medida de seguridad, aplicada en función de la peligrosidad.

Terminando Malo Camacho, al decir que el Derecho Penitenciario sí debe incluir en su objeto de estudio todo tipo de pena y no únicamente las de privación de libertad, ya que (según él), no existe base jurídica para impedirlo. Al mismo tiempo (afirma), por razones obvias, es evidente que la principal atención está centrada, lógicamente, en la pena privativa de libertad, tanto por ser la sanción punitiva por excelencia, como por su misma naturaleza requeridora de amplia y cuidadosa reglamentación.

⁶⁴ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 5-7.

Cuevas y García de Cuevas,⁶⁵ definen el Derecho Penitenciario como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, o sea la relación jurídica que se establece entre el Estado y el interno". Y destacan la gran contribución de la Escuela Positiva italiana al auge y desarrollo del Derecho Penitenciario al convertir al delincuente en el principal protagonista de la criminalidad, modificando la razón y el fundamento de la pena.

Bernaldo de Quirós,⁶⁶ señala que —en la actualidad— recibe el nombre de Derecho Penitenciario "aquél que, recogiendo las normas fundamentales del Derecho Penal (del que es continuación hasta rematarle), desenvuelve la teoría de la ejecución de las penas, tomada esta palabra en su sentido más amplio, en el cual entran hoy también las llamadas medidas de seguridad". Pero advierte que ésta sería una primera definición abreviada, a la que habría que agregarle "y especialmente, de la ejecución de las penas centripetas de libertad y de las medidas de seguridad que implican detención o clausura, equivalentes de aquéllas".

Parece, pues, acertado señalar que estamos en presencia de un conjunto de normas jurídicas reguladoras de la ejecución de las penas, *stricto sensu*, y de las medidas de seguridad.

III. CAPÍTULO TERCERO

1. Fuentes del Derecho Penitenciario en México

Malo Camacho,⁶⁷ comienza por distinguir entre fuentes de producción y fuentes de conocimiento. La diferenciación está tomada de la teoría general de la ley penal (nos parece que de los maestros italianos Grispigni, Manzini y Ranieri),⁶⁸ señalando que son fuentes de producción del Derecho Penitenciario los lugares, donde pueden formarse o producirse las leyes de la materia: El Congreso de la Unión o Poder Legislativo Federal, según los artículos 71, 72 y 73 fracción VI de la Constitución, como fuente de la Ley Federal y de la del Distrito Federal, y los correlativos de las Legislaturas de los Estados, en referencia al respectivo derecho.

⁶⁵ CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 17, 18.

⁶⁶ BERNALDO DE QUIRÓS, Constancio, *Lecciones*, ya citado, pp. 9, 10.

⁶⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 29, 30.

⁶⁸ GRISPIGNI, Felipe, *Corso di diritto penale*, Padova, 1932; Vicente Manzini, *Trattato di diritto penale*, Torino, 1951; Silvio Ranieri, *Manuale di diritto processuale penale*, Padova, 1960.

También son leyes (desde el punto de vista sustancial), las disposiciones reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo, de conformidad con el artículo 89, fracción I de la Constitución. Por tanto tienen, asimismo, este carácter de fuentes de producción el Ejecutivo Federal y los relativos de los Estados respecto a la elaboración de los reglamentos penitenciarios.

En cuanto a las fuentes de conocimiento, son el conjunto de disposiciones legales vigentes en el país (cuyo objeto constituye la materia penitenciaria), concretamente aquellas disposiciones referentes a la ejecución de la pena y medidas de seguridad, en sentido estricto, o bien, todas las disposiciones relacionadas con la privación de libertad, en amplio sentido.

A su vez, Malo Camacho divide las fuentes de conocimiento en:

Leyes penitenciarias generales, disposiciones ubicadas en los ordenamientos específicamente elaborados sobre la materia (leyes de ejecución de sanciones, Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, reglamentos internos de los reclusorios, reglamentos concretos de algún sector de funcionamiento de los reclusorios).

Leyes penitenciarias especiales, disposiciones de orden penitenciario existentes en ordenamientos cuyo objeto de regulación es esencialmente diverso (normas penitenciarias consignadas en los códigos penales, códigos de procedimientos penales, etcétera).

Por su parte, Cuevas y García de Cuevas,⁶⁹ señalan las siguientes fuentes del derecho penitenciario mexicano:

En primer lugar, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, concretamente el artículo 18 que constituye la base y el fundamento del régimen penitenciario del país.

Otra fuente de la materia (nos indican Cuevas y García de Cuevas), son los Códigos de Procedimientos Penales:⁷⁰

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 29 de agosto de 1931, con sus posteriores modificaciones), que se refiere a la ejecución penal en el Título Sexto, comprensivo de los capítulos siguientes: Capítulo I. De la ejecución de sentencias. Capítulo II. De la libertad preparatoria. Capítulo III. De la retención. Capítulo IV. De la conmutación de sanciones. Capítulo V. De la rehabilitación. Capítulo VI. Del indulto.

⁶⁹ CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 18, 19, 20 y 21.

