

DERECHO PENAL

LAS BASES FUNDAMENTALES DEL DERECHO PENITENCIARIO MEXICANO

En la entraña del actual movimiento humanista y dignificador del derecho penitenciario patrio se debe situar la obra de las famosas Cortes de Cádiz, no sólo porque éstas inician el proceso revolucionario y constitucional —ciclo aún vivo, no concluido ni para España, ni para cada uno de sus llamados dominios ultramarinos— sino por la impronta y positiva aplicación en México, concretamente, de muchísimas de sus disposiciones aún después de consumada la Independencia.

Si, en efecto, alguna nota fuera capaz de definir la ingente labor de las Cortes gaditanas, ésta tendría que ser forzosamente la de haber luchado por la libertad, primero física o material del suelo peninsular, y luego jurídica y política del español, del hombre en general, ya que cuando legislaban lo hacían en un tono universal, siguiendo el ejemplo de las asambleas francesas. De estas Cortes arranca el término de *liberal* y de *liberales* aplicado por primera vez en la historia del pensamiento a los diputados que defendieron con mayor tesón las libertades del hombre.

Pues bien la libertad que ocupó el centro y los primicias de aquella obra es la individual. Se enuncia de manera impecable y precisa, al tiempo que se la protege por medio de un complejo sistema jurídico, constituido por los más finos y eficaces principios de la tradición castellana y aragonesa.

Nuestro diputado Miguel Ramos Arizpe sentenció en esas Cortes:

“No puede haber libertad civil, ni libertad personal, mientras ambas no penden única y exclusivamente de la ley, y jamás de la voluntad del hombre.”

Máximo trascendente, tal vez, la conquista más fundamental que se propusieron conseguir aquellas Cortes en la historia de la cárcel y del preso: el principio de la legalidad, como hoy se le denomina. Esto es, la sujeción y el apego estricto a la ley, pero a una ley que es igual y común para todos los individuos de la sociedad, incluidas las autoridades públicas. Principio enunciado primero en Cádiz y luego en todos los demás textos constitucionales que hemos adoptado en México.

Hasta antes de Cádiz y pese a las estupendas previsiones de algunas

leyes de Partidas y de algunos fueros locales, en materia de detenciones, prevalece, en definitiva, el arbitrio del hombre, la voluntad del hombre, (por seguir las palabras de Ramos Arizpe). Ya se tratara de la voluntad del señor, del príncipe o del propio rey, de quien dependía toda la suerte de la persona: “el preso se pudriría en la cárcel, porque no hay una ley fija que detalle lo que debe practicarse, o lo que es lo mismo, porque la arbitrariedad no tiene quien la contenga en su impetuosa carrera”, según se dijo también en Cádiz (sesión del 7 de mayo de 1811).

Sentada la anterior premisa de la igualdad ante la ley, del imperio de la ley, se dio un segundo paso al procurar tipificar, con todo cuidado, los supuestos en que se podía, después de guardar ciertos requisitos de procedimiento, privar a un ciudadano o a un individuo de su libertad. No se fundará, por ello, la privación de la libertad en el capricho ni en la arbitrariedad, sino en el juicio formal, rodeado de todas las posibles garantías procesales, exigencias de la más estricta justicia y postulados de la nueva libertad, completando el sistema con otra serie de previsiones, no menos precisas, para hacer efectiva la responsabilidad de quienes quebrantasen tales normas.

La tipificación de los delitos contra la libertad individual realizada por estas Cortes es cuidadosa, terminante, tal vez más de lo que hoy en día se puede conseguir, incluso puesto por medio el juicio de amparo:

Cométese atentado contra la libertad individual, cuando el rey impone por sí alguna pena, o priva a un español de su libertad fuera del caso en que por la restricción 11a. del dicho artículo 172, se le permite decretar el arresto de una persona. Son reos de este delito el secretario del despacho que autoriza la orden y el juez o magistrado que la ejecuta; y uno y otro perderán el empleo, serán inhabilitados perpetuamente para obtener oficio o cargo alguno, y resarcirán a la parte agraviada todos los perjuicios.

Es reo también —leemos más adelante— del propio atentado, v sufrirá las mismas penas el juez o magistrado que prende o manda prender a cualquiera español sin hallarle delinquiendo en fraganti, o sin observar lo prevenido en el artículo 287 de la Constitución;

Aténtase también contra la libertad individual cuando el que no es juez arresta a una persona sin ser en fraganti, o sin que proceda mandamiento del juez por escrito, que se notifique en el acto al tratado como reo.

