

NOTAS Y REFERENCIAS

¹ Últimamente se ha puesto interés en los estudios sobre costo del delito. Éste es crecidísimo. En los términos de una estimación reciente, la criminalidad ocasiona en los Estados Unidos cada año pérdidas por cerca de seiscientos millones de dólares. Cf. Clark, *Criminal justice in America*, rev. cit., p. 746. Dale G. Hardman calcula en \$ 236 000 el costo de la delincuencia de veinte miembros de pandillas juveniles en una pequeña población de 36 mil habitantes de los Estados Unidos. Cf. *Corrections and the community: a view through a crystal ball*, rev. cit., pp. 25-6. Estimando en 1 550 millones de francos los gastos públicos realizados en 1969 en Francia con motivo de la actividad criminal, y en algo menos de 1 000 millones los cargos privados por la misma causa, Alfred Sauvy pone de manifiesto que el conjunto representa alrededor del 0.5 % del producto nacional. Marcel Boisot estimó que en 1965 el costo del crimen en Estados Unidos fue de 26 000 millones. Esto significaría el 4 % del producto nacional. Desde luego, es preciso tomar en cuenta las peculiaridades inherentes a las diversas técnicas empleadas para calcular el producto nacional. Cf., de Sauvy, *Aspectos económicos y demográficos de la criminalidad* (trad. nuestra), núm. III. Considerando 6 124 homicidios cometidos en México en 1965, Quiroz Cuarón estimó el costo social de dicho delito en 34 400 millones de pesos. Cf. *La criminalidad en la República mexicana y el costo social del delito*, rev. cit., p. 82. En un importante estudio sobre el tema, primero de su género que se hace en México, los hermanos Alfonso y Raúl Quiroz Cuarón llegaron a estas conclusiones: "El costo social total del 72.77 % del total de delitos registrados en la República en el año 1965 importa la cantidad de 45 631 254 000 pesos (3 650 500 000 dólares), cifra mayor en 1 536 millones de pesos (122 880 000 dólares) que el presupuesto de egresos federal para los Organismos Descentralizados de la República Mexicana, para 1970, cantidad que representa el 7.3 % de la deuda pública total de los países latinoamericanos." *El costo social del delito en México*, rev. cit., p. 571. Una amplia e importante noticia bibliográfica acerca de costo del crimen, puede verse en Lindby, *Les aspects économiques de la criminalité et de son controle. Bibliographie. Some economics of crime and crime control. Bibliography*, 74 p., preparado en oportunidad del Simposio del Centro Internacional de Criminología Comparada sobre "El costo del crimen y de la prevención social contra la criminalidad" (Montreal, 1970).

² En el Cuarto CNU "la opinión de que la planificación de la defensa social debía ser una parte integral y esencial de la planificación para el desarrollo nacional se aceptó sin reservas"; asimismo, "se subrayó la naturaleza interdisciplinaria de la planificación. El delito [es] un fenómeno complejo nacido de la acción recíproca de fuerzas sociales, económicas y culturales. Por consiguiente [deben] asegurarse la consulta y la comunicación en toda la gama de actividades de planificación si se [quiere] establecer y mantener un equilibrio adecuado". *Informe de la Secretaría*, pp. 24-5. Cf., además, Naciones Unidas, *Políticas de defensa social en relación con la planificación del desarrollo*, p. 1. Con todo, "si bien podía parecer que a medida que un país empezaba a abrirse, superar su tradicionalismo y responder a las influencias exteriores o a nuevas ideas y presiones internas, se producía una tendencia al aumento del delito, en particular de la delincuencia juvenil, se convenía en que la relación entre los cambios de la estructura económica y social de un país y las actitudes y modos de conducta de la gente no había sido todavía suficientemente estudiada ni comprendida adecuadamente; lo más que quizás pudiera decirse, era que a menudo un aumento de la delincuencia acompañaba al cambio rápido". *Informe de la Secretaría*, pp. 20-1. El marginalismo que se registra en las

sociedades en desarrollo causa una forma particular de articulación y, eventualmente, de dilatación de la criminalidad; la reducción del marginalismo, por ende, permitirá limitar y disminuir sus consecuencias criminógenas. Cf. Société Internationale de Défense Sociale, *La politique de défense sociale et la planification du développement national*, en *Criminalité et développement*, p. 10.

³ Entre otros autores, Eugenio Florian se refiere a los tres momentos citados en último término (*Elementos de Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 134). A ellos es preciso anteponer, lógicamente, la fase de la prevención, en los términos aludidos en el texto principal.

⁴ Al establecer ciertos deslindes entre las teorías relativas sobre la pena, Goldschmidt apunta: "Las teorías simples se subdividen en teorías de prevención general (mejor dicho, social) y de prevención especial (mejor dicho, individual)." *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, en *Principios*, t. II, p. 25.

⁵ La idea de Ferri sobre los sustitutivos penales o equivalentes de la pena conserva plena vigencia, Cf. *Sociología criminal*, t. I, pp. 295-6. Dorado Montero observó la reducción en el campo de la pena, en beneficio de otras medidas que combaten más eficazmente la criminalidad. Cf. *El Derecho Protector de los Criminales*, pp. 313 ss. Cf., en similar sentido, Parmelee, *Criminología*, pp. 478 ss. Bien dice Del Vecchio que "cuanto más claramente se advierte la imposibilidad de resolver exclusivamente en las formas del Derecho penal los problemas que surgen de la delincuencia, tanto más debe volverse la atención a los medios de lucha y de protección contra aquella", *Sobre el fundamento de la justicia penal*, rev. cit.

⁶ Considera Piña y Palacios que "el ejercicio de la acción penal en México se divide en dos periodos; el primero, persecutorio de la comprobación de delito, de responsabilidad y de participación, y el segundo, acusatorio en el cual, el Ministerio Público, tomando los datos de conocimiento que la Institución le imparte sobre aquellos elementos, adopta una determinada posición para el juicio". *Derecho procesal penal. Apuntes para un texto y notas sobre amparo penal*, p. 99.

⁷ En México ha periclitado, al parecer en definitiva, el juradismo. La experiencia lamentable producida por el jurado promovió su reducción a los estrictos límites constitucionales en la legislación de 1929. En otra oportunidad hemos expuesto, en síntesis, los argumentos de juradistas y antijuradistas. Cf. *El Juez penal y la criminología*, en rev. cit., pp. 586-7. Recordamos entonces que "en una cuestión de ciencia, es decir, de justicia penal, no es ni el ideal democrático ni el aristocrático el que precisa recordar, sino el criterio de la capacidad científica". Cf. Ferri, *Sociología criminal*, t. II, p. 236. Sobre esta pauta, el jurado ha recibido numerosos y frontales ataques que distan mucho, sin embargo, de haberlo llevado a la decadencia práctica total, por más que han evidenciado, de una vez por todas, su inconsecuencia con los fines de la justicia penal. Se ha dicho: "es convertir en burla la razón humana, someterse al azar en las necesidades sociales más graves" (Ferri, *Sociología criminal*, t. II, p. 245); creer que con el jurado se evitarán los errores judiciales "significa exorcizar al diablo con Belcebú" (Beling, *Derecho procesal penal*, p. 44); el jurado representa para la sociedad "la más sólida garantía de desacierto" y exhibe una "ignorancia enciclopédica" (Langle, *La teoría de la política criminal*, pp. 164-7); es la "apoteosis del amateurismo" (Griswold, cit. por Menninger, *The crime of punishment*, p. 60); constituye una "institución primitiva que huele aún al bosque donde nació" (Graven, *Introducción a un enjuiciamiento criminal racional de prevención y defensa sociales*, en rev. cit., p. 680); "consagra la soberanía de la ignorancia" (Carrancá y Trujillo, *Principios de sociología criminal y de Derecho penal*, p. 229); y la intervención del elemento popular en los juicios penales equivale a "la participación de la incompetencia absoluta" (Finzi, *El error judicial*

NOTAS Y REFERENCIAS

109

y la cultura psicológica del juez, en rev. cit., p. 1041. El Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal recomendó, a solicitud nuestra, la supresión definitiva del jurado. Cf. *Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, cit. pp. 295 y 317. Ante las Jornadas Internacionales de Criminología-XIX Curso Internacional de Criminología (Mendoza, Argentina, 1969) propusimos esta conclusión, adoptada por el grupo de trabajo que examinó el tema "Capacitación en criminología de la magistratura penal": "La institución del jurado es incompatible con los requerimientos técnicos de la moderna justicia penal. También lo es cualquier estructura jurisdiccional civil o militar en que no encuentren acomodo o intervengan sólo secundariamente los jueces letrados con especialización penal y criminológica." *El juez penal y la criminología*, en rev. cit., p. 591.

8 Es de Jiménez de Asúa la frase: "No creemos que todavía pueda asumir la preceptiva penitenciaria el prestigioso título de Derecho." *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 64, y *La ley y el delito*, p. 25. También de él es el vaticinio, repetido por mucho tiempo, de que la criminología acabará por tragar al Derecho penal. Cf. *Tratado*, t. I, pp. 108-9 y *La ley*, p. 63 (la afirmación no ha variado en la 3ª edición del *Tratado*, de 1964). Esto se entiende, desde luego, bajo condición de que los delincuentes cesen de ser objeto de juicios de valor y pasen, como los enajenados, a ser sólo sujetos de cuidado correccional, curativo o inculcador; hasta entonces "será imposible renunciar no sólo a la garantía que el Derecho penal supone, sino a los efectos de la pena en cuanto a la prevención general." Pero ¿cuándo será esto? Acaso nunca. López Rey defiende la perennidad del Derecho para proteger la convivencia, independientemente de cuál sea el sistema de vida que prive en cualquier futuro. "En todo tiempo —dice— habrá una serie de valores empírico-culturales que defender y en todo tiempo habrá infracciones de los mismos". *Introducción al estudio de la criminología*, pp. 39 ss.

9 Cf. nuestra síntesis de las ideas de Dorado Montero en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 196-7. En otros términos, Van Bemmelen sostiene que la pena es un "mal" sólo aparentemente, pero debe ser un "bien" tanto para la sociedad como para el delincuente. Cf. *L'évolution future du Droit pénal*, en rev. cit., p. 1115.

10 Cf. el análisis de Jiménez de Asúa sobre la enciclopedia de las ciencias penales, en *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 92.

11 Las ideas expuestas en el texto no tienen ninguna afiliación precisa. En otro sentido, es sabido que Quintiliano Saldaña procuró traer al Derecho penal los puntos de vista pragmáticos "contraponiendo al concepto de delito-éxito el de delito-resultado. El éxito es para él una construcción apriorística de la criminología simplista, bajo la doble influencia del prejuicio del racionalismo y del individualismo, que no ve más que la víctima directa del delito. Por el contrario, el resultado surge de considerar el delito no como simple infracción, sino como fenómeno de producción: mira, por ello, a todas las víctimas posibles y a todos los intereses protegidos y permite contemplar la acción criminosa en sus efectos mediatos y ultraindividuales. A la consideración pragmática del delito corresponde, según Saldaña, la de la pena. Es inútil indagar los fines teóricos de la pena: Sólo hay que tener presentes los resultados que efectivamente consigue. O sea que, en vez de indagar cómo la pena puede alcanzar los fines establecidos a priori, debe observarse en concreto cómo puede ser eficaz con relación al condenado, para el delincuente en general y para la sociedad. Sólo por este camino será posible la solución pragmática de los numerosos problemas que se relacionan con las sanciones penales". Costa, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, p. 253.

12 Tras impugnar el Derecho penal libresco y solicitar su contacto con la realidad humana y social, Graven recuerda que el gran impulso dado en este sentido procedió del positivismo, por más que muchas de las conclu-

siones a que éste llegó se hallen hoy superadas. Cf. *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, en rev. cit., pp. 343 ss y 352. La nueva filosofía penal, afirma Szabo, tiene su fuente en el positivismo italiano y se funda en los hallazgos sobre etiología del delito y tratamiento de los delincuentes; por ello, debe vencer la resistencia de los sistemas jurídicos e institucionales que preconizan una represión cuya ineficacia ha quedado bien probada. *Criminologie*, p. 49. Afirma Radzinowicz que "casi todo elemento de valor en el conocimiento contemporáneo de la criminología debe su planteamiento a la destacada escuela de criminólogos italianos que se enorgullecieron en llamarse a sí mismos los positivistas". *En busca de la criminología*, pp. 10-1.

¹³ No sin antecedentes inmediatos advino al Código de procedimiento penal francés el estudio de personalidad. Efectivamente, la circular del Procurador del Rey del Distrito de Bruselas, de 22 de octubre de 1951, introdujo en el procedimiento la elaboración de una ficha de "informe sobre la personalidad del delincuente", con lo que "Bélgica ha dado una vez más, el ejemplo de una iniciativa sin ninguna duda fecunda". Graven, *Introducción jurídica al problema del examen médico-psicológico y social de los delincuentes*, en rev. cit., p. 375. La innovación del artículo 81 francés suscitó vivos comentarios. Así, Levasseur estimó que estas normas "constituyen la disposición más revolucionaria del Código de procedimiento penal, y contiene en germen un dinamismo que puede transformar toda la justicia penal". "L'examen de personnalité prévu au nouveau Code de procédure pénale. Cadre juridique", en *Examen de personnalité*, p. 41. También se ha advertido que esta medida constituye un primer paso, todavía muy tímido, en el buen camino de la reforma de la justicia penal. Cf. Stanciu, "Perspectives ouvertes par la nouvelle procédure pénale. L'alignement de la justice sur les données des sciences humaines", en *Examen de personnalité*, p. 128. De esta forma, según hemos advertido, se atenderá la reclamación de Prins. Cf. *La defensa social y las transformaciones del Derecho penal*, p. 79. Sobre el examen de personalidad en el procedimiento, cf., nuestro resumen y la bibliografía citada en *El juez penal y la criminología*, en rev. cit., pp. 583-5.

A moción nuestra, las Jornadas Internacionales de Criminología-XIX Curso Internacional de Criminología (Mendoza, Argentina, 1969) recomendaron introducir en el procedimiento penal el examen de personalidad del inculcado. Cf. *El Juez penal y la criminología*, en rev. cit., p. 591. También en Estados Unidos ha adquirido uso e importancia el estudio de personalidad (*presentence report*); se debate sobre el derecho de la defensa a conocer sus resultados. Cf. John R. Manson, *Studying the offender before the court*, en rev. cit., pp. 17 ss. La formación de un sumario de personalidad supone la existencia de instituciones carcelarias, adecuadas, amplio arbitrio judicial y medios científicos de investigación, observación y examen. Cf. Gorphe, *Las resoluciones judiciales*, p. 153. Dice Moreno que "el examen de la personalidad del imputado constituye un deber moral preciso y una necesidad fundamental para individualizar la pena". *Ensayos criminológicos y criminalísticos*, p. 83. También en favor del examen, por su utilidad para el juzgador, cf. Adato de Ibarra, *Importancia del estudio de la personalidad del infractor*, rev. cit., pp. 5 ss. Ceniceros concluye, en suma, que "el derecho penal contemporáneo impone independientemente de las variantes de una u otra escuela o sistema doctrinario penal, un denominador común: estudiar al delincuente en la forma más profunda posible", tarea que apareja la preparación científica de jueces y funcionarios penales. *Traectoria del Derecho penal contemporáneo*, pp. 45-6.

Si el estudio de personalidad cobra gran importancia a los efectos generales de medición de la pena, la posee superlativa cuando viene al caso el manejo de institutos tan delicados como la capacidad delictiva y la peligrosidad social, de que hablan los artículos 133 y 203 del código penal

italiano. En la relación al proyecto definitivo, se definió a la capacidad para delinquir como "aptitud del individuo para la violación de las normas penales". Antolisei la caracteriza como "la disposición o inclinación del individuo a cometer hechos en contraste con la ley penal... la mencionada capacidad se proyecta hacia el futuro, implicando un pronóstico y, más precisamente, el juicio sobre la posibilidad y sobre el grado de posibilidad de que la persona realice acciones delictivas en el porvenir". *Manual de Derecho Penal. Parte General*, pp. 469 y 471. En sentido diametralmente opuesto se pronuncia Bettiol, quien reconoce en el artículo 133 al "pulmón" de la legislación, que permite el acceso del "oxígeno" de una retribución entendida sustancialmente. La capacidad para delinquir, dice Bettiol, "no es otra cosa que la personalidad normal del reo". "El juez, cuando examina la capacidad para delinquir del reo, no debe averiguar si éste podrá o no cometer en el futuro ulteriores delitos, sino que debe analizar el grado de maldad que el delincuente demostró en la perpetración del delito que trata de castigarse. Se observa el pasado, no el futuro. Se trata, en sustancia, de un criterio de mensuración de la culpabilidad, que debe ser objeto de valoración ética." *Derecho penal. Parte general*, p. 699.