⁷⁰ CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, p. 19.

El Código Federal de Procedimientos Penales (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 30 de agosto de 1934, con sus ulteriores modificaciones), en el Título Decimotercero, contiene disposiciones de carácter general referidas a la ejecución de sentencias, con los capítulos siguientes: Capítulo I. Disposiciones generales. Capítulo II. Condena condicional. Capítulo III. Libertad preparatoria. Capítulo IV. Retención. Capítulo V. Conmutación y reducción de sanciones y cesación de sus efectos. Capítulo VI. Indulto. Capítulo VII. Rehabilitación.

Pero (indican los reseñados autores), *la más importante fuente de nuestra disciplina penitenciaria, por lo que hace a su contenido*, es la "Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados", debida a una iniciativa del entonces Presidente de la República, licenciado Luis Echeverría Álvarez (de fecha 23 de diciembre de 1970), y que entró en vigor en junio de 1971. La Ley, en cuestión, de muy buena factura, vino a llenar una necesidad constantemente denunciada por los estudiosos en la materia. Merece la pena consignar algunas palabras de la Exposición de Motivos de la misma.⁷¹

"El Ejecutivo a mi cargo está consciente de que la obra que el Estado realiza en materia de política criminal quedaría incompleta, y no alcanzaría sus mejores resultados, si se olvidan la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes. Es por ello que ahora se presenta esta Iniciativa de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, destinadas a tener aplicación inmediata en el Distrito y Territorios Federales, con el correspondiente desarrollo reglamentario, y a instrumentar la elevación y el desarrollo de la tarea trascendental que en esta materia se pone a cargo de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, órgano con el que se substituye al Departamento de Prevención Social, cuyas funciones alcanzan, de este modo, verdadera proyección nacional y mayor eficiencia técnica".

La llamada Ley de Normas Mínimas consta de 18 artículos, y cinco transitorios, encontrándose estructurada en el siguiente capitulado:

- Capítulo I. Finalidades.
- Capítulo II. Personal.
- Capítulo III. Sistema.
- Capítulo IV. Asistencia a liberados.

⁷¹ CUEVAS Y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 19 in fine y 20.

- Capítulo V. Remisión parcial de la pena.
- Capítulo VI. Normas Instrumentales.

Más allá de nuestra Constitución (afirman Cuevas y García de Cuevas), *están los Tratados Internacionales*, llevados a cabo para garantizar la dignidad de los seres humanos. Y citan:⁷²

"Los Derechos del Hombre y del Ciudadano (París, 1948), que establecen que el condenado no puede ser sujeto a penas degradantes ni a torturas".

"La Convención Europea para Salvaguarda de los Derechos del Hombre y Libertad Personal" (Roma, 1950), consagrante de los anteriores principios.

"La Convención de Ginebra" (Ginebra, 1955), con reglas mínimas para tratamiento de detenidos.

"El Pacto Internacional del Atlántico, Derechos Civiles y Políticos" (ONU, 1966). Su artículo 7 establece idénticas garantías a las señaladas en el artículo 18 constitucional, y el 10, de dicho Pacto, establece que los detenidos no pueden ser tratados en la misma forma, y que deben ser clasificados conforme a su edad y a su sexo.

A los anteriores, agregamos nosotros (con afán meramente ilustrativo, que no exhaustivo):⁷³

"Convención sobre Asilo Territorial" 1954, para preservar a los perseguidos por delitos políticos, perfectamente encajada en la muy noble tradición mexicana.

"Convención Americana sobre Derechos Humanos" (Pacto de San José de Costa Rica, 1969), que está en perfecta congruencia con la filosofía política constitucional mexicana al respecto.

Otra fuente importante (finalizan Cuevas y García de Cuevas), son los reglamentos internos de los centros penitenciarios, orientados a preservar el orden y buen funcionamiento de los mismos. Así, el Reglamento de Reclusorios del D.F. de 1979 y similares disposiciones.

Bernaldo de Quirós,⁷⁴ considera que las fuentes del Derecho Penitenciario son:

- a) La constitución política del Estado que (desde los orígenes del

⁷² CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 20-21.

⁷³ COLECTIVO, *Los tratados sobre derechos humanos y la legislación mexicana*, México, UNAM, 1981.

⁷⁴ QUIRÓS, Constancio Bernaldo de, *Lecciones*, ya citado, pp. 15-16. *Lecciones de Legislación penal comparada*, Ciudad Trujillo, República Dominicana, 1944, es también obra interesante a estos efectos del mismo autor.

régimen constitucional), no deja de sentar algunos principios fundamentales de la penalidad.

b) El Código Penal que recoge y amplía estos preceptos, organizándolos en el tejido íntimo de su estructura.

c) Las leyes de ejecución de sanciones, que acompañan, ya ordinariamente, a los códigos mismos, en calidad de apéndices reglamentarios.

d) Finalmente, los reglamentos de las instituciones penitenciarias y las resoluciones de la administración penitenciaria, en el ejercicio de sus potestades (reglamentaria, jurisdiccional y disciplinaria).

e) Y añade el maestro, que conviene tener en cuenta las costumbres penitenciarias, en los últimos e íntimos detalles de ejecución, olvidados por los reglamentos, por muy detallistas y acabados que éstos sean; siempre —naturalmente— que no se opongan a los preceptos escritos de diversa y superior clase.