Cométese el crimen de detención arbitraria —leemos toda-

vía— 1o. cuando el juez, arrestado un individuo, no le recibe su declaración dentro de las 24 horas; 2o. cuando le manda poner o permanecer en la cárcel en calidad de preso sin proveer sobre ello auto motivado, de que se entregue copia al alcaide; 3o. cuando el alcaide, sin recibir esta copia e insertada en el libro de presos, admite alguno en calidad de tal; 4o. cuando no pone al preso en libertad bajo fianza, luego que en cualquier estado de la causa aparece que no puede imponérsele pena corporal; 5o. cuando no hace las visitas de cárceles prescritas por las leyes, o no visita todos los presos, o cuando, sabiéndolo, tolera que el alcaide los tenga privados de comunicación sin orden judicial, o en calabozos subterráneos o mal sanos; 6o. cuando el alcaide incurre en estos dos últimos casos u oculta algún preso en las visitas de cárcel para que no se presente en ellas.

Esto era así, porque otra base fundamental la constituía la misma persona del preso o la normativa que sobre *su situación*, o sobre *su condición* se expidió. El preso es el centro verdadero de todo el sistema penitenciario; como hoy se dice, de todas las providencias promulgadas al respecto. En la persona del preso se hacen realidad dos consideraciones que, con frecuencia, se nos muestran como contradictorias: dignidad y pena. Desde Cádiz hasta nuestros días, el preso es persona en todo el amplio sentido del término. Es un ser humano. Si bien un ser, o una persona sobre la que pesa una condena legal a sufrir una pena determinada, a veces tan drástica que llega a negar esa misma dignidad...

En todo caso, de esta concepción humanista, y cualquiera que sea la finalidad que se les atribuya, es como se determina la noción y el estado físico de la cárcel, la concepción y la medida de la pena. Más aún, en atención a la dignidad de la persona del preso, ya en Cádiz empezaron a tomar en consideración la necesidad de tomar otra serie de medidas encaminadas a su regeneración y rehabilitación social, lo cual constituye otras tantas bases del moderno derecho penitenciario.

“Las cárceles no son para molestar a los reos, sino para su custodia y deberán ser las más anchurosas y sanas y con las comodidades posibles”, se dijo.

Se piensa en la educación de los presos, en la necesidad de que éstos puedan desarrollar ciertos trabajos rehabilitadores, según explicaba un proyecto sobre arreglo de cárceles que no llegó a aprobarse por falta de tiempo. Pero no sólo la cárcel debe estar en función de la dignidad del preso, sino que esta misma dignidad también determina toda la política

—por decirlo en términos modernos— a seguir en la materia: la selección de las penas y sus grados; la tipificación de los supuestos delictivos; las características de los establecimientos penales en relación con la edad, sexo y otras consideraciones que suelen concurrir en el agente, y todas las demás providencias que se le aplicarán para restablecer el orden moral interno resquebrajado por el hábito o la acción delictiva, y tratar de hacerlo hombre de bien y provecho para la sociedad.

Con todo este contexto, se libra la polémica sobre la reducción o limitación, en su caso, y la misma abolición de la pena máxima. Parece que la pena de muerte va más allá de lo realmente merecido por la acción delictiva, ya que representa la negación de la misma dignidad. El condenado a sufrir el máximo castigo, no es sino un desahuciado, víctima del temor de la sociedad, o de la incapacidad de ésta para prevenir el delito o para corregir al delincuente. Se teme a su peligrosidad; en todo caso, a una peligrosidad que no será nunca ilimitada, como es el castigo que siega la vida del preso. La pena de muerte, aun aceptando la polémica en su planteamiento, será siempre un castigo ilimitado, eterno, en cierto sentido contrario a la naturaleza humana, cuyo origen y fin no parecen depender exactamente de ninguna voluntad humana.

Los autores del Proyecto de Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, sobre delitos del fuero común, y para toda la república, firmado en 1869, recogía la doctrina de Carlos Lucas, de mucho influjo en su época, para recordar que:

“La causa de la abolición de la pena de muerte está ganada ya para el futuro.”

Sin embargo, ni en tiempo de las Cortes de Cádiz, ni en la época de dicho proyecto quedó abolida la máxima pena, si bien durante las sesiones de los primeros congresos constituyentes mexicanos (1822-1824) sí se insinuó la conveniencia de suprimirla.

El trabajo forzado, como hoy lo denominamos, casi nunca se adecua a la dignidad del preso, al confundirse con la pena misma, al decretarse de por vida, viene a ser una muerte lenta sumamente penosa. Tiene su origen en épocas remotas o es tan viejo como la cárcel, como el preso mismo. Tampoco se logró erradicarlo de la concepción de las Cortes de Cádiz. Y ahí está, presente en toda la legislación patria sobre la materia del siglo pasado; ahí están, y esto constituye un deber de reconocimiento general, las inmensas obras de infraestructura —caminos y carreteras, vías férreas, etcétera, del siglo pasado—, hechas precisamente por condenados a trabajos forzados. México les debe a estos presidiarios que las construyeron un evidente reconocimiento, pues para comprender su importancia basta decir

que lo realizado por dichos presidiarios sólo encuentra parangón con las obras modernas realizadas con maquinaria pesada.