A su vez, la peligrosidad social de que habla el artículo 203 "es la muy relevante aptitud de una persona para cometer un delito", sostiene Antolisei. "La peligrosidad, por ello, es a la capacidad criminal como la probabilidad a la posibilidad. En definitiva, la peligrosidad es una intensa capacidad criminal. De ello se deriva, como corolario, que la peligrosidad constituye una *species* respecto a la capacidad criminal, la cual es su *genus*, y que representa respecto a ésta un círculo concéntrico de menores proporciones" *Manual de Derecho Penal. Parte general*, pp. 476-7.

¹⁴ En bella formulación señaló Justo Sierra: "No, no se concibe en los tiempos nuestros que un organismo creado por una sociedad que aspira a tomar parte cada vez más activa en el concierto humano, se sienta desprendido del vínculo que lo uniera a las entrañas maternas para formar parte de una patria ideal de almas sin patria; no, no será la Universidad una persona destinada a no separar los ojos del telescopio o del microscopio, aunque en torno de ella una nación se desorganice..." *Prosas*, p. 176.

¹⁵ Abanderados del autonomismo son Novelli, que se refirió al Derecho penitenciario, y Hafter, que lo hizo al ejecutivo penal. Cf. las reseñas que sobre esta tendencia proporcionamos en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 226-7, y *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 41-3. Con reservas (conectadas a la función, más que a los funcionarios) se puede coincidir con Levene en que la naturaleza de la ejecución penal depende de los funcionarios que en ella intervienen. Cf. *Manual de Derecho Procesal Penal*, p. 384. Chichizola defiende la autonomía del Derecho ejecutivo penal, "porque esta nueva rama de las ciencias jurídicas abarca en su contenido un conjunto de normas que, aunque de naturaleza diversa y, provenientes de distintas fuentes, poseen un objeto común: regular las relaciones entre el Estado y el condenado durante la ejecución de las sanciones penales"; y porque "el desarrollo alcanzado por las instituciones relativas a la ejecución de las sanciones penales justifica plenamente la legitimidad del Derecho ejecutivo penal como rama autónoma de las ciencias jurídicas". *Derecho ejecutivo penal*, rev. cit., p. 687.

¹⁶ Consecuencia y fuente, a la vez, del escaso desarrollo penitenciario, es la reducida bibliografía que en nuestro país existe sobre esta materia, si se hace excepción de muy numerosos artículos de revista, de diversa calidad. Quizás pudiera incorporarse a la bibliografía mexicana el extenso informe redactado por Wines para nuestro gobierno y el estadounidense, simultáneamente, y publicado aquí en 1873 bajo el título de *Informe que acerca de los sistemas penitenciarios rinde ante el Supremo Gobierno de la*

República Mexicana el doctor Mr. E. C. Wines, como su comisionado oficial que fue en el Congreso Penitenciario Internacional de Londres. Sobre la representación que de nuestro país hizo Wines en el Congreso de 1872. Cf. García Basalo, *Las prisiones de México ante el Congreso Penitenciario Internacional de 1872*, rev. cit., pp. 5 ss. Por lo que hace a producción mexicana, además del material de antigua fecha, como los exámenes de Mariano Otero, *Mejora del pueblo y Carta sobre penitenciarias* (Cf. *Obras*, t. II, 685 ss.) y del *Proyecto para el establecimiento del régimen penitenciario en la República Mexicana* (México, 1881), del licenciado Antonio A. de Medina y Ormaechea y el ingeniero Carlos A. de Medina y Ormaechea, se cuentan los trabajos recientes de que informamos en nuestro panorama bibliográfico penal mexicano (incorporado al informe que sobre México preparó Fix Zamudio, cit., pp. 407-9). Como estudio sistemático general, sólo las *Lecciones de Derecho penitenciario* (México, 1953), de Constancio Bernaldo de Quirós, volumen al que se agregan: *Bases jurídicas comparadas en el tratamiento de los presos* (México, 1948) y *Colonias penales e instituciones abiertas* (México, 1956), de González Bustamante; *Asistencia a reos liberados* (México, 1966), *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario y menores infractores* (México, 1967), y *Manual de prisiones. La pena y la prisión* (México, 1970), de García Ramírez; *La rehabilitación desde procesados* (México, 1966), de Carlos Martín del Campo; *La Ley de ejecución de penas del Estado de México* (Toluca, 1969), de González Bustamante, Carrancá y Rivas y García Ramírez, y *Método para la aplicación práctica de la Ley de Normas Mínimas para la readaptación de sentenciados* (México, 1973), de Malo Camacho. Asimismo, cf. de Sánchez Galindo la obra citada en la nota 190. De los Congresos penitenciarios de este siglo existen la *Memoria* (México, 1934) del Primero, el folleto *Conclusiones* (Toluca, 1953) del Segundo, y el volumen *Tercer Congreso Nacional Penitenciario* (Toluca, 1969) sobre este mismo, cuyos documentos han sido íntegramente reproducidos, además, en la *Revista Mexicana de Derecho Penal*, núm. 29, 1969, pp. 21-77. Al Cuarto, parcialmente, dedicó la *Revista Michoacana de Derecho Penal* el núm. 15, 1973.

Hemos integrado las conclusiones del Segundo CNP, que aparecen incompletas en el folleto citado, en nuestra revisión para la que tuvimos en cuenta los documentos originales, "El Congreso Nacional Penitenciario de 1952", en *Criminalia*, año XXXV, 1969, núm. 4. Acerca del Tercer CNP, cf. asimismo nuestra reseña *Crónica y notas sobre el Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, rev. cit., pp. 183 ss.

Es de lamentar la falta de actualidad de una obra fundamental: *Les grands systèmes pénitentiaires actuels*. Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris. Lib. du Recueil Sirey, París, t. I, 1950, y t. II, 1955. El capítulo sobre México, debido a Javier Elola y publicado bajo el título de *Le système pénitentiaire de Mexique*, carece totalmente de correspondencia con la realidad actual.

17 En el debate sobre la conveniencia o inconveniencia de autonomía legislativa del Derecho penitenciario, suelen mostrarse desfavorables a ella incluso quienes afirman la autonomía científica. Es, *verbi gratia*, el caso de Chichizola, cf. *Derecho ejecutivo penal*, rev. cit., 693-4. Sobre las tentativas de codificación, cf. *idem.*, pp. 694-5. González Bustamante pidió a la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados (Lima, Perú, 1947) promover entre los países americanos "que, como complemento de su legislación penal, se expida el Código de ejecución de sanciones". *Bases jurídicas comparadas en el tratamiento de los presos*, p. 61. Se ha dicho que "la Ley de Ejecución de Sanciones, en el aspecto constitucional, es un corolario del apotegma *nulla poena sine praevia lege*, en cuanto garantiza al condenado de las arbitrariedades de la ejecución", Moreno Henríquez, *Bases generales para la elaboración de la Ley de ejecución de sanciones*, rev. cit., p. 147.

NOTAS Y REFERENCIAS

113

¹⁸ Las fuentes propias del Derecho penitenciario son, dice Bernaldo de Quirós, la Constitución política del Estado, el Código Penal, las leyes ejecutivas, los reglamentos institucionales, las resoluciones administrativas y las costumbres carcelarias. *Cf. Lecciones de Derecho penitenciario*, pp. 15-6.

¹⁹ El Derecho penitenciario se imparte en forma autónoma en la especialidad de ciencias penales, dentro de la División de Estudios Superiores de la Facultad de Derecho de la UNAM. *Cf. el programa condensado de esta disciplina en Facultad de Derecho, División de Estudios Superiores, Planes de estudio y programas*, p. 44. Ante la Quinta Conferencia Interamericana de Abogados (Lima, Perú, 1947), González Bustamante solicitó: "Recomiéndese a las universidades y escuelas de Derecho de América, que en su plan de estudios se incluya la cátedra de Derecho Penitenciario." *Bases jurídicas comparadas en el tratamiento de los presos*, p. 60.

²⁰ Esta definición, de Novelli, ha sido acogida en el programa de la materia correspondiente en la División de Estudios Superiores de nuestra Facultad de Derecho. *Cf. Planes de estudio y programas*, p. 44. Otras definiciones son: la disciplina jurídica 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 la cual entran hoy también las llamadas medidas de seguridad, 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". Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho penitenciario*, pp. 9-10. Acerca del concepto de "penas centripetas de libertad", *cf. idem*, p. 34. Cuello Calón, refiriéndose al Derecho de ejecución penal, indica que "contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado". *La moderna penología*, p. 13. Según González Bustamante, el Derecho penitenciario es "el conjunto de normas para la ejecución de las sanciones, de acuerdo con los fines jurídicos y sociales, que impone el Estado al realizar su función punitiva". *Principios de Derecho procesal penal mexicano*, p. 317. Altmann Smythe escribe: "El Derecho Penitenciario —que establece la doctrina y las normas jurídicas de la denominada defensa social después de la sentencia— constituye una nueva disciplina, llamada a tener en el futuro una importancia cada vez más considerable. También se le conoce bajo el nombre de Derecho de Ejecución Penal." *Bases para un plan de futura política penitenciaria nacional*, p. 135. Pettinato considera que el Derecho penal ejecutivo es "el conjunto de normas positivas que se relacionan a los diferentes sistemas de pena; a los procedimientos de aplicación, ejecución o cumplimiento de las mismas; a la custodia y tratamiento; a la organización y dirección de las instituciones y establecimientos que cumplen con los fines de la prevención, represión y rehabilitación del delincuente, inclusive aquellos organismos de ayuda social para los internos y libertados". "Relaciones entre el Derecho penal y los sistemas penitenciarios", en *Memoria de la Primera Mesa Redonda Centroamericana de Derecho Penal*, p. 357.

²¹ Como "el *ius puniendi* pertenece al Estado y la ejecución penal se efectúa de oficio, sin que esté sujeta a que el o los acusadores durante la fase de conocimiento insten su puesta en marcha, no cabe, en rigor, hablar en dicha esfera de *actio iudicati* o ejecutiva, cual, en cambio, en materia civil, aunque sí, claro está, de la otra proyección de las sentencias firmes, o sea la *exceptio rei iudicatae*, o de cosa juzgada". *Síntesis del Derecho procesal*, p. 239.

²² No sólo en la historia del Derecho mexicano se ha condicionado la desaparición de la pena capital al progreso de la carcelaria (al respecto, *cf. Ceniceros, Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, pp. 220 ss.; y García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 45-7). Así, la ampliación considerable

del máximo de la de prisión y la esperanza depositada en la nueva Cárcel Penitenciaria, permitió en Uruguay restringir la aplicación de la pena de muerte. Hasta antes de la Ley 1 804, de 19 de junio de 1885, "la Magistratura, constreñida a elegir entre diez años de presidio o la muerte, mal podía hacer verdadera justicia, ni era lógico, tampoco, sentenciar con la esperanza del indulto a concederse por el Primer Magistrado". Cf. Tomé, *Antecedentes nacionales de la individualización de la pena*, rev. cit., pp. 140 ss.

²³ Es corriente la opinión de que la cárcel, como pena, no como medida de cautela procesal, data de fecha relativamente reciente. Según Ulpiano: *carceres enim ad continendos homines, non ad puniendos haberi debent* (Dig. lib. 48, tit. XIX, Frag. 8, párr. 9). Decía Cynus: *carcer introductus est non ad poenam, sed ad custodiam*. En la ley 2ª, tit. II, de la VII Partida, se aclara: "ca la carcel debe ser para guardar los presos, e non para facerles enemiga, nin otro mal, nin darles pena en ella", a lo que la ley 4ª, tit. XXI, de la misma Partida agrega: "ca la carcel non es dada para escarmentar los yerros, mas para guardar los presos tan solamente en ella fasta que sean judgados". En concepto de Ruíz Funes, la prisión de pena es un invento del Derecho canónico. Cf. *La crisis de la prisión*, p. 76, Cf., además, Neuman, *Evolución de la pena privativa de libertad y regimenes carcelarios*, pp. 29 ss., y Ribeiro de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva*, pp. 51 ss. Fue por todo ello, sin duda, que en su hora Beccaria explicó: "La prisión es una pena que necesariamente debe preceder a la declaración del delito, a diferencia de cualquiera otra." *Tratado de los delitos y de las penas*, p. 74. Este criterio no se acepta, empero, sin contradicción; lo cierto es que muchas de las formas de pena al uso de muy antiguo, aparejaban la total privación de libertad; sin embargo, no se ha aceptado que dicha privación constituya la nota distintiva de semejantes medidas penales, como la condena *ad metalla*, las galeras, el trabajo en minas, arsenales o fortificaciones, etc. La prisión, se dice, surge al cabo de cierto tiempo como una variante de la servidumbre penal. Cf. al respecto Sellin, "Un regard sur l'histoire de la prison", en *Les nouvelles méthodes de restriction*, pp. 97 ss. "La pena privativa de libertad no tiene una larga historia —enfatisa Von Hentig—. Hay antecedentes mecánicos, pero el encierro descansaba entonces en otras razones." *La pena*, t. II, p. 185. Tomando como fuentes a Sahagún, Pomar y la Relación a Mendoza, Kohler refiere que entre los antiguos mexicanos se practicaban las penas de reclusión en cárcel estrecha y de arresto en la propia habitación; en Michoacán la encarcelación era frecuente. Cf. *El Derecho de los aztecas*, rev. cit., p. 72.

²⁴ Las características propias del Derecho inglés le hacen proclive al abandono de la legalidad penal. Tal aconteció, en 1933, en *R. vs. Manley*. Cf. Friedman, *El Derecho en una sociedad en transformación*, pp. 67-8.

En principio, la formulación de definiciones materiales de delito invita a la decadencia del principio de legalidad. El siguiente paso sería, en efecto, incriminar todas las conductas que encuadrasen en el tipo gigantesco.

Cancelada la integración analógica en la Unión Soviética merced al afianzamiento del principio de legalidad en las Bases de 1958 (y se afirma que ya antes, de hecho, habíase descartado esta integración. Cf. Floris Margadant, *El procedimiento penal soviético*, en rev. cit., p. 29, y Smirnov, "Acerca de las Bases de la legislación penal de la URSS y de las Repúblicas federadas", en *Bases*, p. 28) y en el Derecho alemán, gracias a la Ley del Consejo de Control, de 30 de enero de 1946, sólo perdura en algún país septentrional, sin resistencia de la doctrina (sobre el caso de Dinamarca, cf. Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, pp. 500-2) y en la República Popular China. Aquí coexisten las analogías *legis y juris*. Cf. Cohen, *The criminal process in the people's Republic of China. 1949-1963. An introduction*, pp. 298 y 509.

²⁵ En el Derecho tutelar de menores infractores "ya se ha abandonado

totalmente el requisito de legalismo". Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal*, t. II, p. 392. Hemos dicho que la tipicidad aparece sólo falta de descripción legal de la conducta que presta base al procedimiento, la cual, empero, ha de quedar genéricamente indicada: abandono moral, abandono material, perversión, peligro de corrupción, corrupción, vagabundaje, etcétera. De tal suerte, el juez no crea los conceptos, sino éstos son dados por la ley; el juzgador los integra e interpreta (ambas cosas), situación no exenta, por supuesto, de peligro, pero también consecuente con los fines del Derecho tutelar de menores y con su extracción del penal ordinario. Cf. *Los principios inquisitivo y acusatorio en el enjuiciamiento especial de menores infractores*, en rev. cit., p. 47. Con base en estas consideraciones, se plantean dos sistemas: a) los que reclaman la adecuación de la conducta del sujeto al tipo inscrito en el Código penal o en las normas contravencionales, y b) los que abandonan dicha exigencia y amplían considerablemente los supuestos de acción de los órganos tutelares. Cf. *Los principios inquisitivo y acusatorio en el enjuiciamiento especial de menores infractores*, rev. cit., pp. 48-9. Sobre la misma cuestión, cf. Ibáñez de Moya Palencia, *Los menores infractores*, rev. cit., p. 56.

²⁶ Como en los artículos 25 de la Constitución italiana y 199 del Código penal del mismo país. Establecida con rango constitucional la legalidad en cuanto a medidas asegurativas, se ha escrito que "nos hallamos, pues, ante una garantía particularmente necesaria en este momento histórico, en el cual el 'mito' de las medidas de seguridad, aplicadas en nombre de la defensa social, parece fascinar aun a hombres ilustres, que olvidan que las medidas de seguridad, por su tendencia están en oposición con los principios del Estado de derecho, a lo menos tal como nos lo ha legado la tradición liberal. Síguese de esto la necesidad de establecer por ley la naturaleza, las especies y los presupuestos de la medida de seguridad." Betiol, *Derecho penal. Parte general*, p. 32.

Así las cosas, la aplicabilidad de las medidas de seguridad en Italia se subordina a dos condiciones: la comisión de un hecho previsto por la ley como delito y la peligrosidad del reo; sólo en dos casos se prescinde de la primera condición: delito imposible, es decir, tentativa no punible por inidoneidad de la acción o inexistencia del objeto, e instigación y acuerdo para cometer un delito, cuando éste no se perpetra. Cf. Antolisei, *Manual de Derecho penal. Parte general*, p. 565.