2. Constitución y Derecho Penitenciario

Señala García Ramírez,⁷⁵ la conveniencia de destacar el intenso y reciente movimiento en pro de llevar al sistema de ejecución penal la garantía de legalidad, que rige —desde tiempo atrás y con mayor o menor fortuna— en los campos del derecho penal sustantivo y adjetivo.

Las Constituciones de antiguo estilo (dice el prestigioso jurista mexicano), sea remota o reciente su factura, se han ocupado, frecuentemente, dentro de su catálogo de derechos humanos en fijar un sistema de garantías para el recluso.

En esta línea, lo que preocupa es asegurar un trato digno al encausado y —particularmente— al interno. Según García Ramírez se trataría de una expresión ante todo humanitaria, que destierra de las prisiones, o intenta hacerlo, el trato brutal, la violencia, el tributo, la exacción, y pretende conocer y reconocer en el preso a un ser humano merecedor de consideraciones acordes con su dignidad, que no debe verse afectada por el hecho del enclaustramiento.

Sin embargo (indica García Ramírez), no basta con lo anterior, es necesario dar un paso hacia delante, y de esta forma lo han hecho los textos constitucionales de reciente elaboración, que han determinado, dentro del cuadro de los derechos del hombre (por su exclusiva condición de tal), el que asiste al sentenciado para que se le trate con

⁷⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 7-8.

sentido redentor, o por decirlo con expresión menos desacreditada, educativo o correctivo, rehabilitador, readaptador, resocializador.

Con ello, quede claro el sentido finalista de la pena como medio de recuperación social, y se reafirman —al propio tiempo— el derecho del recluso y el derecho de la comunidad dentro de un esquema de defensa social, ya que si se readapta a aquél se sirve, de una sola vez, al individuo y a la colectividad. Algunos textos constitucionales señalan incluso con anticipación técnica a las regulaciones de tipo secundario los medios de que ha de valerse el Estado para este proceso recuperativo.⁷⁶

Y prosigue el Maestro, nuestra historia constitucional, como la historia social que le ha servido de base, así como la incuestionable vocación humanista mexicana, han denotado un acusado interés penitenciario. Desgraciadamente, la realidad no siempre ha confirmado plenamente esta tendencia.

Pero (siguiendo el hilo del razonamiento del reiterado autor), vale la pena referir el animado debate del Constituyente de 1857 en torno a lo que, después, sería el artículo 23 del propio ordenamiento constitucional hasta la reforma de 1901.

El citado Congreso manifestó su preferencia por el régimen recuperador, pero también sus temores respecto de la ineficacia de las cárceles, en esa época principal vehículo punitivo. Junto a ello floreció la preocupación por el federalismo o centralismo del sistema de prisiones; resultado de todo fue el mencionado artículo 23, que conjugó dos postulados, la permanencia provisional de la pena de muerte, por una parte, y la urgencia de establecer (lo más rápidamente posible), un auténtico régimen penitenciario, que permitiera abolir la pena capital en la realidad y no sólo en consideración a la doctrina.⁷⁷

El proyecto del Primer Jefe, en 1916, pretendió una mayor centralización penitenciaria, según García Ramírez no tanto por reducir el ámbito competencial de las entidades federativas, sino más bien mirando la eficacia total del sistema, a pesar de ello se encontró con la oposición, lógica, de un constituyente que representaba anhelos descentralizadores tras la precedente etapa porfirista.⁷⁸

El texto definitivo estableció que los gobiernos de los Estados y de la Federación organizaran, en sus territorios respectivos, el sistema

⁷⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Prisión*, ya citado, p. 47.

⁷⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18 constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, México, UNAM, 1967, pp. 45 a 49.

⁷⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *El artículo 18*, ya citado, pp. 50-53.

penal (colonias, penitenciarias, presidios), tomando como base el trabajo como instrumento regenerativo.

Esto (para García Ramírez), supone algo más que el humanitarismo de anteriores cartas constitucionales: a) el carácter regenerador, y no sólo retributivo del sistema penal; b) la convicción de que el trabajo es el medio, si no único, sí el principal para la tarea regeneradora; y c) la afirmación del federalismo penitenciario, cuya única moderación (según García Ramírez), ha residido en el sistema de coordinación.