Son instituciones fundamentales del derecho penitenciario mexicano, las llamadas visitas de cárceles y todo el sistema para hacer efectiva la responsabilidad de funcionarios y autoridades públicas, así como de particulares, por violaciones a la Constitución y a las leyes, con perjuicio, sobre todo, de tercero. Instituciones añejas también, provenientes del derecho castellano, o del más cercano derecho indiano; constitucionalizadas por obra de las Cortes de Cádiz y, finalmente, asimiladas por el derecho patrio, como vamos a exponer brevemente.

La tradición de la visita de cárceles se recoge hoy día en el artículo 28, IX, de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común de 1969, y reforma de 1971, a cuyo tribunal en pleno le corresponde designar a los magistrados que deberán "encargarse de las visitas... a cárceles, penitenciarias y demás lugares de detención o de seguridad social", precisando que cada uno de estos establecimientos deberá ser visitado por lo menos una vez al mes.

El precepto transcrito no puede ser ni más claro, ni más explícito. Pero resulta lamentable que sea casi letra muerta. No se practican dichas visitas de cárceles, ni hay modo de hacer efectiva la responsabilidad que, por su incumplimiento, sería de rigor, sobre todo si recordamos la insistencia del legislador gaditano, y la propia del legislador mexicano, toda vez que las menciona en leyes tan recientes como la arriba citada.

La visita de cárceles para las Cortes gaditanas, al igual que para nuestros primeros constituyentes y pese al desuso actual, constituían un preciso y magnífico instrumento de protección de la libertad individual, de control directo de la legalidad en este campo específico de las detenciones arbitrarias, entendidas éstas en los términos generosos que hemos transcrito. Son las visitas de cárceles, sin lugar a dudas y pese a su inconcebible olvido —permítasenos la insistencia—, una de las columnas más firmes y fundamentales de todo el derecho penitenciario, por el objeto con que nace y para el cual se destina: salvaguardar derechos, asegurar de que aun en la cárcel se sigan respetando éstos en toda su extensión; garantizar que también en la cárcel o lugar de detención la libertad, que es lo más sensible de la dignidad del hombre, sea respetada e impere la ley y la constitución.

Por si fuera poco, la institución de las visitas de cárceles, justamente, debe quedar vinculada con el propio juicio de amparo, de igual manera a como históricamente venía ligada al llamado juicio de residencia, primero, y luego juicio de responsabilidad, posiblemente el antecedente más

directo del amparo, según explicamos en el libro *El juicio de responsabilidad en la Constitución de 1824*.

Resulta imposible tratar siquiera aquí de presentar una breve noticia de esta vinculación entre las visitas y el Juicio de Amparo. Pero no cabe duda de que se complementan. Tampoco hay duda sobre la vinculación de las visitas con el juicio de responsabilidad, o con el sistema de responsabilidad decretado por las Cortes de Cádiz, ya que según hemos tratado, la responsabilidad que entraña la legislación sobre las visitas de cárceles viene tipificada expresamente como delito de arbitrariedad y era severamente castigado, según la ley de 24 de marzo de 1813; ley que estuvo aplicándose en México por lo menos hasta 1890, fecha de sentencias que la invocan y la aplican a supuestos de responsabilidad, según explicamos en el libro mencionado, y un capítulo de los que componen otro libro nuestro *Temas del liberalismo gaditano*.

La responsabilidad de los magistrados y jueces que no cumplen con el primordial deber de las visitas de cárceles; así como la responsabilidad de cualesquiera otra autoridad o funcionarios por lesiones de derechos e infracciones del orden constitucional y legal, que debía apreciarse de oficio según la legislación gaditana, es uno de los puntos más críticos y criticables de todo nuestro derecho. Su desuso, su inaplicación ha llegado a extremos graves, por las lesiones de garantías individuales que suponen, por la impunidad en que quedan dichos responsables. Como quiera que sea, las visitas de cárceles y el sistema para hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos, tienen que ser (así se concibieron en tiempo de las Cortes de Cádiz), firmes baluartes de las libertades de la persona y todo el orden constitucional. Y sobre todo, deberán rendir sus innegables frutos precisamente en este campo específico del derecho penitenciario. Desde luego, cuando se quiera cumplir con tan sagrados deberes, se examinará, de nueva cuenta, dicha tradición legislativa gaditana, vigente a través de esa remisión, o mejor dicho, de esa taxativa prescripción antes citada.

Dr. JOSÉ BARRAGÁN BARRAGÁN