²⁷ Subrayó Freudenthal que "la ejecución penal es una relación de Derecho en la que debe ser impuesta al condenado sólo aquella limitación que corresponda a la pena pronunciada por el juez". Cit. Cuello Calón, *La moderna penología*, p. 262.

El reconocimiento y la defensa de los derechos del condenado parte de la consideración de éste como sujeto, no sólo objeto de tratamiento y manipulación, y de la conciencia de que si la condena ha restringido o privado de ciertas facultades jurídicas, ha dejado vivas otras muchas, en cambio, que es preciso respetar. Cf. Tolar y Novotny, *La protection des droits civils des personnes en état d'exécution de la peine privative de liberté*, rev. cit., p. 313. Las limitaciones, sin embargo, son fundamentales y muy numerosas, en el triple terreno de los derechos políticos, de las libertades individuales y de los derechos sociales. Cf. *idem*, pp. 316 ss.

Por lo que hace a medidas disciplinarias de las que *infra* se habla, éstas no deberán obstruir en ningún caso la reforma del recluso (cf. Cuello Calón, *La moderna penología*, p. 338), pues de lo contrario un capítulo del tratamiento alteraría el sentido y la marcha totales de éste. V. RM 29-32, y sobre materia premial, RM 70.

²⁸ El problema de la legalidad en el dominio de las contravenciones se ha presentado a la luz de la Constitución francesa de 4 de octubre de 1958. Antes de ésta, los crímenes, los delitos y las contravenciones, así como las penas correspondientes, quedaban precisados sólo por la ley; era posible

que los reglamentos fijasen las contravenciones, pero no su sanción. En cambio, el artículo 34 de la nueva Constitución hizo materia legal sólo "la determinación de crímenes y delitos, así como también de las penas que les son aplicables, el procedimiento penal y la amnistía" y "la creación de nuevos órdenes de jurisdicción". Dado que al amparo del artículo 37 del mismo ordenamiento todas las materias que no son del dominio de la ley tienen carácter reglamentario, ocurre que tanto la fijación de las contravenciones como la de las penas respectivas se llevan al reglamento. En este sentido se han pronunciado el Consejo de Estado, en fallo de 12 de febrero de 1960, y el Consejo Constitucional, en resolución de 19 de febrero de 1963. Cf. Stefani, *Domínio de la ley y del reglamento en materia penal (según la Constitución francesa del 4 de octubre de 1958)*, en rev. cit., pp. 91-8. Frente a la situación descrita debe apuntarse que si la noción misma de contravención ("la infracción que las leyes sancionan con penas de policía") está consignada en el Código penal, el legislador retiene el dominio último sobre las contravenciones, amén de que también es en la ley donde se estipulan las normas de Derecho penal general de las contravenciones (atenuantes, *sursis*, reincidencia, agravamiento de la pena, etc.)

Han menudeado las críticas contra el abandono parcial del principio de legalidad (se habla de "dos fuentes del Derecho penal", de "una revolución en el Derecho penal", de "la decadencia de la ley"), contrario —se dice— a las reglas de la Declaración de 1789, a la que el preámbulo de la Constitución de 1958 proclamó adhesión. Si antes se exigía ley para lo que ahora basta reglamento, era "porque se estimaba, con justo título, que los ciudadanos debían ser garantizados, no solamente contra el arbitrio del juez (para lo cual hubiera bastado un reglamento) sino además contra el arbitrio del poder ejecutivo. Confiando, precisamente, a este último, la tarea de definir y sancionar las contravenciones, esta última protección ha desaparecido". Stefani, *idem*, pp. 104-5.

Sobre el Derecho mexicano, cf. lo que decimos en "El principio de la legalidad penal y el defectuoso sistema mexicano sobre las contravenciones", en *Manual de prisiones*, pp. 195 ss. Considérese, sin embargo, que ha variado la situación que tuvimos en cuenta por lo que hace al Distrito Federal, debido a la expedición de reformas al Reglamento de tránsito, de 1º de abril de 1970, y a la promulgación de los Reglamentos de faltas de policía y de Tribunales Calificadores, de 30 de junio de 1970.

²⁹ La desconexión entre el Derecho penal y el contravencional lleva a éste, a veces, absurdos o injusticias largamente superados por aquél. Cf. la crítica de Carrancá y Trujillo a una tentativa de incorporar la integración analógica en el ordenamiento contravencional, en *Proyecto de Reglamento de faltas de policía*, en rev. cit., p. 527.

³⁰ La primera parte de la RM 35 postula: "A su ingreso cada recluso recibirá una información escrita sobre el régimen de los reclusos de la categoría en la cual se haya incluido, sobre las reglas disciplinarias del establecimiento y los medios autorizados para informarse y formular quejas; y cualquier otra información necesaria para conocer sus derechos y obligaciones, que le permita su adaptación a la vida del establecimiento." Al respecto, cf. *Instructivo para los internos del Centro Penitenciario del Estado de México*, en rev. cit., pp. 280 ss.

³¹ Aun autores que sustentan, en otros puntos, posiciones irreconciliablemente antitéticas, se unifican al reivindicar a la ejecución de penas para el Derecho procesal penal. Cf. Carnelutti, *Sistema de Derecho procesal civil*, t. I, p. 217; y *Elementos de Derecho procesal penal*, pp. 468-9 y 484. Para Chiovenda, "la ejecución de la sentencia penal es mera administración" *Principios de Derecho procesal civil*, t. I, p. 401. Por su parte, Leone formula algunas puntualizaciones: "en lo que respecta a la vinculación de la sanción con el derecho subjetivo estatal de castigar, la ejecución entra

NOTAS Y REFERENCIAS

117

en el Derecho penal sustancial; en lo que respecta a la vinculación con el título ejecutivo, entra en el Derecho procesal penal; y en lo que atañe a la actividad ejecutiva verdadera y propia, entra en el Derecho administrativo..." Mas en definitiva, su opinión es adversa a la asimilación: "La remisión a una presencia e inmanencia de la función jurisdiccional en la ejecución... no puede inducir a asignar carácter jurisdiccional a la ejecución... Se afirma de este modo la exclusión de cualquier carácter jurisdiccional y, por tanto, procesal, de la ejecución penal." *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, pp. 472-4.

³² Ya hemos indicado nuestro parecer contrario a la opinión de que la corriente procesalista ha humanizado la pena. Cf. *El juez penal y la criminología*, en rev. cit., p. 593 n. 20. En el sentido criticado se sitúa Fenech cuando afirma que "mientras la pena ha sido estudiada en otros campos jurídicos, distantes más o menos del proceso, se ha observado una gran tendencia a deshumanizar el concepto, a reconducir la investigación al campo de la norma positiva, y a olvidar que quien sufre la pena es el hombre, y que sólo si este sufrimiento sirve para algo tiene el instituto penal su debida justificación. En cambio, cuando han sido los procesalistas, singularmente Carnelutti, quienes han planteado el problema penal como fundamento del proceso, la pena se ha humanizado". *Derecho procesal penal*, vol. II, p. 1256. En realidad, los grandes cambios en la historia de las penas, inclusive, desde luego, su humanización, han sido obra de extraños al Derecho; así, Beccaria, con *De los delitos y de las penas* (1774), Howard, con *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales, con observaciones preliminares y reporte de algunas prisiones extranjeras* (1777), y Lombroso, con *El hombre delincuente* (1876). En torno a la atenuación de las penas, cf. nuestro comentario "La humanización de las penas" en *Manual de prisiones*, pp. 31 ss.

³³ "Es una deplorable realidad que existe una falta de entendimiento crónica entre los juristas y los cultivadores de las ciencias sociales, inclusive psiquiatras, incomprensión que tiene la naturaleza de una guerra fría. Esto es lamentable, porque de los miembros de esas dos profesiones espera la sociedad el mayor aporte para la solución del problema de la delincuencia." Menninger, *The crime of punishment*, p. 90. Profesionalmente, los juristas y los psiquiatras hablan dos idiomas diferentes. *Idem*, p. 96. Un aspecto del conflicto es el deseo de algunos juristas de "minimizar la criminología, a la que consideran como una especie de máquina infernal demasiado peligrosa para el Derecho penal". Bouzat, "L'enseignement de la criminologie dans les Facultés de Droit en France", en *L'équipement*, p. 58. De esta perturbadora incomprensión recíproca, en la que todas las profesiones tienen su parte de culpa, y que perjudica a la administración de justicia penal en todas sus fases, nos hemos ocupado en "Psiquiatría, psicología y Derecho penal", en *Manual de prisiones*, p. 30. Señala Radzinowicz que "la consolidación de la posición del Derecho penal y los adelantos logrados al enseñarlo en su contexto criminológico, o al menos penalístico, más amplio, están relacionados con el fortalecimiento de sus conexiones con la psiquiatría forense". *En busca de la criminología*, página 160.

En rigor, la psiquiatría, y particularmente el psicoanálisis, han pugnado por ingresar en las consideraciones judiciales. "La exigencia de Liszt de que el tribunal juzgara, no el hecho, sino al malhechor, sólo tenía la efectividad de un deseo piadoso, hasta que Freud desarrolló la investigación de la personalidad como una ciencia exacta. Y la admisión del psicoanálisis en el foro significará el primer paso hacia la realización de aquella exigencia." Alexander y Staub, *El delincuente y sus jueces desde el punto de vista psicoanalítico*, p. 47.

³⁴ Es el punto de vista de Carnelutti cuando afirma que, "considerado en su conjunto, el proceso penal continúa a través de la fase ejecutiva

hasta el último acto necesario a la realización de la pena, y, por lo mismo, si ésta fue la de muerte, hasta que se mate al culpable, o hasta la completa expiación de la pena restrictiva de libertad. Por ello, el carcelero e incluso el verdugo forman parte del oficio ejecutivo penal, en la misma medida que el oficial judicial o el custodio, del oficio ejecutivo civil". *Sistema de Derecho procesal civil*, t. I, p. 217.

³⁵ Se trata, como es evidente, de las teorías de Hellwig (relaciones sólo entre el juzgador y las partes), Bülow y Wach (relaciones entre los tres sujetos procesales) y Kohler (relación sólo entre el actor y el demandado). Cf. Goldschmidt, "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal", en *Principios*, t. II, p. 73; y Couture, *Fundamentos del Derecho procesal civil*, pp. 134-5.

³⁶ Pero en el Derecho mexicano distrital el juez ha desaparecido del trámite de la libertad preparatoria, solución que estimamos acertada. Sobre el particular se formuló puntual advertencia en la Exp. de Mot. de la iniciativa de reformas al Código de procedimientos penales. Cf. este documento en Senado de la República, *El proceso legislativo*, p. 31. Nuestra opinión aparece en *La reforma penal de 1971*, pp. 50-1.

³⁷ También se excluyó la intervención del Ministerio Público del trámite de libertad preparatoria conforme al Derecho mexicano distrital. Cf. *op. y loc. cit.*, en la nota anterior.

³⁸ En Derecho penal, dentro del instituto excluyente de tipicidad o de antijuridicidad del consentimiento, es corriente atribuir éste al ofendido; en rigor, quien consiente válida y eficazmente, desde el punto de vista jurídico, no puede ser verdadero "ofendido". En la doctrina mexicana, Porte Petit opta por hablar del "consentimiento del interesado". Cf. *Programa de la parte general del Derecho penal*, p. 501. Nosotros preferimos referirnos al "legitimado", concepto puramente formal que alude sólo a la persona a quien jurídicamente se faculta, autoriza, atribuye la potestad o "legítima" para consentir o perdonar, en su caso. No siempre es el titular del interés el único legitimado para estos efectos.

³⁹ Refiriéndose al perdón en el adulterio, que no sólo extingue la pretensión, sino incluso la pena —régimen que no es, ni con mucho, exclusivo del Derecho mexicano— González de la Vega observa: "esto último repugna a la tradición jurídica, ya que la sentencia punitiva se anula ante una especie de indulto por gracia en manos de particulares". *Derecho penal mexicano. Los delitos*, p. 447.

⁴⁰ En el Derecho mexicano se abre paso la intervención del defensor en tareas que exceden de su típica misión procesal. Esto acontece en el régimen de la defensoría de oficio. Si bien se suele facultar al abogado para recibir las quejas que su asistido formule por mal tratamiento en el reclusorio, también se le atribuye alguna función correccional que lo sitúa, en cierta forma, dentro de las piezas de la readaptación social. En el Reglamento de la Defensoría de Oficio Federal, de 1922, se pone a cargo de los defensores "estudiar, durante las visitas a que se refiere la prescripción anterior (las visitas de cárcel), la inclinación viciosa de los reos, aconsejándolos y exhortándolos solícitamente, en la forma que estimen conveniente, para su regeneración moral" (artículo 2, fracción III). Bajo el Reglamento de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal, de 1940, los defensores pueden sugerir "las medidas conducentes para el mejoramiento del régimen penitenciario y la readaptación de los delincuentes" (artículo 16). Cf. el panorama que trazamos en *Noticia sobre el defensor en el Derecho mexicano*, en *op. cit.*, pp. 398 ss.

⁴¹ La jurisdiccionalización del régimen ejecutivo ha suscitado entusiasmo. Así, Da Costa Jr. cierra su examen del asunto diciendo: "Casi nos sentimos tentados a proponer la adopción de un lema grandilocuente: en materia de ejecución de la pena, lo mismo que en materia de aplicación de la pena, ¡todo el poder al Magistrado!" Paulo José Da Costa Jr., *Rela-*

ciones entre la policía y el órgano jurisdiccional en el proceso de ejecución de la pena, rev. cit., p. 36. Por lo que hace al campo de las medidas de seguridad, ámbito de particular interés para el juez ejecutor, Fairén Guillén advierte que "si aparece ya con frecuencia en los ordenamientos nacionales el "Juez de ejecución penal" o "penitenciario", este personaje debe tener su correlativo en materia de peligrosidad; pero encomendándose la tarea al mismo Juez que condenó, por tratarse de un proceso en el que la intermediación constante es una de las claves de la readaptación del peligroso a través del cumplimiento de la medida". *Problemas del proceso por peligrosidad sin delito*, p. 207.

⁴² En torno a experiencias y sugerencias nacionales, diversas de la italiana y la francesa, cf. Belezza dos Santos, *Le juge d'exécution des peines au Portugal*, en rev. cit., pp. 401 ss.; François, *Le nouveau Code pénal monégasque*, en rev. cit., p. 298; Cannat, *Les dispositions pénitentiaires du nouveau Code pénal de Monaco*, en rev. cit., p. 370; y Herzog, *L'avant projet de Code d'exécution des peines du Brésil*, en rev. cit., pp. 641-2. Véanse asimismo, el principio de jurisdiccionalización que incorpora el artículo 121 de la Ley Penitenciaria Nacional, de Argentina, y el requerimiento jurisdiccionalista de González Bustamante, para el Derecho mexicano. Este último, en *La reforma penitenciaria en México*, p. 17.

⁴³ Es la resuelta opinión de Florian. Cf. *Elementos de Derecho procesal penal*, pp. 471-2. Sobre la función del *giudice*, en la doble área de las penas y las medidas, baste recordar que tiene a su cargo, en cuanto a las primeras, el dictado de providencias generales, la información acerca de cuestiones diversas entre las que descuelga el trabajo sin vigilancia, y la resolución sobre reclamaciones formuladas por los penados contra resoluciones que los perjudiquen; y por lo que hace a las medidas, puede el *giudice* aplicar en la fase de ejecución nuevas medidas o modificar, sustituir o hacer cesar las originalmente impuestas. Sus tareas son, en suma, inspectoras, consultivas y deliberativas. Cf. Leone, *Tratado de Derecho procesal penal*, t. III, p. 513.

Leone estima que el juez de vigilancia o inspector es "una oportuna, audaz y apreciadísima innovación de los Códigos de 1930 (art. 144 Cód. pen., art. 585, Cód. proc. pen.), integrados por el Reglamento penitenciario (art. 4 y sigtes.)". *Idem*, p. 513. Y en cuanto al carácter de dicha figura, opina: "Pese a la clara voluntad del legislador de asignar al juez de vigilancia naturaleza de órgano administrativo, creemos que, limitadamente a las funciones deliberativas, es, en cambio, órgano de la jurisdicción. A esta conclusión lleva, no ya la consideración de que se trate de un magistrado, y menos todavía de un juez, ya que puede haber jueces asignados a funciones meramente administrativas; sino el atento análisis de la esencia de las providencias que el juez de vigilancia da en sede de funciones deliberativas. Dicho análisis desemboca en la constatación de que se trata siempre de providencias concernientes a derechos subjetivos del condenado..." *Idem*, pp. 519-21.

Sobre los buenos resultados que en la práctica ha tenido la institución del juez ejecutor, cf. Vassalli y Erra, "Le système pénitentiaire de l'Italie", en *Les grands systèmes*, t. I, pp. 243-4.