Precisamente esta acción coordinativa fue el fruto de la reforma de 1965; los gobernadores estatales (con previa autorización de sus respectivas legislaturas), podían celebrar convenios con el Ejecutivo Federal, para que los reos, sentenciados por delitos del orden común, pudiesen cumplir su condena en establecimientos penitenciarios federales. Volvía la acción federal a convertirse en impulso o soporte de la gestión estadual. De esta manera se postulaba formalmente para la fase ejecutiva, y sólo para ella, la demorada petición de los penalistas de uniformidad en el régimen penal tanto sustantivo como adjetivo. La coherencia deseada llegó de la mano del consenso convencional.⁷⁹

Pero la reforma de 1965 (a virtud de iniciativa presidencial de 1964), no sólo fructificó en este régimen de convenios, sino en otros aspectos importantes. Se evitó la idea de regeneración, tan apegada a consideraciones puramente éticas, y —en su lugar— se utilizó el concepto de readaptación social, quizás menos ambicioso y profundo, pero, en definitiva (apostilla García Ramírez), el único indispensable y —de esta forma— el más deseable de momento. Adaptación a un medio, esto es, a una escala de valores y preparación para la convivencia. Sin perjuicio del criterio crítico que el medio pueda merecer, actualmente, no cabe pensar que la prisión pretendiese algo distinto de la readaptación social.⁸⁰

Aparte de ello, el tratamiento adicionó los siguientes elementos: al trabajo se añadieron la capacitación para el mismo (de singular importancia en cualquier intento serio de reinserción social), y la educación, enfocada (además de la amplitud que quiera dársele), a una educación especial, profunda, más axiológica que meramente alfabética, que tiene la pretensión más que de instruir de socializar. Por último, señalar (pues la cuestión excede de las posibilidades fijadas a esta tarea), la incorporación del tema de los menores infractores.

⁷⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Los derechos humanos y el Derecho penal*, México, SepSetentas, 1976, pp. 171 y ss.

⁸⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 10-11.

Finalmente, la reforma iniciada en 1976, y consumada en 1977, completó el contenido del artículo 18 constitucional; en ella se facultó al Ejecutivo Federal para celebrar convenios con potencias extranjeras (en lo que García Ramírez denomina "repatriación", y no meramente canje o intercambio de reclusos de nacionalidades distintas).

La reforma, de acusada originalidad en relación con el mundo entero, obedece a la tendencia actual de internacionalización de ciertos delitos (tales como trata sexual, comercio de estupefacientes y psicotrópicos, en una palabra el narcotráfico, tráfico de tesoros artísticos robados, etcétera), fenómenos migratorios de especiales características, lo que provoca la existencia (con alguna frecuencia), de reos extranjeros en establecimientos penitenciarios nacionales.⁸¹

México resolvió dicha problemática con la aludida reforma facultativa al Presidente de la República, en la forma indicada. La dicotomía estricta territorialidad y readaptación social fue resuelta en el sentido de ceder la primera en favor de la segunda, cuando pudiese quedar afectada esta última. Ello es lo que ocurre ahora con los reclusos extranjeros en cárceles mexicanas y con los internados mexicanos en penitenciarías extranjeras.

Incluso el texto constitucional (párrafo quinto del artículo 18), exige el consentimiento del reo repatriable, y ello es interesante ya que destaca ciertos puntos esenciales del sistema: en primer lugar, que no se trata de un subterfugio para dar lugar a unas extradiciones encubiertas, y —en segundo lugar— que no hay una mudanza mecánica de personas, ya que el recluso tiene la decisión determinante en el asunto de su traslado de un país a otro.

Además del principio de readaptación social y del de libre disposición por parte del reo, está el de ejecución natural, que supone, de un lado, que no se sustraiga el individuo a la acción ejecutiva del Estado, mediante la impugnación de la sentencia penal que ponga en juego ante una soberanía, los actos jurisdiccionales de la otra, y, de otro, que la ejecución se ajuste a las leyes del Estado ejecutor, calculadas con arreglo a sus propios métodos de readaptación y a su entorno cultural.

Y también, el principio de discrecionalidad limitada, entendido como la existencia de casos en que el traslado es imposible (supuestos de delincuencia política, militar o migratoria), e incluso detenta el Estado la posibilidad de no trasladar o de no recibir, en las restantes hipótesis, cuando la transferencia o la recepción pudieran resultar perjudiciales desde el punto de vista de superiores principios de defensa social. Así

⁸¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 13, 14-15.

las cosas (afirma García Ramírez),⁸² no existe ni en la Constitución ni en el convenio el derecho absoluto del reo al traslado, que pueda ser opuesto al Estado jurisdiccional o exigir frente al Estado ejecutor, siempre y en todo caso.

Por último, la reforma involucra a los reos comunes (aunque, realmente, sean pocos los reos trasladables sujetos a esta jurisdicción). Aquí, serán los gobernadores de los Estados quienes (apoyados en su propia legislación), soliciten al Ejecutivo Federal la inclusión de los sentenciados, sujetos al fuero local, en el sistema de tratados, lo que confirma el criterio de convenio consensual anteriormente referido.

Lo expuesto supone lo más destacado respecto del trascendental artículo 18 constitucional, auténtico basamento del sistema penitenciario del país.

No obstante existen otros preceptos constitucionales, que hacen relación a la materia penitenciaria, cuya breve traída a colación resulta cuando menos conveniente para completar la problemática en cuestión.

El tercer párrafo del artículo 5 alude al trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial. No puede entenderse este trabajo, en una interpretación actualizada del precepto, como punitivo, esto fue ampliamente superado tiempo ha, más bien tiene carácter terapéutico, y ello deriva del texto moderno, más moderno, del tantas veces mencionado artículo 18 constitucional.

García Ramírez,⁸³ con la fina sensibilidad jurídica que le caracteriza, nos señala que cuando el juez impone una pena de prisión, la aplica con todas sus connotaciones y caracteres, con todas sus consecuencias, entre ellas la obligación (y el derecho), de trabajar.

Sin embargo no se trata de una tarea forzada, que pudiera ser impuesta, incluso violentamente, al justiciable. Por el contrario será necesario inducir a éste, orientarlo hacia el trabajo, sin perjuicio (en su caso), de aplicarle las sanciones reglamentarias a que hubiere lugar en el supuesto de negativa.

En cuanto a la alusión a las garantías del artículo 123 constitucional, ello no supone, no puede suponer (agrega el citado autor), una equiparación entre el Derecho del trabajo y el Derecho Penitenciario en este campo; el título y los propósitos del trabajo penitenciario son distintos, por lo menos hasta el momento. El legislador constituyente pretendió, según García Ramírez, una normativa consideración humanita-

⁸² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, p. 15.

⁸³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 57-58.

ria, desgraciadamente olvidada en algunas ocasiones de la turbulenta historia de las prisiones.

A pesar de ello, sostiene el penitenciarista que venimos siguiendo, es necesario subrayar la tendencia (desde luego conveniente), a una uniformización, a una mayor y deseable coherencia, entre el estadio situacional del obrero libre y el del individuo sentenciado, con la finalidad de considerar a éste como un trabajador temporalmente privado de su libertad.

En tal sentido, el estatuto del recluso puede y debe tener la adición de otras garantías laborales más (sin perjuicio de las que ya disfruta), en cuanto no obstaculicen el tratamiento penitenciario, inclusive la concerniente al régimen de la seguridad social (incorporada, indica el jurista penalista mexicano, a las prácticas de la Colonia Penal de Islas Marias, por vez primera en el país).

El artículo 19, párrafo tercero, constitucional, al prohibir todo maltrato, toda molestia sin motivo legal, toda gabela o contribución en los establecimientos penitenciarios, marca una serie de orientaciones, (en la materia que nos ocupa), limitativas de posibles acciones realizadas en los reclusorios, contribuyendo a perfilar el sistema penitenciario reclusorio en todo el país.

El artículo 21 constitucional se plantea el problema del arresto administrativo (modificación de su texto según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 3 de febrero de 1983), al que son aplicables las palabras del maestro García Ramírez en relación al texto anterior,⁸⁴ cuando señala que, aunque de distinta naturaleza que la pena, tiene cierto parentesco con la prisión. La situación del contraventor está sujeta, cuando menos, al mismo régimen de límites y garantías humanitarias de cualquier detenido.

No cabe hablar, propiamente, de resocialización, ni tampoco detectar la existencia técnica de un sistema penal, ya que incluso su duración veda toda posibilidad de tratamiento, pero, dada la incidencia de este tipo de arrestos sobre personas de conducta habitualmente irregular, podría servir de ocasión para el diagnóstico y la posibilidad de adecuadas medidas extrainstitucionales.

El artículo 22 constitucional (como muy bien observa Malo Camacho),⁸⁵ aunque fundamentalmente referido a normas de carácter penal, en tanto determina la prohibición de determinadas penas, trasciende de esa esfera y repercute en el derecho penitenciario, ya que al precep-

⁸⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 67-68.

⁸⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 42-43.

tuar esas prohibiciones delimita la materia penitenciaria "y en base a los principios generales de quien puede lo más puede lo menos, la interpretación legal a favor del reo y el espíritu humanitario que imbuje la materia", "debe entenderse también que las mismas acciones quedan prohibidas, en cuanto medidas disciplinarias, en los propios reclusorios", con lo que indirectamente (según Malo Camacho), se integra el derecho penitenciario; el párrafo segundo (adicionado según decreto publicado en el *Diario Oficial* de la Federación del 28 de diciembre de 1982), encaja en la argumentación de Malo Camacho, pues regula una acción que es parte de la ejecución de la pena, mediante una disposición que tiene su reflejo en la materia penitenciaria (aplicación total o parcial de bienes, por decisión judicial, al pago de responsabilidades civiles dimanantes del delito, para la satisfacción de impuestos o multas, o afectación decomisatoria en el supuesto de enriquecimiento ilícito en los términos del artículo 109).

Para terminar esta escueta ojeada constitucional, hacer referencia a la suspensión de los derechos o prerrogativas de los ciudadanos establecida en las diversas fracciones del artículo 38 y en el párrafo final del mismo.

García Ramírez,⁸⁶ indica que los derechos quedan en suspenso no perdidos, mientras dura el proceso, como en el cumplimiento de una pena privativa de libertad, igual que en el supuesto de vagancia o ebriedad consuetudinaria, y asimismo en el de sentencia que establezca como pena esa suspensión.