⁴⁴ El *juge de l'application des peines* nació en Francia bajo la doble fuerza de la doctrina interna y del ejemplo de la experiencia portuguesa e italiana. Cf. sobre esta figura, Malherbe, *Le juge de l'application des peines*, en rev. cit., pp. 645 ss.; y Schmelck y Picca, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, pp. 187 ss. Cabría sistematizar las atribuciones del *juge* en los siguientes capítulos: tratamiento institucional (vigila la individualización, resuelve sobre el desarrollo de la progresividad, preside la comisión de clasificación, acuerda la concesión de medidas de confianza, actúa en materia premial, absuelve consultas y emite opiniones), materia orgánica (opina sobre reglamentos internos y acerca de candidatos a visitantes de

prisión), libertad condicional (asume la iniciativa en este campo, preside el comité encargado de la actualización de las medidas inherentes, adopta resoluciones que afectan las condiciones jurídicas o materiales del excarcelado, propone la revocación), condena condicional (preside el comité que controla la ejecución de las medidas respectivas, ejerce autoridad sobre los agentes de la probación, asistentes sociales, etcétera, adopta medidas que modifican o conducen a la modificación de la situación jurídica del reo), liberados (preside el organismo de asistencia, controla las medidas de auxilio a reos indigentes, supervisa los albergues para excarcelados, coordina a las entidades encargadas de la asistencia posliberacional), miscelánea (emite opinión sobre medidas conectadas a otras penas y orienta el régimen de control y asistencia a vagabundos).

Al igual que en Italia, en Francia arroja un saldo muy favorable la institución del juez ejecutor, ese satélite autónomo entre la jurisdicción y la administración a que se refiere Schmelck, que "constituye un gran progreso con respecto al pasado". Desde luego, también aquí se hace cuestión acerca de su naturaleza administrativa o jurisdiccional, porque es claro que entre sus atribuciones se cuentan las de uno y otro poderes. Cf. Schmelck y Picca, *Pénologie et Droit pénitentiaire*, pp. 199-201.

⁴⁵ Fairén Guillén, partidario de que la ejecución de penas se regule en el Código procesal y que, por lo mismo, apoyó en este punto —en otros le criticó duramente— al proyecto de Bases del Código procesal español, estima que "la dirección de la ejecución de las penas debe corresponder a los Tribunales"; y explica: "No se trata de que los Jueces se conviertan en Directores de Prisión; sí de que no queden al margen, desinteresados de la ejecución de la pena ni de la medida de seguridad." *Presente y futuro del proceso penal español*, en rev. cit., pp. 94 ss.

⁴⁶ Una solución de compromiso o de tránsito, que a la despenalización suma, sin embargo, la posibilidad de contar con las garantías jurisdiccionales inherentes al Derecho penal general, sería la opción en favor del encausado entre la vía procesal administrativa y la judicial. Así, en Polonia, donde los órganos administrativos están facultados para imponer arresto hasta por tres meses y multa que no exceda de 4 500 zlotys, el infractor tiene siempre derecho a solicitar y obtener que su caso sea reconducido a la vía judicial. Cf. Cieslak, *Le régime des droits de l'inculpé dans le procès pénal de la République Populaire de Pologne*, en revista citada, página 212.

⁴⁷ Recientemente ha habido movimiento hacia la adopción de mayores elementos acusatorios en el régimen procesal de los menores infractores. Así aconteció en los Estados Unidos, merced a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia *In Re Gault*, de 1967, que llevó a este terreno varios de los derechos que asisten a los adultos delincuentes al amparo del *due process of law*. Cf. Cayton, *Relationship of the probation officer and the defense attorney after Gault*, en rev. cit., p. 8.

⁴⁸ Aún se dista mucho, sin embargo, del ideal positivista procesal de Ferri, para quien tras la averiguación acerca de la autoría del hecho y la determinación de los móviles y circunstancias de éste "sólo un problema queda: ¿a qué categoría antropológica pertenece el acusado?" "El debate entre defensa y acusación, debate científico, versará sobre los síntomas del delincuente, las circunstancias del hecho y su significado antropológico-social, así como en torno al medio defensivo más adecuado para aplicarlo al sujeto." Cf. *Sociología criminal*, t. II, pp. 215-6 y 227.

Creemos que en la antigua antinomia entre juzgador mixto y juez sólo penal, ha de optarse sin duda por la especialización. Así lo entendió, a moción nuestra, el Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas, 1966). Cf. *Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, cit. páginas 295 y 317. Asimismo, las jornadas internacionales de criminología —XIX Curso Internacional de Criminología (Mendoza, Argentina, 1969) hicieron

NOTAS Y REFERENCIAS

121

suya esta conclusión contenida en nuestra ponencia: "La especialización judicial penal conduce a rechazar la existencia de jurisdicciones mixtas, civiles y penales, sin perjuicio de que el Juez penal pueda conocer de la reparación del daño privado causado por el delito." *El Juez penal y la criminología*, en rev. cit., p. 590.

⁴⁹ Sobre la naturaleza de la ejecución de penas existe en México franca oposición entre los criterios legal y doctrinal. El primero se encuentra claramente captado en el artículo 1º, fracción IV, del Cfpp., que incluye a la ejecución entre los periodos del procedimiento penal. A su vez, el Cppdf., que carece de precepto similar al federal citado, incurre tácitamente en el mismo pensamiento y aun le lleva a mayores extremos, en cuanto se ocupa en el régimen de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social (artículos 673-675), materia que en otros casos ha sido objeto, con o sin acierto, de la ley de ejecución penal.

Ahora bien, no obstante la influencia de Florian, sobre el procesalismo penal mexicano, nuestra doctrina es mayoritariamente adversa a dicha inclusión. Que la ejecución de penas no forma parte del procedimiento penal, es el punto de vista de Rivera Silva, cf. *El procedimiento penal*, pp. 35-36; Piña y Palacios, *Derecho procesal penal (apuntes para un texto y notas sobre amparo penal)*, p. 122; González Bustamante, *Principios de Derecho procesal penal*, p. 124, y Colín Sánchez, *Derecho mexicano de procedimientos penales*, t. I, p. 228. Por su parte, Julio Acero tácitamente acepta que la ejecución forma parte del procedimiento, por más que de ordinario sale del judicial y está confiada a la autoridad administrativa. Cf. *Procedimiento penal*, pp. 41 y 447 ss. Franco Sodi, al mencionar los periodos del procedimiento conforme al CFPP, no emite opinión adversa a la incorporación. Cf. *El procedimiento penal mexicano*, pp. 169-70. En sentido jurisdiccionalista se pronunció Rafael de Pina. Cf. *Código penal para el Distrito y Territorios Federales*, p. 74.

⁵⁰ La criminología, la penología y la técnica penitenciaria no son disciplinas auxiliares, sino fundamentales, para el administrador de justicia, "y acaso, a medida que el futuro se hace presente, de mayor importancia que el Derecho mismo", dice Jiménez de Asúa. "El Juez penal: su formación y sus funciones", en *El Criminologista*, p. 117. El mismo autor recuerda que desde el Congreso de Derecho penal de Palermo ha venido sosteniendo la misma tesis, con respecto a psicología, antropología y sociología criminal. Cf. *Les rapports du droit pénal, de la science criminelle, de la criminologie et du droit pénal comparé*, en rev. cit., pp. 306-7. Acaso esto obstaría para hacer de criminología, antropología criminal, política criminal, psicopatología forense, etcétera, "ciencias auxiliares del Derecho procesal penal en su desenvolvimiento técnico", vale decir, informadoras de sus recientes desarrollos, como quiere Clariá-Olmedo. Cf. su *Tratado de Derecho procesal penal*, t. I, p. 94. No serían, pues, auxiliares, sino fundamentales para ese desarrollo, y tanto más si se piensa que el conocimiento de la personalidad del justiciable figura entre los fines específicos del proceso penal (fin ahora reforzado por medio del examen de personalidad; no se diga en el procedimiento preventivo, en el que tal examen va mucho más allá de lo que alcanza en el represivo); ahora bien, sólo por medio de las disciplinas mencionadas se puede obtener dicho conocimiento. Desde luego, disintimos de Clariá en incluir en el catálogo a la política criminal, a igual título que las demás disciplinas, y en sostener, implícitamente, la diferencia entre antropología criminal y criminología. También Pinatel observa que la criminología no es una mera ciencia auxiliar o anexa al Derecho penal. En rigor, dice, "en materia penal la criminología debe dominar la elaboración de la técnica jurídica", *Criminología y Derecho penal*, rev. cit., pp. 128-9.

⁵¹ Es evidente que hablamos en un sentido sumamente amplio, que más

quiere acentuar la relación entre la criminología y el trabajo penitenciario, que trazar un hecho profesional. Coincidimos con Wolfgang cuando postula que criminólogo sólo es aquel cuyo rol profesional está dedicado a la criminología. Cf. *La criminología y el criminólogo*, cit. Ni siquiera existe aún, se afirma, una profesión independiente de criminólogo, aun cuando sí existen, en potencia los factores necesarios para hacer de aquélla una profesión diversa de las que actualmente se localizan en esta área. Cf. Szabo, *L'enseñemant de la criminologie a l'Université de Montréal*, en *L'équipement*, pp. 100 ss. A tal punto existe aquí pluralidad profesional, que Canepa ha propuesto crear una Facultad de Criminología que imparta enseñanzas propedéuticas fundamentales jurídicas, sociológicas y médicas, a las que seguiría un curso bienal con orientación especializada en estas tres direcciones, todo lo cual culminaría en la diplomación o el doctorado de criminólogos juristas, criminólogos sociólogos y criminólogos médicos. Cf. *L'enseignement universitaire de la criminologie et de la médecine criminologique*, en *L'équipement*, p. 87.

⁵² Es clásico el pensamiento de Niceforo sobre la transformación del delito. "El mal y el dolor, escribía el criminólogo italiano, no se volatilizan, por consiguiente, bajo la llama abrasadora del progreso humano. Se transforman; y el delito, hijo primogénito del mal, obedece a esta ley. El delito no muere: se transforma, pasando de ambiente en ambiente, de civilización en civilización... Una de las transformaciones más evidentes que la criminalidad sufre en la sociedad moderna, es ésta: el delito que en la sociedad bárbara se realiza preferentemente mediante la violencia, ahora se realiza especialmente por el fraude... En vez de la sangre, el fraude; en vez del suplicio, la corrupción." *La transformación del delito en la sociedad moderna*, pp. 5-6. Sobre el cambio en la naturaleza de los delitos y en la categoría social de los delincuentes, cf. Lévy-Bruhl, *Evolution du crime et de la peine*, en *Déviance et criminalité. Textes*, pp. 64-6. En torno a la perennidad del delito, el mismo Niceforo expresa: "...el delito, enfermedad del espíritu, tampoco desaparecerá por completo, aunque se atenúe y transforme en sus manifestaciones. —En efecto: el delito no sólo es hijo del ambiente. Además tiene profundas raíces en el organismo humano, raíces que jamás podrán ser suprimidas. —Forman estas raíces dos ramas principales: la criminalidad latente, una; la degeneración orgánica, otra". *La transformación del delito en la sociedad moderna*, p. 135.

⁵³ En 1965, en Estados Unidos, país altamente desarrollado, el 13 % de los crímenes cometidos fueron de violencia; el 87 % restante, mayoritariamente contra la propiedad. Cf. Clark, *Criminal justice in America*, rev. cit., p. 746. La violencia aflora además en las subculturas, tan conocidas en el medio urbano. Existe, inclusive, una reacción de castigo contra quien se desvía de la norma de violencia aceptada por la subcultura. Cf. Wolfgang y Ferracuti, *Subcultura de violencia: un análisis interpretativo del homicidio*, rev. cit., pp. 509 y 511. En México, la criminalidad sigue siendo violenta, primitiva, muscular o atávica. Cf. Quiroz Cuarón, *La criminalidad en la República Mexicana y el costo social del delito*, rev. cit., p. 77. Acerca de nuestro país se debe observar que entre 1952 y 1966, el homicidio funcionó como tercera causa de mortalidad, con una tasa de 24.3 sobre 100 000 habitantes; así, vino después de la bronquitis aguda, con 25.8, y de la tuberculosis, con 24.7, y antes que hepatitis y cirrosis, con 23.8. Cf. Alfonso y Raúl Quiroz Cuarón, *El costo del delito en México*, rev. cit., p. 476. Sobre proyección para el año 2000, cf., del mismo A. Quiroz Cuarón, *La criminalidad en la República Mexicana*, rev. cit., pp. 60 ss. Para la progresión de años anteriores, cf. el fundamental trabajo de Quiroz Cuarón, Gómez Robleda y Argüelles, *Tendencia y ritmo de la criminalidad en México*, D. F., esp., pp. 112 y 125. Moreno señala que en nuestro país la criminalidad está pasando de la etapa muscular a la cerebral. Cf. *Problemas de la investigación criminalística en México*, rev. cit., p. 85.

NOTAS Y REFERENCIAS

123

⁵⁴ Como Szabo indica, el estudio de las relaciones entre urbanización y criminalidad constituye uno de los temas clásicos de la sociología desde fines del siglo XIX. Cf. "Urbanisation et criminalité", en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 176. Clinard realiza un resumen de los hallazgos comunes que en este sector se han producido; entre ellos destaca esta hipótesis: "Dada la heterogeneidad de la cultura urbana, en la ciudad se forman subculturas criminales que aseguran la continuidad de conductas delictivas; a medida que una región está urbanizada, es mayor la influencia de estas subculturas. Consecuentemente, su importancia es reducida en el medio rural." Cit., *idem*, p. 179. Ahora bien, Szabo concluye que el tema total debe ser objeto de un replanteamiento; en realidad, es necesario sustituir, para estos fines, el concepto de ciudad por el de "medio técnico", más abstracto y general, advirtiendo que la acción progresiva del medio técnico sobre el medio natural crea un nuevo medio físico-psico-socio-cultural, en el que el proceso de socialización halla obstáculos diversos. Cf. *idem*, p. 194. En el Segundo CNU se dedicó atención al tema (cf. *Informe de la Secretaría*, p. 66), al igual que en el Tercero (cf. *Informe de la Secretaría*, p. 14) y en el Cuarto (cf. *Informe de la Secretaría*, p. 22).

⁵⁵ Las concentraciones habitacionales (multifamiliares) poseen una eficiencia criminógena peculiar. Cf. Constant, *Geografía del crimen en París*, en rev. cit., pp. 286-8. Stanciu llega a esta conclusión: "Hay pues un determinismo en el amontonamiento de las habitaciones que constituye el factor criminógeno más importante. Estos datos rigurosamente comprobados deben hacer reflexionar a los partidarios de las ciudades verticales." *La criminalidad en París*, en rev. cit., p. 299. Por todo ello, Constant resuelve la necesidad de repensar los grandes conjuntos: "darles un alma —dice— y dotarlos de un rostro humano". *La criminalité dans les grands ensembles*, en rev. cit.

⁵⁶ En su examen del tema, Dinitz reconoce que "las cárceles y prisiones de Estados Unidos de Norteamérica han devenido en un microcosmos de los conflictos y males que aquejan a la sociedad norteamericana". *Motines y reformas en las prisiones*, rev. cit., p. 66.

El motín es la forma extrema, exacerbada, de insumisión carcelaria. En realidad, esta indocilidad adopta grados y matices innumerables, cuyas explicaciones son también diversas. Un denominador común podría ser, consciente o inconscientemente, el alzamiento contra la sociedad. Bien observa Peña Cabrera que "el detenido al rebelarse contra el Reglamento, se rebela al mismo tiempo contra la Sociedad, ya que las disposiciones disciplinarias representan a la Sociedad en la colectividad carcelaria". *Influencia del ambiente carcelario sobre la personalidad del delincuente*, rev. cit., p. 321.

Angela Davis, al enjuiciar la famosa rebelión en la cárcel norteamericana de Attica, advierte que los prisioneros en la Unión Americana, activistas políticos muchos de ellos, "han reconocido que el objetivo inmediato de su lucha ha de ser combatir las numerosas formas de opresión que se expresan concretamente en el sistema penal". De este reconocimiento, y de una correlativa tendencia, partió el motín de Attica. "La rebelión de Attica", en *Si llegan por ti en la mañana*, p. 45.

⁵⁷ Quiroz Cuarón comenta: "Dentro de la fisiopatología penitenciaria las fugas son hechos normales... Los internos son hombres temibles, como lo es todo hombre dominado por un solo pensamiento, y en los internos es uno solo el dominante: la libertad." "En el primer aniversario del Centro Penitenciario del Estado de México", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, pp. 32-3. Un famoso evadido, Charrière, consigna: "Al comprobar cómo el pasado se esfuma y pasa a segundo lugar en relación con la vida cotidiana, pienso que cuando uno llega al presidio debe prácticamente olvidarse de lo que ha sido, por qué cayó ahí y cómo, para no ocuparse más que de una sola cosa: evadirse. Yo me equivocaba, porque la cosa

más absorbente y más importante es mantenerse vivo." *Papillon*, p. 47. En torno a la compleja causación psicológica de las evasiones, Cf. Hildebrand, *The anatomy of escape*, rev. cit., pp. 60-2.