Las concretas hipótesis de vagancia o ebriedad consuetudinaria (en ausencia de régimen legal que las enfoque independientemente, como ocurriría si hubiera un sistema de peligrosidad predictiva), han de enlazarse solamente al delito de vagancia y malvivencia (artículos 255 y 256 del Código Penal).

Entiende García Ramírez que, en estos casos, y en referencia a la materia penitenciaria, la suspensión de ciudadanía no solamente dura mientras se cumple la pena de prisión (hipótesis de la fracción III del artículo 38 constitucional), sino indeterminadamente hasta que la rehabilitación se produzca, o —por lo menos— se modifique la conducta del sujeto; solución que presenta una perfecta conexión normativa de sentido con el dispositivo del artículo 34 constitucional, fracción II (tener modo honesto de vivir, como elemento integrante de la ciudadanía).

⁸⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 69-70.

3. Régimen Penitenciario

No resulta exagerado afirmar que la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados (promulgada el 4 de febrero de 1971, y publicada el 19 de mayo del mismo año), constituye el cuerpo legal básico del Derecho penitenciario mexicano.

Diferentes Estados de la Unión la han adoptado como suya, y los que no lo han hecho, en considerable medida, se han basado en sus lineamientos en sus respectivas Leyes de Ejecución de Sanciones. De ahí su importancia no sólo como texto positivo, sino también como criterio unificador, rector podría decirse, en la tarea de ejecución punitiva.

En otro lugar de este trabajo ha sido reseñado el capitulado de la Ley en cuestión, y a él nos remitimos, pero sí queremos dejar señalado que el artículo 7o. establece que "El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

"Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de que aquél dependa".

Muy acertadamente, Malo Camacho,⁸⁷ señala que el Capítulo de ubicación del reseñado artículo séptimo se denomina "Sistema" (siendo el tercero de la Ley), y que el artículo utiliza la palabra "régimen".

De lo anterior se deriva la necesidad de una adecuada diferenciación y determinación de las relaciones entre ambos conceptos.

El "Sistema" es (indica el penitenciarista mexicano), "un conjunto de reglas o principios sobre una materia, enlazadas entre sí, formando un cuerpo de doctrina"; en definitiva, conjunto de cosas, debidamente ordenadas, que tienen relación entre sí, y contribuyen a un fin determinado.

"Régimen", en cambio, "es la manera de regirse una cosa"; en resumen, medidas reglamentarias, prácticas o usos encaminados a un fin determinado.

Establecida la distinción, Malo Camacho agrega que el régimen se refiere exclusivamente al conjunto de reglas para regir un fenómeno, en nuestro caso el tratamiento penitenciario, más concretamente el tra-

⁸⁷ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, pp. 115-116.

tamiento de readaptación. Y el sistema viene referido a ese mismo conjunto de reglas y principios, pero desde el punto de vista de su relación entre sí y en cuanto pretenden la integración de un cuerpo legal, dirigido —en su contenido— hacia un fin determinado.

Refiriéndonos concretamente al tema de nuestro trabajo (derecho penitenciario), el régimen jurídico penitenciario supone una conjunción de actividades y de reglas directamente encaminadas a la consecución de un fin determinado, y forma parte de un sistema jurídico especial, es decir, el sistema jurídico penitenciario, que se integra por el mismo conjunto de reglas o éstas con otras más, racionalmente orientadas (esto es "sistematizadas"), en función de un fin específico. Cabe consignar (al hilo del razonamiento de Malo Camacho), que las expresiones sistema penitenciario, régimen penitenciario, tratamiento penitenciario, etcétera, tienen una semántica variable de conformidad con el universo lingüístico en que se utilizan.

Así, en el terreno jurídico, son términos con una evidente connotación normativa, en el sentido de que están previstos y regulados por la propia Ley; y —por contra— tienen una conceptualización distinta, cuando se utilizan como actuación fáctica de la técnica penitenciaria.⁸⁸

Estimando desarrollada la intención principal de esta tarea, quisiéramos añadir ciertas consideraciones, típicamente generalizadoras, respecto del régimen penitenciario.

Dice el artículo séptimo de la Ley de Normas Mínimas (cuyo texto ha sido reseñado *supra*), que el régimen penitenciario se caracterizará por ser progresivo y técnico.

Sánchez Galindo,⁸⁹ tras indicar que el artículo en cuestión "establece la columna vertebral del sistema penitenciario mexicano", *nos dice que es progresivo*, porque tiene diversas fases (estudio y diagnóstico, tratamiento y reintegración o preliberación); *es técnico*, porque advierte el aprovechamiento de la interdisciplina, sintetizada en el Consejo Técnico.

El tratamiento se fundamentará en los resultados de los estudios de personalidad, que —además— deberán ser periódicamente actualizados. El estudio de personalidad, entre otras cosas, establecerá el grado de peligrosidad del sujeto, y —consiguientemente— su clasificación respecto de tal concepto, y señalará, asimismo, los muy variados problemas psicológicos que lo hacen improductivo y deformado.