Ciertamente el instinto sexual es, como afirma José Agustín Martínez, "el que más trastornos ocasiona dentro de las prisiones". *Eros encadenado. El problema sexual en las prisiones*, rev. cit., p. 184. En el mismo sentido, Adato de Ibarra, quien dice que en las prisiones "la mayoría de los desórdenes se deben a problemas cuya raíz es de carácter sexual". *La cárcel preventiva de la ciudad de México*, p. 65.

⁵⁸ Los atentados y las uniones homosexuales violentas en las cárceles, tan frecuentes, sólo son posibles si las autoridades penitenciarias los toleran; en ocasiones esta tolerancia es hija de la indiferencia, en otras del vicio, en otras más de un torpe afán de mantener la tranquilidad en el reclusorio. Cf. Patterson, cit. Von Hentig, *La pena*, t. II, p. 315. En julio de 1968 el juez Alexander Barbieri, de Filadelfia, ordenó una investigación al recibir denuncia de un joven procesado en el sentido de que había sido objeto de repetidos ataques sexuales por parte de compañeros de reclusión. Los resultados de la investigación practicada durante tres meses por el fiscal y la policía de Filadelfia son abrumadores: se refieren sólo a tres instituciones, el Philadelphia Detention Center, la House of Corrections y la Holmesburg Prison, y revelan que en el curso de dos años hubo, en términos estimados, dos mil violaciones de reclusos a manos de otros internos, que frecuentemente actuaron en grupo para consumir su propósito. Cf. García Ramírez, "El crimen y su tratamiento en los Estados Unidos", en *Manual de prisiones*, p. 139.

⁵⁹ En un país profundamente influido por el problema racial, es lógico que esta cuestión alcance diversas manifestaciones en torno a la administración de justicia. Sobre la opinión norteamericana, según la raza, acerca de la acción de la justicia, cf. Harris, *Changing public attitudes toward crime and corrections*, en rev. cit., p. 10. V. la explicación de Von Hentig sobre raza y delito en *Criminología*, pp. 189 ss.; observa, en algún momento: "los acusados blancos tienen una esperanza considerablemente mayor de absolución". *Idem*, p. 207.

En algunas prisiones norteamericanas se ha observado que más de la mitad de los ataques sexuales consumados por presos negros, que constituyen el 80 % de la población de esos reclusorios, cobra víctimas entre reclusos blancos, lo que tiene, más que significado como torpe satisfacción sexual, sentido como acto de degradación de la víctima. Cf. nuestro estudio "El crimen y su tratamiento en los Estados Unidos", en *Manual de prisiones*, p. 140. El encarcelamiento de negros militantes que proceden de grandes centros urbanos y el descanso de la población blanca en algunas prisiones han dado como resultado que "los reos blancos han adquirido la psicología así como el vocabulario de un grupo minoritario". Cf. Dinitz, *Motives y reformas en las prisiones*, rev. cit., p. 74.

Henry Allen Bullock advierte que la administración de justicia en Estados Unidos aplica un doble estándar ético según sea la raza del infractor. Cf. "Significance of the racial factor in the length of prison sentences", en *Crime and justice in society*, pp. 427-8.

⁶⁰ Priva aún mucha controversia en torno al problema de la drogadicción, que día a día se torna más agudo. La política estatal en torno a esta materia ha sido objeto, inclusive, de acres censuras: sirve como cortina de humo para oscurecer cuestiones más delicadas, estima Joel Fort. Cf. *Social problems of drugs use and drug policies*, en rev. cit., p. 26. En nuestro estudio *Delitos en materia de estupefacientes y psicotrópicos*, núm. 12, nos hemos ocupado en los problemas que plantea el uso de estas sustancias por parte de los reclusos. Cf., igualmente, Dinitz, *Motives y reformas en las prisiones*, rev. cit., pp. 79-81.

Acerca del sistema penitenciario federal norteamericano, basado en la

NOTAS Y REFERENCIAS

125

Narcotic Addict Rehabilitation Act, de 1966, cf. Petersen, Yarvis y Farkas, *The Federal Bureau of Prisons treatment program for narcotic addicts*, en rev. cit., p. 35. Von Hentig se refiere al fácil tráfico y al abundante uso de drogas en penales norteamericanos. Cf. *La pena*, t. II, pp. 279-80.

Sobre problemas de hostilidad, rebeldía y fugas entre reclusos adictos a los estupefacientes, cf. Wood, *California's treatment control program for narcotic addicts*, en rev. cit., pp. 31-2. Rodríguez Manzanera apunta que las adicciones en la cárcel son bien "conocidas por todos, pero raramente consideradas y tratadas como síntomas neuróticos". *Neurosis carcelaria y mecanismos de defensa*, rev. cit., p. 19.

En torno al tema en nuestro país, existe un reciente trabajo de Terán Martínez, titulado *Algunas consideraciones sobre trabajo social penitenciario (estudio de características sociopsicológicas de los reos procesados por delitos comprendidos por el grupo de "delitos contra la salud" del Centro Penitenciario del Estado de México)*. Es interesante observar algunos datos proporcionados por la autora. Del grupo revisado, el 40.62 % poseía antecedentes penales en la edad adulta (gráfica 8); dentro de la institución fueron sancionados con internamiento en pabellón especial el 13 % (6.25 por actos de indisciplina y 6.25 por uso de drogas) (gráfica 10); hubo intento de fuga en el 6.25 % de los casos (gráfica 11); la actitud de los miembros del grupo ante sus compañeros se analizó así: tímida: 48.12 %, lideril; 30 % y normal: 21.81 % (gráfica 60). Acerca de la necesidad de grandes para toxicómanos en México, cf. Quiroz Cuarón, *Psiquiatría y delincuencia*, rev. cit., p. 368. Una síntesis de causas de farmacodependencia, en Moreno, "El hombre y las drogas", en *Técnicas de la prueba pericial en materia penal*, pp. 116-21.

⁶¹ Numerosas razones se esgrimen contra el uso procesal del narcoanálisis. Cf. Grisanti Aveledo, *El narcoanálisis en el proceso penal*, en rev. cit., p. 111. Ante el Congreso Internacional de Juristas (Lima, 1951), Portuondo y de Castro impugnó su empleo como "crimen de abuso de poder". *Las nuevas técnicas de investigación en el proceso penal*, rev. cit., p. 217. En cambio, Villavicencio estima admisible este procedimiento cuando el imputado lo pida como medio de acreditar su inocencia. Cf. *Las nuevas técnicas de investigación criminal y los derechos de la persona humana*, rev. cit., p. 271.

Por lo que hace al detector de mentiras, al defender su empleo frente a las imputaciones de ilegalidad en la obtención de pruebas, se dice que "el error está en equiparar el polígrafo al narcoanálisis, en el que sí se obtiene contra la voluntad del sujeto una verdadera confesión, en lugar de considerarlo como prueba pericial". Rodríguez Manzanera, *El polígrafo (detector de mentiras)*, pp. 167-8. Este autor defiende la constitucionalidad del examen con polígrafo a la luz del Derecho mexicano. Cf. *Idem*, p. 220. Ciertamente, el éxito del polígrafo reside en el examinador. Se dice, por ello, que "el verdadero detector de mentiras lo constituye el examinador que opera el instrumento", la relación es de 10 % máquina y 90 % operador. Cf. Abreu Gómez, *En defensa del detector*, rev. cit., p. 52.

⁶² Son aún imprecisas las fronteras que median entre penología, ciencia penitenciaria, Derecho de ejecución penal y Derecho penitenciario. De esto último nos hemos ocupado ya. Recordando definiciones antes manejadas (cf. *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 42 ss.) advertimos que Cuello Calón señala que la penología tiene a su cargo el "estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación y de la actuación penitenciaria", *La moderna penología*, p. 85. Ahora bien, ¿acaso este estudio no se desarrolla al examinar las normas jurídicas sobre ejecución de penas y medidas, en que Novelli hace consistir al Derecho penitenciario? Jiménez de Asúa de plano señala que la penología carece de contenido propio. Cf. *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 166. La cuestión

se agrava si consideramos que la ciencia penitenciaria "trata de la ejecución de las penas" y se identifica, dentro de ciertas reservas, con la penología; ambas tienen, de este modo, una definición común: "la ciencia del tratamiento de los delincuentes". Schmelck y Picca, *Pénologie et Droit Pénitentiaire*, pp. 40 y 42. Y si la criminología es, como Nicéforo postula (cf. *Criminología*, cit. t. I, p. 118), "la ciencia coordinadora, sintética y propedéutica que estudia el delito y el hombre delincuentes, y que después aclarado el concepto de responsabilidad, estudia la prevención y la represión", resulta que de acogerse el punto de vista de Schmelck y Picca la ciencia penitenciaria y la penología, confundidas, son un capítulo de la criminología. Por lo demás, es corriente la admisión de esta consecuencia. García Basalo define a la penología como "la disciplina autónoma, integrante de la enciclopedia de las ciencias penales, que estudia los medios directos de represión y prevención del delito (penas y medidas de seguridad) y, primordialmente, sus métodos de ejecución". *Introducción al estudio de la penología*, p. 19. Para el mismo autor, la ciencia penitenciaria es un capítulo de la penología, que se ocupa del "estudio de las sanciones (penas o medidas) privativas o restrictivas de libertad que específicamente se propongan un tratamiento del delincuente". *Idem*, p. 24. Villalba estima que "la penología es el área criminológica que tiene por objeto modificar la conducta de los delincuentes, situándolos en una institución y/o en la propia comunidad". *Reflexiones en torno a una definición de penología*, rev. cit., p. 119. Chichizola afirma que "si la penología no desea confundirse con la criminología o la política criminal, debe circunscribirse al estudio de la ejecución de las penas y las medidas de seguridad, y de las medidas poscarcelarias que constituyen el complemento de las mismas"; y que la ciencia penitenciaria es la "disciplina científica que estudia los diversos sistemas de ejecución de las penas privativas de la libertad". *Derecho ejecutivo penal*, rev. cit., p. 683.

⁶³ Véase, acerca de esta evolución, lo que dice Dorn, "Los derechos humanos como fuerzas normativas del desarrollo económico y social", en *Curiosos monográficos*, pp. 152-3. Cf. nuestra síntesis en *Los derechos humanos y el Derecho penal*, en rev. cit., p. 41.

Sobre el efecto antiliberal de las cartas de privilegio, Paine opinaba: "Se tergiversan los términos al decir que un privilegio otorga derechos. Opera con efectos precisamente opuestos: suprime los derechos. Los derechos son inherentes a todos los habitantes de un país; y las cartas, al anular esos derechos de la mayoría, los dejan, por exclusión, en beneficio de unos pocos." *Los derechos del hombre*, p. 298. Si bien entre las libertades y franquicias medievales y las modernas cartas de derechos hay nexo histórico, "ambos complejos de derechos tienen una significación histórica, política y jurídica diferentes", comenta García Pelayo, *Derecho constitucional comparado*, p. 145.

⁶⁴ Numerosos fueron los anteproyectos de declaración presentados a la Asamblea Nacional francesa en el curso de julio y agosto de 1789. El debate giró en torno al elaborado por la Sexta Comisión el 12 de agosto. Este documento consiguió mayoría de sufragios como eje para la discusión, según resultó de la votación tenida en la sesión vespertina del 19 del mismo mes. La materia penal fue discutida el 22, por la mañana, fecha en que se produjeron intervenciones de Target, el Marqués de Bonnay, Dupont, Lally-Tollendal, Martineau, Mirabeau, el Duque de Chatelet, Malouet Goy D'Arcy, Desmeunieres, Boisgelin, D'André, Bonnal, Laborde, el abate D'Eyman y Camus. Cf. Sánchez Viamonte, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, pp. 259-61. De los anteproyectos presentados, carecieron de materia penal sólo los de Lafayette (1º de julio). Crenière (1 de agosto) y Rabaud de Saint Etienne (12 de agosto); en cambio, la contuvieron los de Sièyes (20-21 de julio), Mounier (27 de julio), Target (27 de julio), De Servan (30 de julio), Thouret (30 de julio), Sièyes (12

NOTAS Y REFERENCIAS

127

de agosto), Gouges Cartou (12 de agosto), Sexta Comisión (12 de agosto), Comité de los Cinco (Desmeunieres, Obispo de Langres, Tronchet, Mirabeau y Rhédon: 13 de agosto) y Boislandry (21 de agosto). En este último 24 preceptos se destinan a la materia penal, es decir, más que todos los de la Declaración definitiva, que tuvo 17 artículos. Cf. textos de Sánchez Viámonte, *Los derechos del hombre en la Revolución Francesa*, pp. 106 ss.

⁶⁵ La vinculación entre el sistema político y el régimen penal quedó clara de mucho tiempo atrás. Bien observaba Beccaria que “en caso de haber una exacta y universal escala de las penas y de los delitos, tendríamos una común y probable medida de los grados de tiranía y de libertad y del fondo de humanidad, o de malicia, de todas las naciones”. *De los delitos y de las penas*, cit., p. 36. Mariano Otero señaló: “La legislación criminal... es a la vez el fundamento y la prueba de las instituciones sociales... En esto consiste la sanción de las leyes; de ello depende la realidad de la legislación, y en esto se prueba más que en alguna otra parte la combinación de talento, el progreso de la ciencia.” “Indicaciones sobre la importancia y necesidad de la reforma de las leyes penales”, en *Obras*, t. II, pp. 653-4. Bettiol manifiesta: “Es en el campo penal donde se manifiesta en forma más ostensible el carácter democrático o antidemocrático de una constitución”, *Derecho penal. Parte general*, p. 28. Y por lo que hace al tema procesal, Goldschmidt sostiene: “Los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general. Se puede decir que la estructura del proceso penal de una nación no es sino el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de su Constitución.” *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, en *Principios*, t. II, pp. 109-10. El mismo Bettiol afirma que el proceso penal constituye “una de las expresiones más típicas del grado de civilización alcanzado por un pueblo, en el desenvolvimiento de su historia”. Ahora bien, dado que muchos de los más importantes principios procesales se encuentran formulados en la Constitución, y que ésta es la más clara expresión de la orientación política y, probablemente, de la civilización de un pueblo, “se comprueba el nexo inseparable que media entre procesos y política, entre proceso y cultura, y la inutilidad de todo esfuerzo dirigido a estudiar el proceso penal basado apenas en postulados lógico-formales, dentro de un cuadro de deducciones imprevisibles. El conceptualismo es la tumba de la ciencia procesal”. *Noções sobre processo penal italiano*, en rev. cit., pp. 14-6. Bien dicen J. y A. M. Larguier, en síntesis, que “el problema de procedimiento penal más modesto contiene siempre, en filigrana, la noción de libertad individual”. *La protection des droits de l'homme dans le procès pénal*, en rev. cit., p. 106. Cotejando al proceso civil con el penal desde el punto de vista del respeto a la persona humana, Calamandrei afirma: “si el mecanicismo del proceso civil está actualmente en armonía con la civilización de los pueblos libres, el proceso penal, aun el que está vigente en los Estados que se dicen democráticos, se encuentra estancado en las costumbres del absolutismo, o acaso aún más atrás: en los instintos feroces de la barbarie”. Y agrega: “En el proceso penal, el hombre constituye todavía, en lugar de su sujeto, un objeto inerte a merced de la violencia del inquisidor.” *Proceso y democracia*, pp. 198-9. Dice Angela Davis: “según un principio consagrado por el tiempo, el nivel del progreso general —o del retroceso— de cualquier sociedad nos está dado por sus prisiones”. “La rebelión de Attica”, en *Si llegan por ti en la mañana*, p. 48.

⁶⁶ La preocupación penitenciaria ha sido elevada al plano constitucional en Argentina (artículo 18), El Salvador (artículo 168), Honduras (artículo 65), Nicaragua (artículo 51), Panamá (artículo 28), Uruguay (artículo 26), República Democrática Alemana (artículo 136) e Italia (artículo 27).

⁶⁷ Tradicionalmente, la mediatización de los hombres por los Estados de los que son naturales o ciudadanos, “prueba que en principio los indi-

viduos no son sujetos inmediatos del DI, y sí súbditos de un Estado". Verdross, *Derecho internacional público*, p. 57. Ahora bien, "en la misma medida en que el Derecho internacional penetre en los dominios reservados hasta ahora a los órdenes jurídicos nacionales, reforzará su tendencia a regular directamente la conducta de los individuos". Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, p. 203. Esto ha ocurrido, crecientemente, y ahora se halla en plena fase de expansión. Los principios de la nueva corriente se vincularon al humanitarismo.