⁸⁸ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 116.

⁸⁹ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Manual de Conocimientos Básicos de Personal Penitenciario*, Ediciones del Gobierno del Estado de México, 1974, pp. 197-198.

En cuanto nos habla de actualización periódica de los estudios realizados, establece la necesidad de una constatación constante de la evolución (positiva o negativa), del sujeto. Sería absurdo practicar un estudio inicial si —posteriormente— el sujeto es olvidado y no se llevan a cabo evaluaciones de su progresión o retraso.

El Consejo Técnico actúa como órgano de orientación criminológica penitenciario.

La exigencia, establecida en el segundo párrafo del fundamental artículo, concretamente referida al recluso procesado, materializa la intención y la consciencia del legislador (en materia de aprovechamiento de elementos técnicos y científicos por el juzgador), para que el justiciable, desde el momento en que inicia su contacto con la institución preventiva, sea tratado y conocido en profundidad.

Las obvias carencias educativas con sus secuelas inevitables de múltiples inmadureces y defectos psicológicos, que perturban la personalidad del sujeto, hacen que la Ley haya establecido que todo interno (desde su entrada en una institución penal), sea sometido a los estudios necesarios para, a través de los conocimientos técnicos y científicos, lograr proporcionarle una madurez biopsicosocial que no pudo obtener en su momento adecuado, teniendo en cuenta (como muy bien apunta Sánchez Galindo),⁹⁰ que el procedimiento penal mexicano reclama del conocimiento profundo (no meramente formal, como había ocurrido en épocas anteriores), por parte del juez de la personalidad del procesado (presupuesto indispensable para una correcta individualización judicial), situación que sólo puede conseguirse mediante el correspondiente estudio, que se le practique en la institución preventiva por parte del personal técnico.

En cuanto a la evolución de los sistemas penitenciarios (con sintética brevedad), puede señalarse que, sobre el año 640 de la era cristiana, en Grecia y Roma se tienen noticias de la construcción de las primeras cárceles. Durante el Medievo no son frecuentes, ya que la penalidad está teñida por el signo de la venganza privada; no es sino hasta los años 1300, cuando —en Francia— aparece la "Casa de los Conserjes", después convertida en cárcel, y la siniestra "Bastilla" lugar destinado preferentemente a los reos políticos.

El progresivo y constante abandono del concepto retributivo y expiatorio de las penas (con sus permanentes crueldades y arbitrariedades),

⁹⁰ SÁNCHEZ GALINDO, Antonio, *Manual de Conocimientos*, ya citado, p. 198.

comienza a cristalizar —en la llamada "edad de la razón",⁹¹— con la iniciación de la etapa penitenciaria moderna.

Inglaterra, Holanda, Roma con el Pontífice Clemente XI —en 1703— y la creación del "Hospicio de San Miguel", para desembocar, en pleno siglo XVIII, en el movimiento penitenciarista, del cual el Marqués de Beccaria y John Howard (ya referido en este trabajo), significan señalados y prominentes peldaños.

En Estados Unidos, en 1777., surge "The Philadelphia Society for Distressed Prisoners", que da lugar al llamado sistema filadelfiano o celular, de carácter aislativo. Tras ello, el sistema de Auburn y Sing-Sing, con días de trabajo común, bajo el más estricto rigor disciplinario y absoluto silencio, con aislamiento nocturno. Sistemas ambos residualmente vengativos y expiatorios. A través de dichos sistemas se va abriendo paso, sin prisa pero sin pausa, el sentimiento humanitarista, con bases religiosas, que si, por un lado, benigniza el tratamiento carcelario, por otro, impide una adecuada reforma de fondo orientada a la mejora y reeducación del reo.

A mediados del siglo XIX, aparece la "escuela correccionalista alemana", con Boeder y sus seguidores, fundamentada en el principio de enmienda jurídica, en base a criterios apriorísticos y filantrópicos.

En Italia, Romagnosi, con cimentación en la pena enmendativa, sigue, en mayor o menor medida, las tesis alemanas; en España, Pedro Dorado Montero,⁹² con perfume de filosofía krausista, propugna un derecho protector para los criminales.

Junto a los anteriores, cabe señalar el sistema, aplicado por Montesinos y Crofton, de gran similitud con el progresivo moderno. El sistema de reformatorios norteamericano (con la experiencia de Elmira), con tratamiento progresivo de carácter estimulante. Este método de condenas reformativas de los jóvenes no tardó en extenderse a otro tipo de delinquentes con benéficas consecuencias, referidas a la general revisión de los fines educativos y de rehabilitación. En parecido sentido, y para jóvenes, el movimiento británico de los "Borstals", de 1908, con finalidad de tratamiento específico de delinquentes tempranos.

El desarrollo reformativo comenzó a precisar sus objetivos fundamentales: rehabilitación del sentenciado, individualización del tratamiento, trabajo productivo, capacitación profesional, programación del

⁹¹ CUEVAS y GARCÍA DE CUEVAS, *Derecho Penitenciario*, ya citado, pp. 25 a 32; JAVIER PIÑA y PALACIOS, *Explicaciones de Cátedra*, Curso 1981-82.