88 Acerca de la Declaración Universal de 1948 se dijo que sólo poseía fuerza moral. Algunos autores, en cambio, se pronunciaron por el carácter vinculativo de la Declaración, que también fue sostenido, en veces, por la jurisprudencia norteamericana. Cf. Sayagués Laso, "Los derechos humanos y las medidas de ejecución", en *Cursos monográficos*, pp. 52-3, 58, 62-3 y 65. En 1965, la Unión Internacional de Magistrados afirmó que los juzgadores deben ver en la Declaración la expresión de principios fundamentales que han de inspirar la jurisprudencia. Cf. Larguier y Larguier, *La protection des droits de l'homme dans le procès pénal*, en rev. cit., p. 103. Tras la aprobación de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, respectivamente, el 16 de diciembre de 1966, la materia carece de interés.

El mismo asunto se suscitó ante la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948. Lavín opinó que se estaba ante normas jurídicas imperfectas y ausencia de órgano que interprete, aplique y provea coacción y sanción. Cf. "La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre", en *Cursos monográficos*, p. 332. Sin convención que la instrumentara ni organismo que vigilase, enjuiciase y, en su caso, obligase, "la Declaración Americana no pasa de ser, como su nombre lo indica, una bella declaración —un augusto ideal, si se quiere— que, como todas las de su género, contienen mucha retórica pero muy poca —quizás ninguna— aplicación práctica". Camargo, *La protección jurídica de los derechos humanos y de la democracia en América*, p. 174. Una vez aprobada, en 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también el asunto carece de importancia en el plano regional americano.

89 Por lo que hace a la materia penal contenida en la Declaración Universal de 1948, Varas comenta: "no es sino una reafirmación de las ideas que lentamente fueron gestándose desde los primeros tiempos de la humanidad, y en que cada generación, fue aportando sus luces, creando estructuras, elaborando doctrinas, para dar a la sociedad una existencia más estable, en forma que la vida humana y los atributos inherentes a cada persona se desarrollaran con mayor defensa y protección". *Los derechos humanos y la ley penal*, rev. cit., p. 193.

En cuanto al Derecho penal internacional, no es posible siquiera determinar su connotación precisa; hay al respecto numerosas caracterizaciones. Cf. Schwarzenberger, *The problem of an international criminal law*, en *International criminal law*, pp. 4 ss. Manzini niega categóricamente la existencia del Derecho penal internacional, en virtud de que sólo los Estados, no los individuos, son sujetos de Derecho internacional. Cf. *Tratado de Derecho penal*, t. I, vol. I, pp. 186 y 188. En cambio, Glaser defiende la existencia de tal Derecho, a partir del funcionamiento de los tribunales de Nüremberg y Tokio y del reconocimiento hecho por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 1946, de que los principios establecidos en los Estatutos de dichos Tribunales tienen calidad de Derecho internacional positivo. Cf. "Le droit international pénal et sa codification", en *Estudios penales. Homenaje al R. P. Julián Pereda, S. J.*, p. 397. Después de los Estatutos y la sentencia de Nüremberg, dice Márkus, el Derecho Internacional contiene ya normas que establecen la responsabilidad penal de los individuos; delitos internacionales son los actos cuyo castigo está ordenado por tales reglas. Cf. *Les normes juridiques internatio*

NOTAS Y REFERENCIAS

129

nales relatives à l'exercice de la juridiction répressive et la souveraineté des Etats, en rev. cit.

La hipótesis de existencia del Derecho penal internacional ganaría firmeza si se contase con la Corte Penal Internacional, cuyo proyecto de Estatutos fue elaborado en 1953 por el Comité sobre Justicia Penal Internacional y presentado a la Asamblea General de las Naciones Unidas. El debate sobre la Corte quedó pospuesto desde 1957, cuando al través de la resolución 1187 (XII), la Asamblea General optó por aguardar hasta tomar conocimiento de un informe relativo a la definición de "agresión". Esta interrupción ha tocado a su término, gracias al concepto que sobre agresión elaboró el Comité Especial a cargo de este problema. En su informe de 12 de abril de 1974 (A/AC.134/L.46) opta el Comité por esta caracterización, sometida como artículo primero para acuerdo de la Asamblea General: "La agresión es el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de las Naciones Unidas, tal como se enuncia en la presente definición." El artículo tres establece un elenco de actos de agresión.

⁷⁰ Los procesos de Nüremberg marcan uno sólo de los tres caminos posibles para la sanción de los crímenes perpetrados en oportunidad de la segunda Guerra; los otros son el expeditivo, directo, usado por Italia, y el nacional, jurisdiccional, empleado por Francia. Jiménez de Asúa siente simpatía por el método directo. "Se nos dirá: esto no es justicia. Claro que no: es acción política, es revolución." *El juicio de Nüremberg*, en rev. cit., p. 254. Una lluvia de censuras cayó sobre la jurisdicción de Nüremberg. Que ni siquiera había derecho a castigar, sostuvo Franco Sodi en *Delitos nacionales e internacionales y el proceso de Nüremberg*, en rev. cit., p. 24. Mario Montero Schmidt lista así las deficiencias del caso de Nüremberg: a) se desconoció la legalidad penal y se incurrió en integración analógica; b) se vulneró el principio de territorialidad de la ley penal; c) se volvió al régimen de responsabilidad colectiva sin culpa; d) se vulneró el principio de irresponsabilidad fundada en la obediencia jerárquica; e) se conculcó el derecho de defensa, al permitirse el juzgamiento del ausente; f) se desconoció el derecho a juicio imparcial; g) se desconocieron las normas técnicas modernas sobre prueba; h) se incurrió en procedimiento sumario que no se aviene con la gravedad de los cargos ni con la situación de paz en que ya se vivía; i) se privó de recursos a los enjuiciados, con lo que aumentó su indefensión. Cf. *El proceso de Nüremberg*, en rev. cit., pp. 279 ss.

⁷¹ El artículo 15 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, de 1966, establece el dogma *nullum crimen sine lege*. Empero, el aparte 2 del mismo precepto reserva: "Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos y omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional." La inmanencia de Nüremberg en esta norma es patente, como acaso también la del "sano sentimiento popular" de que en 1935 habló el parágrafo 2º del código alemán. En la misma línea se encuentra el artículo 7 de la Convención europea de 4 de noviembre de 1950.

⁷² El aparte 3 del artículo 11 del Pacto internacional sobre derechos civiles y políticos, de 1966, expresa: "El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados." Evidentemente, este texto informó el de la Convención americana sobre derechos humanos, de 1969, cuyo artículo 5, aparte 6, determina: "las penas privativas de libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados". Idéntico texto consagraba ya, en su artículo 4º, el proyecto de Convención interamericana sobre protección de derechos humanos, preparado en 1968 por la

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado el 2 de octubre del mismo año por el Consejo de la OEA como documento de trabajo para la conferencia especializada interamericana prevista en la resolución XXIV de la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria.

Es rica la genealogía de las Reglas, aquí citadas como RM. Redactadas en 1929 por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, las Reglas generales para el trato de los reclusos fueron revisadas por ella misma en 1933 y ratificadas, en 1934, por la Asamblea de la Sociedad de las Naciones. Su revisión fue recomendada por el primer grupo internacional de expertos en materia de prevención del delito y tratamiento del delincuente (1949). En ese mismo año, la Comisión Internacional acordó revisar las Reglas. La Comisión de Asuntos Sociales de las Naciones Unidas, durante su quinto periodo de sesiones, en diciembre de 1949, afirmó el principio de revisión de las Reglas. En julio de 1950, el Secretario General de las Naciones Unidas transmitió a los gobiernos y organismos especializados un cuestionario para la revisión de las RM, preparado por la Comisión Internacional. El 6 de julio de 1951 se aprobó el proyecto revisado, que fue enviado al Secretario General. En 1951, también, el proyecto se sometió a gobiernos y organismos especializados. Formularon observaciones los grupos consultivos regionales sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, de Europa, América Latina, Oriente Medio y Asia y Lejano Oriente. Finalmente, las RM fueron aprobadas por el Primer Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955). Cf., de este Congreso, el *Informe de la Secretaría*, p. 8. V., además, Dupréel, *Vers une conception dynamique de l'ensemble des Regles Minima, pour le traitement des detenues*, op. cit., pp. 47-8. Por resolución 663 C (XXIV), de 31 de julio de 1957, el Consejo Económico y Social las aprobó e invitó a los gobiernos a considerar favorablemente su aprobación e implementación. Así se dio cima a normas que "son reflejo claro (del) cambio del pensamiento penológico moderno. Constituyen una declaración de principios humanitarios que representa las condiciones humanitarias mínimas para el trato de los prisioneros. Introdúcen el espíritu humanitario de la Declaración de Derechos Humanos en el sistema correccional y son reflejos de la reacción mundial contra los métodos ineficaces o crueles y las condiciones de prisión inhumanas. Son de aplicación igual a todos los reclusos, incluyendo los presos políticos". Comisión Internacional de Juristas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, en rev. cit., p. 53. Al hincapié humanitario que hay en estas expresiones es menester agregar el hincapié penológico. Dupréel afirma: "Fruto de una larga y persistente colaboración entre los especialistas de numerosos países, las Reglas mínimas tienen el mérito de permitir una amplia difusión de las concepciones que, en nuestra época, deben regir la ejecución de las penas o medidas privativas de libertad." *Idem*, p. 49.

⁷⁴ El tercer tema en el programa del Cuarto CNU fue "Las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional". Al respecto, véase *Informe de la Secretaría*, páginas 53 ss.

⁷⁵ En el Cuarto CNU se opinó que las RM debían aplicarse a todas las personas privadas de libertad, aun cuando no hubiesen sido objeto de inculpación penal. En el mismo Congreso se expusieron argumentos contrarios a la especial mención de los presos "políticos": es innecesaria la referencia específica y el CNU no posee atribuciones para definir a los presos llamados "políticos". Por otra parte, las RM no deben extenderse a sanciones sólo restrictivas de libertad. Cf. *Informe de la Secretaría*, pp. 57-8. En la documentación preparatoria se hizo hincapié en las dificultades existentes para precisar, hoy día, la definición del recluso. Cf. Naciones Unidas, *Las Reglas Mínimas Uniformes para el Tratamiento de los Reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional*, pp. 23-4.

⁷⁶ En la documentación preparatoria del Cuarto CNU se advirtió una tendencia favorable a convertir a las RM en un instrumento internacional vinculativo. Cf. Naciones Unidas, *Las Reglas mínimas uniformes para el tratamiento de los reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional*, p. 18. En el propio Congreso hubo opiniones favorables a su incorporación al Derecho interno de cada país o a una convención internacional. "Sin embargo, el Congreso expresó en forma virtualmente unánime la esperanza de que pudieran reforzarse la autoridad moral, y por consiguiente la naturaleza relativamente obligatoria, de las Reglas Mínimas mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas." *Informes de la Secretaría General*, p. 59.

⁷⁷ Preocupa la falta de aplicación efectiva de las Reglas, no obstante los llamamientos y las recomendaciones en este sentido. "Desde 1957 —comenta la Comisión Internacional de Juristas— el llamamiento de las Naciones Unidas en favor de la aplicación efectiva de las Reglas Mínimas ha despertado muchas simpatías, pero poca acción definida." *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, en rev. cit., p. 54. En el documento preparado por la Secretaría del Cuarto CNU, *Las Reglas mínimas uniformes para el tratamiento de los reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional*, se pasa revista a una serie de respuestas nacionales sobre la aplicación de aquellas normas. El balance es éste: "En síntesis, las Reglas no se habían incorporado formalmente en las leyes nacionales, aunque habían influido, o era probable que hubiesen influido, en la reglamentación y la práctica de la mitad de los países que presentaron informes. Cinco países estaban ya en un nivel superior a las Reglas en su legislación y su práctica. La aplicación había dependido del grado en que las Reglas se ajustaban a la práctica existente, del número de expertos y especialistas necesarios y de los recursos disponibles. Sin embargo, aproximadamente un 60 % de los países que respondieron (que fueron 44) declararon que aplicaban hasta cierto punto las Reglas", p. 3. En el Congreso mismo, "varios participantes señalaron que las Reglas mínimas no eran igualmente bien conocidas en todas partes, y que, en particular, no había prácticamente ningún país del mundo que ya hubiera obtenido éxito en la aplicación de éstas en su totalidad y sin reservas". *Informe de la Secretaría*, p. 60.

⁷⁸ En los documentos preparatorios del Cuarto CNU, se examinó el tema de la divisibilidad de las Reglas. Cf. *Las Reglas mínimas uniformes para el tratamiento de los reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional*, p. 13.

El Cuarto CNU recomendó "estudiar la conveniencia de dividir las Reglas mínimas en una parte general, que incluyera una enunciación más depurada de los principios básicos que podrían formar el cuerpo de una convención internacional; y una parte especial que estuviese dedicada a las cuestiones técnicas de tratamiento a la que podrían hacerse enmiendas y adiciones tomando como base la experiencia favorable". *Informe de la Secretaría*, p. 69.

⁷⁹ El interés que antaño sólo conseguía captar el Derecho penal al través de las cuestiones de la responsabilidad y de la culpa, se ha extendido ya a la ejecución de penas. "Se inicia, de esta forma, lo que se podría definir como el momento actual del problema penal: el momento de la ejecución." Reale, "La osservazione scientifica della personalità del delinquente, en *op. cit.*, p. 336.

⁸⁰ El "proceso penal ejecutivo —ha dicho Francisco Carnelutti—, o en otras palabras, el problema penitenciario... se halla... en la cumbre de la cumbre del derecho". Y luego, dentro del campo jurisdiccionalista, agrega: "No hay en realidad otro punto más importante ni más delicado en la ciencia procesal penal, que el de las relaciones entre el proceso penal

de cognición y el proceso penal de ejecución", *Impresiones sobre el Segundo Congreso de Derecho Procesal Argentino*, en rev. cit., p. 1126.

⁸¹ No faltó quien se alarmarse ante la idea de erigir en el Estado de México una prisión abierta. Quiroz Cuarón salió al paso diciendo: "Quienes se alarman frente a las prisiones abiertas, inconscientemente desean que los presos sigan siendo, como antaño, esclavos o galeotes a quienes explotar." "Presos, no galeotes", en *Excelsior* de 17 de julio de 1968.

A la falta de orientación del público en torno a los temas del tratamiento de los delincuentes contribuye el secreto que a menudo pretende guardar la administración penitenciaria en torno a estas cuestiones. Contra esta predilección por el misterio, cf. Eriksson, *Problemas relacionados con la reforma del tratamiento de la delincuencia*, rev. cit., pp. 846-7.

⁸² Se trata de la expresión de Francisco Carnelutti, en *Las miserias del proceso penal*, cit.

⁸³ Según Sauvy, los gastos relacionados con la administración penitenciaria en Francia, en 1969, ascendieron a 260 millones de francos. Cf. *Aspectos económicos y demográficos de la criminalidad* (trad. nuestra), Núm. III, Norval Morris informa que el costo del sistema correccional sueco en 1965 era de 200 millones de coronas, esto es, 40 millones de dólares. De aquella cantidad, 90 millones se destinaron al pago de personal. Cf. *El sistema correccional para adultos en Suecia*, rev. cit., p. 201. Por lo que hace a México, de los renglones que integran el costo social de 38 287 delitos cometidos en 1965, los relacionados con régimen penitenciario ocupan el décimosegundo y el décimocuarto lugares; la depreciación, mantenimiento, etcétera, de los edificios, equipos e instalaciones en penitenciarías representa el 0.101 del total, con importe de 46 millones 94 mil pesos (3 millones 688 mil dólares), en tanto que el concepto de sueldos al personal de prisiones significa el 0.065 % del costo social total, con importe de 29 millones 963 mil pesos. Cf. Alfonso y Raúl Quiroz Cuarón, *El costo social del delito en México*, rev. cit., pp. 572 y 574.

⁸⁴ Uno de los episodios más dramáticos y aleccionadores en México es el vívido y narrado por Carlos Franco Sodi durante su gestión como Director de la Penitenciaría del Distrito Federal. Cf. especialmente, "Los intereses creados", en *Don Juan delincuente y otros ensayos*, p. 167. En *idem* véase, además, "Explotadores del hampa" (pp. 160 ss.) y "Por qué fracasé en la penitenciaría" (pp. 171 ss.)

⁸⁵ Escribe Alcalá-Zamora que el coronel Montesinos "tal vez no resulte, pese a la originalidad de su sistema, ...por completo a cubierto de sombras: los caracteres de una pieza no se dan más que en el teatro de Molière, y la reforma penitenciaria por aquél implantada no quedó, al parecer, a cubierto de sospechas de lucro personal a costa del trabajo de los presos". *Nota bibliográfica a represión y tratamiento penitenciario de criminales*, en rev. cit., pp. 673-674. Por otra parte, en las prisiones se vive un mundo de rumores singular, que en ocasiones desata severos problemas; lo mismo acontece en el exterior, en casos que también crean cuestiones lindantes con la acción policial y penal; tanto así, que se busca orientar al público sobre el particular, especialmente a los menores. Cf. Herbert S. Taylor, *The rumor clinic*, en rev. cit., pp. 9-10.

⁸⁶ Charrière manifiesta: "En el presidio, el 'arreglo' es la manera que tienen todos para procurarse dinero... Por lo tanto, el 'arreglo' es el cocinero, que vende la carne y la grasa; el panadero, que vende el pan por piezas y el pan blanco destinado a los guardianes; el carnicero de la carnicería, que vende la carne; el enfermero, que vende las inyecciones; el contador, que recibe dinero para hacerlo nombrar en tal o cual puesto, o simplemente para sacarlo de una cuadrilla; el jardinero, que vende las legumbres y las frutas; el forzado empleado en el laboratorio, que vende los resultados de los análisis y puede fabricar falsos tuberculosos, falsos leprosos, enteritis, etc.; los especialistas en el patio de las casas de los

NOTAS Y REFERENCIAS

133

guardianes, que venden huevos, gallinas, jabón de Marsella; los 'muchachos de familia', que trafican con la mujer de la casa donde trabajan y que consiguen lo que se les pide; manteca, leche condensada, leche en polvo, latas de atún, de sardinas, quesos, y, por supuesto, vinos y licores (así, en mi choza siempre hay una botella de Ricard y cigarrillos ingleses o norteamericanos); también son ellos quienes tienen derecho a pescar y venden pescados y langostinos." *Papillon*, pp. 253-5.

⁸⁷ La timidez administrativa alcanza en ocasiones extremos grotescos, como el que se puso de manifiesto en ocasión del motín carcelario en la prisión milanesa de San Vittore, el 14 de abril de 1969. En esta ocasión diversas autoridades se abstuvieron de actuar, por no encontrarse "in grado di dare ordini". Así, la intervención de la fuerza pública en el reclusorio —devastado tras la demora en la acción— sólo se produjo cinco horas después del inicio del conflicto: a las 21.15 horas; aquél se produjo a las 16.00 *Cf* Livio Pesce, *Siamo a tocchi?* en rev. cit., p. 42.

⁸⁸ *Cf* Nuestra síntesis en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 163 ss. En el Tercer CNU se dedicó al régimen de libertad a prueba especial atención. *Cf. Informe de la Secretaría*, p. 27.

Martínez Fernández critica al sistema de Illinois, que exige —y se trata de un mandamiento bien conocido en Derecho comparado— que el delincuente no tenga antecedentes penales o que haya transcurrido cierto tiempo desde que cumplió la primera condena. *Cf. Probation y parole en los EE. UU. y su comparación con los sistemas europeos de condena condicional y libertad condicional*, rev. cit., p. 49. También se han querido introducir en la materia algunas variantes procesales dignas de atención: se sostiene que la suspensión condicional de la pena debe localizarse en el momento ejecutivo, no en el cognitivo; este último es sede adecuada, en cambio, para la suspensión condicional del pronunciamiento de la condena. Entonces, el procedimiento de aquélla se desarrollaría ante el juez ejecutor. Así se elimina el automatismo que hoy existe, en cierta forma, en el otorgamiento de dicha suspensión, que funciona más bien *ope legis* que *ope iudicis*, y se permite que su concesión atienda mejor a la personalidad del condenado, que es la *ratio* misma del instituto. *Cf. Foschini, La sospensione condizionale della pena*, rev. cit., pp. 348-50. En 1900, mucho antes de la incorporación de la condena condicional al Código penal de San Luis Potosí, cosa que ocurrió en 1921, Macedo se pronunciaba en favor de aquélla, calificándola como "una institución fecunda en bienes". *La condena condicional, innovaciones y reformas necesarias para establecerla en México*, rev. cit., p. 3.

Ni la suspensión condicional de la condena ni la libertad vigilada (menores) han dado en América Latina los frutos esperados. "Encontrándose estas instituciones huérfanas de los imprescindibles servicios científicos y de personal especializado, mal podían esperarse otros resultados", Altmann Smythe, *Régimen de prueba (probation) y suspensión condicional de la sentencia. Nivel de desarrollo en los países de América Latina y marco legal en que se desenvuelve*, rev. vit., p. 807. Sobre las condiciones para el éxito de la medida, *cf. Huascar Cajías, Régimen de prueba (probation) y suspensión condicional de la sentencia en Latinoamérica. Su aplicación a los delincuentes adultos*, rev. cit., p. 841.

⁸⁹ El descrédito de las penas breves privativas de libertad es hoy completo. Maurach resume así el punto de vista que priva sobre ellas: "La pena de corta duración... es un gran mal desde el punto de vista de la política criminal. Su efecto intimidante es muy dudoso; lo tendría, a lo más cuando se trata de la primera infracción cometida por un individuo, pero ciertamente no en el caso de delitos posteriores. Además, la pena de corta duración posee un efecto embrutecedor y desmoralizador. En ningún caso cumple como medida educadora y conservadora." *La fixation de la peine criminelle selon le droit actuel et le projet de 1962*, rev. cit., p. 36.

El Segundo CNU reconoció "que, en muchos casos, las penas cortas privativas de libertad pueden ser nocivas, ya que presentan el peligro de corromper al delincuente y ofrecen poca o ninguna oportunidad de formación profesional constructiva; por lo tanto, considera (el Congreso) inconveniente la extendida aplicación de estas penas. Sin embargo, el Congreso admite que, en ciertas circunstancias, la finalidad que persigue la justicia puede exigir la imposición de penas cortas privativas de libertad". *Informe de la Secretaría*, p. 67.

90 El número de las penas no privativas de libertad es cada día mayor. También se tiende a usarlas más ampliamente. Entre ellas figuran el trabajo en libertad, ciertas limitaciones en orden al domicilio, la privación de algunos derechos, etcétera. Por lo que hace a su extensión al amparo del Derecho socialista, en el Simposio Internacional sobre Problemas del Derecho Penal Socialista (Varna, Bulgaria, 1967) se indicó que en Mongolia, de 1962 a 1967, el 40 % de los condenados lo fue a una pena de este tipo; en Yugoslavia se las ha aplicado hasta al 76 % de los penados en 1964 y al 78 % en 1965; en Hungría, a un tercio de los sentenciados. Cf. Mihailov, *Symposium International sur des Problèmes du Droit Pénal Socialiste*, rev. cit., p. 344. En el mismo encuentro se llegó a la conclusión de que los delitos perpetrados incidentalmente y de escasa gravedad, que son la mayoría, deben ser sancionados con este género de penas, cuya eficacia depende de los métodos de determinación y de las medidas que se adopten en cada caso, así como de la forma en que se provea a la ejecución de la pena. *Idem*, pp. 349-50.

"La imagen pública sobre el sistema de prisiones no es por cierto, satisfactoria, como tampoco lo es el concepto general sobre la administración de la justicia. Para Estados Unidos, cf. Harris, *Changing public attitudes toward crime and corrections*, en rev. cit., pp. 10-1. En Canadá, sólo el 15 % de francocanadienses y el 29 % de los anglocanadienses opinó favorablemente acerca de la contribución del régimen de prisiones a resolver el problema delictivo. En opinión de la mayoría relativa del primer grupo (49), actualmente se pone el mayor énfasis carcelario en el castigo; según la del segundo (39), en la rehabilitación. Ambos grupos se inclinaron (47-61) por el mayor interés hacia la rehabilitación. Cf. *La société face au crime. La justice criminelle. Annexe. 6*, pp. 30-1.

Acerca de la crisis de la prisión, cf. nuestro resumen, en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 218 ss., y *De la prisión antigua al tratamiento penitenciario*, en rev. cit., 96-97. Las prisiones suelen corresponder a una filosofía penal superada; actualmente las prisiones reflejan las profundas contradicciones que en la sociedad existen acerca del propósito de la reclusión penitenciaria: rehabilitación, prevención general, defensa social. Cf. Szabo, *Criminologie*, pp. 443 ss. Observa Peña Cabrera que "en casos extremos, el ambiente carcelario puede significar un retorno a estadios inferiores de la vida y a una degeneración progresiva de los individuos que lo sufren". *Influencia del ambiente carcelario sobre la personalidad del delincuente*, rev. cit., p. 325. Frontales censuras dedica Altmann Smythe a la prisión, aunque advierte: "hay que aceptar que, dados los actuales avances de la ciencia penológica es prácticamente imposible desterrar plenamente los actuales sistemas carcelarios". La desaparición de éstos ha de ser paulatina. *El delito y la sanción penal*, rev. cit., pp. 614 y 616. Por sí sola, la prisión no reforma al hombre; simplemente lo segrega; la cerrada ha de reservarse para delincuentes de elevada peligrosidad. Cf. Pimentel, *Ensayo sobre la pena*, pp. 23-25 y 39.

92 La prolongada evolución de la pena, que le ha hecho servir a objetivos del todo diversos y concretarse en formas diferentes a lo largo de una historia rica en elementos, obliga a replantear su definición como, simplemente, la reacción de un grupo social ante un acto antisocial; y H. Levy-Bruhl, que propone esta caracterización rigurosamente formal,

agrega, pensando en las medidas a tomar frente a estados de peligrosidad predelictiva: presente o futuro. Cf. "Évolution du crime et de la peine", en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 73. Será sensato, concluye, extraer el mayor beneficio posible de este mal necesario y eliminar los desgastes que pudiera causar, tanto en el grupo social como en el agente, es decir, descartar su elemento pasional. *Ibidem*.

⁹³ Primitivamente la pena se destinó, ante todo, a reparar el orden violado. En frase de Fauconnet, no se dirigía tanto contra el criminal como contra el delito en sí mismo. Cf. H. Levy-Bruhl, "Évolution du crime et de la peine", en *Déviance et criminalité. Textes*, pp. 65 ss.

La pena es en esencia retributiva. Así, cf. Recaséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, p. 209; Cuello Calón, *La moderna penología*, p. 17; Jiménez de Asúa, *La pena y las medidas de seguridad*, rev. cit., p. 972; Cornil, *Penas y medidas de seguridad*, rev. cit., p. 962.

Dice Del Vecchio: "La justificación intrínseca de la pena consiste precisamente en su función reparadora y reintegradora del derecho violado; pero aquí está también su límite racional." *Sobre el fundamento de la justicia penal*, rev. cit., p. 11.

El clásico retribucionismo perdura en la codificación penal, a despecho del movimiento positivista y de los desarrollos posteriores. Cf. Merle, *Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal*, en rev. cit., pp. 157-9. En la prelación de fines, domina el retribucionista, cf. Maurach, *La fixation de la peine criminelle selon le droit actuel et le projet de 1962*, en rev. cit., p. 27.

Vassalli afirma que la oposición entre retribucionismo y no retribucionismo es equívoca, porque en realidad la pena retributiva puede ser impuesta, y de hecho lo ha sido, con muy diversos fines: castigo, expiación moral, *vendeta*, reafirmación del orden moral violado, restauración de la fuerza y autoridad de la norma jurídica, prevención general, reeducación y enmienda. Cf. *Funzioni e insufficienze della pena*, rev. cit., pp. 308-9. La pena es siempre retributiva, en esencia, sostiene el mismo autor. *Idem*, p. 329. Por su parte, Eduardo Aunos manifiesta que "sin duda alguna, la pena es una exigencia de la justicia retributiva". *La evolución de la penalidad*, rev. cit., p. 68.

⁹⁴ En fórmula típica de las ideas de ejemplaridad o intimidación, en el *Manava-Dharma-Sastra* se recomienda "que para prevenir al hombre perverso, el rey emplee con perseverancia tres medios: la detención, los grilletes y las diversas penas corporales" (VIII, 310). En esta orientación penal se hallan las sanciones extremadamente crueles, las que, por lo demás, bien lejos estuvieron de impedir la comisión de delitos. Cf. Levy-Bruhl, "Évolution du crime et de la peine", en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 69. Garófalo apunta que "es de notar ante todo que la represión penal, al excitar y sostener el sentimiento del deber, incita a la buena conducta", si bien admite que "habiéndose hecho orgánico el sentido moral en la mayoría de los hombres, el hombre honrado seguiría siéndolo aun cuando se aboliese toda pena". *La criminología*, p. 294. El pensamiento neoclásico del presente sostiene "el valor de la enseñanza y de moralización de la condena penal retributiva, que no hay que confundir —puntualiza Roger Merle— con el carácter intimidante de la pena". *Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal*, en rev. cit., p. 162. La prevención general abarca tanto la intimidación como la influencia moralizadora y educativa. Cf. Vassalli, *Funzioni e insufficienze della pena*, rev. cit., p. 318.

La idea de prevención general, que implica más bien castigar por los demás que por el criminal, apareja una profunda injusticia. Tiene aquí razón Bettiol. Cf. *Derecho penal, Parte general*, p. 663.

Hay delitos cuya represión suele asociarse, de modo preferente o exclusivo, a la ejemplaridad intimidante. Éste es el caso de la evasión fiscal.

Cf. Hoffman, *A sentencing philosophy*, en rev. cit., pp. 6-7. Sellin formula una serie de interesantes consideraciones sobre factores que juegan contra la eficacia intimidante de la pena. "Una ojeada superficial, pues, a la ley penal, sugiere que el efecto intimidante de la pena, tiene que ser extremadamente variable y que éste depende, del conocimiento que la gente tenga de la ley, de la naturaleza del delito y del carácter de la amenaza o castigo." *El efecto intimidante de la pena*, rev. cit., p. 9. También se recuerda que en ciertos casos, en que la actividad formalmente delictiva cuenta con la aprobación del grupo al que pertenece el infractor, éste prefiere conservar su prestigio ante la comunidad aun a riesgo de hacerse acreedor a una sanción. *Idem*, p. 12. Influye mucho, asimismo, la mayor o menor probabilidad de que el delincuente sea identificado y, en su caso, detenido. *Idem*, pp. 16 ss. Por último, es dudoso inclusive el poder intimidativo de la pena sobre quien ha sufrido. *Idem*, p. 23. La intimidación, desechada por el positivismo y por la dirección absoluta de la escuela clásica, es acogida por las teorías llamadas relativas, que consideran a la pena como un medio para un fin. Cf. Beristáin, *La intimidación en Derecho español*, rev. cit., pp. 13-4. Acierta Del Vecchio cuando advierte que es inadmisibles "que la persona humana sea tratada como simple cosa, es decir, como mero medio para la consecución de un fin extrínseco a la misma, cual sucede cuando se impone a alguno un castigo no merecido o no proporcionando al entuerto cometido, con el fin de intimidar a los demás para evitar que otros sigan el mal ejemplo". *Sobre el fundamento de la justicia penal*, rev. cit., p. 13.

⁹⁵ En favor y en contra de la pena capital continúan militando los argumentos tradicionales. Es innegable, con todo, que "la controversia no ha encontrado solución ni en los hechos, ni en las leyes, ni en los movimientos ideológicos". Hoy día se ha estabilizado la "geografía de la pena de muerte": la abolición sólo se ha impuesto en los más de los países de Europa occidental y en América Latina. Cf. Ancel, *La pena de muerte en la segunda mitad del siglo veinte*, en rev. cit., pp. 41-2. Para un panorama mundial sobre el Derecho relativo a la pena de muerte, cf. Rossa, *La pena de muerte*, op. cit., pp. 15 ss. Hecha excepción de argumentos fincados en ideas retribucionistas, el expediente más poderoso que pudiera sustentar la pena capital, desde el ángulo político-criminal, sería su eficacia intimidante. Ésta, sin embargo, se halla en tela de juicio o, más aún, se descarta francamente. Cf. Correia, *La peine de mort. Réflexions sur la problématique et sur le sens de son abolition au Portugal*, en rev. cit., pp. 23-5. En este sentido abunda la experiencia inglesa, una de las más recientes sobre la materia: aquí se ha procedido a la supresión paulatina, por medio de leyes experimentales, para observar la influencia de la abolición sobre el índice de la criminalidad. En favor de la abolición absoluta y en contra de los ensayos de transacción, cf. Jiménez de Asúa, *Ley del 8 de noviembre de 1965, aboliendo la pena de muerte en Gran Bretaña*, rev. cit., pp. 114-5. Cf. Marc, *Le "Murder Act" de 1965 et le droit anglais de l'homicide*, en rev. cit., pp. 843 ss. Por contraste, la experiencia soviética ha llevado a supresiones y restauraciones alternativas de la pena de muerte. Cf. nuestro estudio "La pena de muerte", en *Manual de prisiones*, p. 157. En México parece se ha impuesto la corriente abolicionista. Cf. nuestro trabajo "La pena de muerte", en *Manual de prisiones*, pp. 157-8. Sobre la ineficacia de la pena capital en México, cf. Quiroz Cuarón, Zabłudowski, Manzón Tovillas y Manrique Zermeño, *Respuesta al cuestionario de Naciones Unidas sobre la pena de muerte en México*, en rev. cit., pp. 59-62. Mayor importancia que la pena capital, dicen estos autores, tiene combatir la impunidad. *Idem*, p. 73. Véase también, del mismo Quiroz Cuarón, *La pena de muerte en México*, p. 46. Para la relación entre homicidio, impunidad y pena de muerte, cf. *Idem*, pp. 33 ss. Albert Camus concluye: "Si el miedo a la muerte es, en efecto, una evidencia, también es evidente que ese miedo, por grande

que sea, jamás ha podido abatir las pasiones humanas... Para que la pena capital pueda realmente intimidar, sería necesario que la naturaleza humana fuera diferente, y también tan estable y serena como la ley misma. Pero sería entonces naturaleza muerta... Estas singularidades (de la naturaleza humana) bastan para explicar que una pena que parece calculada para asustar a espíritus normales esté desligada de la psicología media. Todas las estadísticas sin excepción, tanto las que se refieren a los países abolicionistas como las otras, demuestran que no hay relación entre la abolición de la pena de muerte y la criminalidad. Esta última ni acrece ni decrece. La guillotina existe, el crimen también; entre los dos, no hay otra relación aparente que la de la ley." "Reflexiones sobre la guillotina", en *La pena de muerte*, pp. 128-30.