⁹² DORADO MONTERO, Pedro, *Derecho Protector de los criminales, Bases para un nuevo Derecho Penal*, Barcelona, Edt. M. Soler, 1903, tomo. I pp. 231 y ss., tomo II, pp. 579 y ss.

periodo postliberatorio, largas detenciones para los delincuentes habituales, etcétera.

Conceptualización moderna del problema penitenciario, que nos permite ya seguir con el régimen mexicano.

En apretada síntesis, García Ramírez⁹³ indica que la Ley de Normas Mínimas se inclinó por el llamado sistema progresivo —técnico—. Régimen progresivo, que del clásico toma la sucesión de etapas, para apoyarlas en el hallazgo del estudio de personalidad y en los adelantos del tratamiento individualizado, y que —en la Ley de Normas Mínimas— se edifica sobre la tarea de la unidad interdisciplinaria: el Consejo Técnico del Reclusorio, con una doble misión: a) la general, que viene referida a la marcha técnica de la comunidad en reclusión, considerada en su conjunto; b) la individual en directa y concreta relación con la aplicación del régimen progresivo.

El Consejo Técnico no es un órgano de autoridad decisoria, pero sí una instancia pericial insoslayable (como afirma García Ramírez),⁹⁴ con acusada intervención en el manejo de algunas de las principales piezas del sistema progresivo, y en diversos beneficios fundamentales de la nueva ordenación jurídica, tales como la preliberación, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena privativa de libertad.

La Ley de Normas Mínimas (señala el perspicaz jurista mexicano), ha fijado —en líneas generales— los elementos del tratamiento: *el trabajo* con funcionalidad terapéutica y sentido recuperador; *la educación* en su acepción de pedagogía correctiva y abierta, desde luego, en una variedad de vertientes, orientadas a una sola idea: la socialización del recluso; *la comunicación* entre el interno y el mundo exterior, que tiene su máxima expresión en el régimen complejo de las visitas, con índice de cuestiones dificultosas, entre ellas la llamada visita íntima; *el sistema disciplinario*, tanto por lo que hace a la sanción como al premio, regulado por el principio de legalidad, que incumbe tipificación, información y procedimiento; y —en definitiva— otras muchas medidas que requiere el tratamiento penitenciario, bien con alcance general, bien con carácter individual, respecto de problemas y cuestiones específicas. Asimismo, la Ley contiene provisiones sobre la asistencia a liberados y en relación a la remisión parcial de la pena. Ordenamiento moderno (puede añadirse), que experimenta dificultades evidentes de aplicación práctica.

Sin posibilidades de mayor extensión, no obstante queremos concre-

⁹³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 23-24.

⁹⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Legislación*, ya citado, pp. 24-25 *ab initio*.

tar que el régimen penitenciario progresivo técnico, de conformidad con el tantas veces repetido artículo séptimo, se integra —como mínimo— de tres periodos:

- a) Periodo de estudio.
- b) Periodo de diagnóstico.
- c) Periodo de tratamiento, dividido —a su vez— en tratamiento de preliberación y tratamiento de postliberación.⁹⁵

Para terminar, señalar que, entre los beneficios del régimen progresivo-técnico e individualizado, están los siguientes (según el criterio de Santibáñez Franco).⁹⁶

1. Reeducar al delincuente, orientando, al mismo tiempo, los aspectos positivos de su personalidad.
 2. Capacitarlo para el trabajo, bien enseñándole un oficio, o bien logrando que preste sus servicios dentro de los talleres de la institución, consiguiéndose, de paso, el aprendizaje de la disciplina laboral, de evidente utilidad en el futuro.
 3. Fortalecimiento de los lazos con su grupo familiar; con ello se propicia su integración social; y —en el supuesto de que trabaje en la institución— obtendrá un ingreso que, en muchos casos, le permitirá el auxilio económico a su familia, sin perjuicio de que el trabajo lo posibilitará para gozar los beneficios del tratamiento preliberacional y de la remisión parcial de la pena, que acortará su duración.
 4. Que resuelva, en forma más satisfactoria, su vida sexual.
 5. Participar activamente en la solución de los problemas familiares y especialmente en la educación de sus hijos.
 6. Que se facilite al interno encontrar un trabajo, de acuerdo con sus conocimientos y necesidades, ya que puede —en la última fase del tratamiento preliberacional— salir a trabajar diariamente al exterior.
- Puede terminarse concluyendo que, legislativa y doctrinalmente, México, en el orden penitenciario, ha conseguido un muy considerable avance, hito fundamental —a este respecto— es sin duda alguna la Ley de Normas Mínimas de 1971.

⁹⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, *Manual*, ya citado, p. 117.

⁹⁶ H. SANTIBÁÑEZ FRANCO, Sergio, Ponencia sobre "Sistemas Progresivos", *Memoria del V. Congreso Nacional Penitenciario*, Secretaría de Gobernación, México, 1975, pp. 109 a 125.