⁹⁶ Afirmó Dorado Montero que "la retribución sancionadora y expiatoria y la intimidación violenta por medios exclusivamente externos y brutales ceden poco a poco el puesto, y cada día más, a los anhelos de corrección y enmienda, al cambio de personalidad interior mediante el uso de recursos nacionales, amorosa y humanitariamente empleados. Más que al cuerpo y a sus movimientos actuales, se quiere atender al espíritu y a sus movimientos posibles". *Nuevos derroteros penales*, p. 136. Liszt señaló el auge de la corriente favorable a la prevención especial. Cf. *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 22. Estas direcciones no han sido admitidas, por cierto, pacíficamente. En contra de ellas, por ejemplo, Bettiol, *Derecho penal. Parte general*, pp. 663-665, quien sostiene su opinión incluso ante el texto del artículo 27 de la Constitución italiana, e insiste en que "la pena retributiva adquiere, en la nueva constitución, amplia carta de ciudadanía, y que la prevención sólo tiene efectos secundarios y limitados". *Idem*, pp. 29-30. Para Vassalli, la tercera función fundamental de la pena es la prevención especial. Cf. *Funzioni e insufficienze della pena*, rev. cit., p. 322.

El carácter terapéutico de la pena se afirma, sobre todo, a la luz de la nueva defensa social. La medida que en los términos de ésta se adopte para provocar la resocialización del delincuente "semejara, según los casos, a aquello que los positivistas llamaron una medida de seguridad, o a lo que los clásicos llamaron una pena. Pero si se asimila a una pena será separándose de toda idea de censura o de retribución para no obedecer más que a unos principios curativos. Para reproducir una expresión de M. Ancel, la justicia penal de mañana ya no será justiciera, sino concebida, ante todo, como una acción social". Merle, *Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal*, en rev. cit., p. 161. En contra del retribucionismo y a favor de la reeducación, cf. Pimentel, *Ensayo sobre la pena*, rev. cit., pp. 23 ss.

En mezcla de demagogia e ignorancia, el artículo 1º del Código Penal de Michoacán, de 1936, hoy sustituido por el de 1962, proclamó la defensa del delincuente frente a la sociedad. Mereció la censura de Carrancá y Trujillo, en *Derecho penal mexicano*, Antigua Librería Robredo, 4ª edición, México, 1955, t. I, p. 98.

⁹⁷ Escribe Levy-Bruhl, implicando dos conceptos, que una antigua tendencia penal, cuyo propósito es la enmienda del culpable, se funda sobre la idea de expiación, de remota fecha, más enseñada y difundida por la Iglesia. Cf. "Évolution du crime et de la peine", en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 69. Pero es preciso y posible distinguir conceptualmente (otra cosa es la constante presencia de síntesis y compromisos) entre los propósitos de expiación y de enmienda; en aquel caso se trata de castigo, en éste de corrección; el segundo no supone por fuerza al primero, ni viceversa. Con nitidez ha dicho S. Tomás de Aquino: "Las penas de la vida presente tienen por objeto más bien la curación que la expiación; efectivamente, el castigo queda reservado al juicio divino." Cit. Laignel Lavastine y Stanciu, *Compendio de criminología*, p. 188. La idea de expiación abraza de lleno a la de penitencia, de donde resultan su carácter de castigo y su

jerarquía carcelaria; penitenciaría, en efecto, comenzó por no ser otra cosa que lugar de penitencia. En los viejos textos hay fórmulas muy claras sobre este punto; así, cuando en las *Leyes de Manú* se dice que “la falta cometida a propósito y en un transporte de odio o de cólera, no se expía sino con penitencias austeras de diversas clases” (XI, 294).

Bajo el cristianismo, “lo que vale en la pena es el dolor que redime”. Costa, *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, p. 41.

Emilio Durkheim indica que el dolor de la pena no constituye, socialmente, un sufrimiento gratuito, ni mucho menos; es, por el contrario, producto de la colectividad, de la comunidad de los sentimientos. De ahí que exista razón —indica— en decir “que el criminal debe sufrir en proporción a su crimen, porque las teorías que rehúsan a la pena todo carácter expiatorio semejan espíritus subversivos del orden social. En efecto, semejantes doctrinas no podrían ser practicadas más que en una sociedad donde toda conciencia común se encuentre punto menos que abolida”. La pena protege a la sociedad en la medida en que es expiatoria, y debe serlo porque en fuerza de “no se qué virtud mística”, el dolor rescata la falta; sólo bajo esta condición la pena tiene un efecto socialmente útil. Cf. “Définitions du crime et fonction du châtement” (tomado de *De la division du travail*), en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 98.

Bajo cierto orden de ideas, el dolor contenido en la expiación hace de la pena un derecho del infractor. Cf. Costa, *idem*, p. 285.

⁹⁸ Se ha llegado, en todo caso, a una interpenetración o consolidación de fines, aun si se acepta el retribucionismo. Cf. Merle, *Confrontación del Derecho penal clásico con el de la defensa social. El punto de vista doctrinal*, en rev. cit., p. 164. En el debate acerca de los fines de la pena, lo adecuado es mantener una posición sincrética, indica Vassalli. Cf. *Funzioni e insufficienze della pena*, rev. cit., p. 303. Su pensamiento se sintetiza así: “Reafirmación o ideal reintegración del derecho violado, prevención general y prevención especial mediante el recurso de una pena que permanece retributiva en su esencia, son, por tanto, las funciones esenciales que de modo expreso o implícito todo ordenamiento jurídico de nuestra época, y no de ayer, asigna a la pena criminal”, *Idem*, p. 329. Según Costa, “la pena es represión en cuanto a su naturaleza objetiva (represión en el sentido de ‘reacción contra el delito’), sufrimiento en cuanto a su naturaleza subjetiva, prevención en cuanto a su fin principal (entendida bajo la fórmula *punitur quia peccatum est et ne peccetur*, no unilateralmente *punitur quia peccatum est* o *punitur ne peccetur*). La modalidad, los caracteres y los fines secundarios retribución, expiación, intimidación, enmienda, pueden deducirse fácilmente de la naturaleza y del fin principal”. *El delito y la pena en la historia de la filosofía*, p. 286.

Superando los frentes extremosamente contrapuestos es menester —subraya Beristáin— convertir el eclecticismo en síntesis armónica de utilidad y justicia. Cf. *Fines de la pena*, rev. cit., p. 36. Cury adopta una concepción sincrética: “la pena debe ser un mal que, adecuándose a la magnitud de la culpabilidad, sea hábil, además, para satisfacer, tan integralmente como se pueda, finalidades de protección social y resocialización del delincuente”. *Programa de la pena*, rev. cit., p. 5.

⁹⁹ Finamente comenta Von Hentig: “A veces ocurre que la naturaleza, con una de sus raras mutaciones, implanta en este o aquel ser humano las características típicas del preso. Dentro de la penitenciaría o en cualquier otra clase de prisión, estos rasgos preconstituídos necesitan de muy pocos retoques para producir el ‘preso modelo’... La prolongada prisión puede incapacitar para la vida aun en otro aspecto a un ser humano, al añadirse la edad y circunstancias adversas. No sólo fabricamos un preso modelo, que ha perdido la iniciativa, la energía interior para resistirse, sino que aumentamos el número de las víctimas, de las que se alimenta

ese animal de rapiña que es el ser humano, con nuevos ejemplares indefensos." *La pena*, t. II, pp. 236-8.

¹⁰⁰ Claro está que no sólo el riguroso aislamiento daña al cautivo; puede también causarle gran perjuicio la forzosa convivencia con otros prisioneros: la coexistencia necesaria lastima a las personas más sensibles, porque ciertamente hay en las cárceles, como Dostoiewski comentaba, individuos con los que nadie querría vivir. Cf. *La casa de los muertos*, p. 38. Al respecto, cf. también Von Hentig, *La pena*, t. II, p. 249. Ahora bien, si "la prolongada prisión celular destruye al *zoon politikon*", "lo mismo ocurre en la comunidad que apenas se renueva, que abraza al individuo con sus tentáculos y no lo suelta ni por un segundo, que monótona e ineludible, le oprime, le causa efectos perturbadores y nocivos y desgarrar su sistema nervioso. La vida auténtica se halla entre los dos extremos". Von Hentig, *idem*. p. 251.

¹⁰¹ El Tercer CNP recomendó "que se procure el cambio de nomenclatura actual, procurándose denominar a los reclusorios, en lo sucesivo, con el nombre de Centros de Readaptación Social". *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 70.

¹⁰² Desde el punto de vista de la política criminal, el problema fundamental del Derecho penal moderno es "la inserción de la personalidad dinámica del delincuente dentro de un sistema objetivo y naturalmente estático de reacción legal". Consecuentemente, ha cedido la dirección prevaliente en los códigos del siglo XIX, en el sentido de considerar exclusivamente el hecho delictivo y acoger la reacción retributiva objetiva. Ancel, "Introducción comparative aux Codes pénaux européens", en *Les Codes pénaux européens*, t. I, pp. LXV-LXVI. El segundo CNU recomendó: "El código penal debe hacerse eco de las transformaciones sociales y estar en armonía con ellas. Hay que procurar una individualización de la justicia a fin de que las sentencias y tratamientos sean racionales y tengan en cuenta tanto el orden social como las circunstancias particulares del individuo." *Informe de la Secretaría*, p. 66.

¹⁰³ La amplitud del régimen de arbitrio adoptado por el Código penal argentino, luego también consagrado por el mexicano en vigor, ha llevado a la desaparición de las tablas de atenuantes y agravantes. Sin embargo, se debe advertir que el artículo 40 de aquel ordenamiento dispone fijar "la condenación de acuerdo con las circunstancias atenuantes o agravantes particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del artículo siguiente". A esto comenta Finzi que "el término 'circunstancias' debe entenderse, en el art. 40, no en su sentido técnico-legal, sino con el significado que tiene, de acuerdo a su etimología (*circum*, alrededor, y *stare*, estar), en el lenguaje común, de 'accidentes, coyunturas, situaciones de tiempo, lugar, modo, etc., que están unidos a la sustancia de algún hecho'. La 'circunstancia' es la 'calidad o la particularidad que acompaña a un hecho'". *La adaptación de la pena al delincuente según los art. 40 y 41 del Código penal (atenuantes y agravantes)*, rev. cit., pp. 188-9.

¹⁰⁴ La individualización, instrumentada por el arbitrio, es fuente de la "teoría del juez penal" moderna. Verdaderamente el arbitrio es "la vértebra angular de toda la punición", según decía Carrancá y Trujillo. *Un ensayo judicial de la psicotécnica*, en rev. cit., p. 125. Refiriéndose al artículo 41 del Código penal argentino, informador del 52 del mexicano, Jiménez de Asúa señala que de aquél se puede extraer, no sólo toda una teoría, sino toda una nueva función de los jueces penales. La de la peligrosidad... "El juez penal: su formación y sus funciones", en *El criminalista*, t. 3, p. 141. En forma similar, Carrancá y Trujillo indica que la teoría del juez penal mexicano tiene su fuente en varias leyes, señaladamente el Código penal de 1931, dentro del cual es vertebral, central, quicio, el artículo 52, superior al 41 argentino. Cf. "Teoría del juez penal mexicano", en *Tres ensayos*, pp. 13-5 y 18. Ahora bien, si de este modo se construye la

teoría del juez, ¿cómo no edificar la del nuevo penitenciario ni más ni menos que sobre el artículo 18 constitucional, que habla de readaptación social, asociado a las normas secundarias que aluden a tratamiento e individualización? De ello resulta —diríamos con palabras de Jiménez de Asúa— toda una nueva función del penitenciario: la de la readaptación social, fundada en la individualización del tratamiento.

¹⁰⁶ Hay, desde luego, procesos civiles en los que vienen al caso, en primerísima línea, consideraciones antropológicas o éticas. Así acontece, *verbi gratia*, con los de interdicción y, en alguna medida, con los de divorcio. Florian apunta: "En el proceso civil el juicio está regido exclusivamente por criterios y apreciaciones discrecionales de equidad y éticas; por el contrario, en el proceso penal el juez ha de juzgar a un hombre y, por lo mismo, inspirarse en criterios éticosociales." *Elementos de Derecho procesal penal*, p. 21.

¹⁰⁶ Cf. Notas 13 y 14, *supra*.

¹⁰⁷ Por demás está subrayar la importancia de la individualización judicial. Con razón afirma Sauer que "la medición judicial de la pena... es la actividad más importante y más difícil del juez penal... Este importante capítulo contiene una 'concurrencia' de todos los temas principales del Derecho Penal, que aquí tienen que ser salvaguardados y unidos en armonía". *Derecho penal. Parte general*, pp. 368-70.

Una vasta serie de garantías, tanto en torno a la persona misma del juez como a la institución de la magistratura, se tenderá para impedir que el abuso penetre por la puerta de la individualización judicial, ya que, como dice Fernández Albor, "en todo Estado de Derecho que merezca tal nombre el libre arbitrio no puede degenerar en arbitrariedad", "Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales", en *Estudios penales*, p. 376.

Altmann Smythe advierte sobre los escollos legales, técnicos y prácticos que obstruyen el buen ejercicio de la función judicial fijadora de la pena. Cf. *La determinación de la sanción penal*, pp. 589-90. El propio Altmann manifiesta que la individualización judicial al determinar la pena "es el primer paso para alcanzar la individualización penitenciaria, capaz de conducir a la curación y a la resocialización del delincuente. Empero, esta concepción carece de un carácter universal. Ni siquiera ha sido asimilada por las legislaciones penales, por los jueces, por los abogados, y mucho menos, por el grueso del público". *Idem*, p. 593.

¹⁰⁸ Acerca del carácter científico y de la complejidad de la criminología nos hemos ocupado ya en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 79-81. Drapkin estima que la criminología moderna, "aun sin revestirse de la categoría de ciencia, recibe el valioso aporte de muchas otras disciplinas, consagradas ya como ciencias". *Criminología. Divagaciones acerca de su valor teórico y práctico*, en rev. cit., p. 343. Von Hentig advierte: "Si entendemos por ciencia un cuerpo de conocimientos aprendibles y enseñables que puedan ser aplicables, con un grado razonable de certidumbre a la vida cambiante, la criminología está en camino de convertirse en ciencia." *Criminología*, pp. 11-2. Wolfgang considera que la criminología es ciencia compleja y en expansión. Con apoyo en Sutherland y en Sellin indica que la voz criminología "debe usarse para designar el campo del conocimiento científico sobre el delito". *La criminología y el criminólogo*, cit. Más que una criminología —sostiene Jiménez de Asúa— existe una serie de ciencias criminológicas en trance de convertirse en una sola y verdadera ciencia; aquélla es ciencia en formación, en cuyo contenido no se ha producido aún la fusión que hemos aguardado durante muchos años. Cf. *Les rapports du droit pénal, de la science criminelle, de la criminologie et du droit pénal comparé*, en rev. cit., pp. 302-4. Nicéforo sostuvo a la criminología como ciencia coordinadora, sintética y propedéutica. Cf. *Criminología*, t. I, p. 118. Si se emplea el término ciencia

en un sentido limitado, dice Sellin, la criminología no lo es, y probablemente nunca lo será. Cf. "La criminologie, discipline de synthèse", en *Déviance et criminalité. Textes*, p. 373. Para Szabo, la criminología es ciencia autónoma. Cf. *Criminologie*, pp. 64 ss. Del mismo autor, "L'enseignement de la criminologie a l'Université de Montréal", en *L'équipement*, p. 97. Herrera Figueroa estima también que la criminología ha adquirido calidad de ciencia. Cf. *Filosofía y criminología*, en rev. cit., p. 1065.

¹⁰⁹ Sobre el ejercicio del juez como *peritus peritorum*, cf. lo que comentamos y la bibliografía citada en *El juez penal y la criminología*, rev. cit., pp. 577 y 597, n. 59.

¹¹⁰ Evidentemente, el organismo técnico criminológico, rector del tratamiento en el interior de la institución, debe contar con el correspondiente órgano rector en otro, supremo nivel. Lo deseable sería que éste fuese el nacional y que tal entidad tuviera a su cargo la conducción del régimen penitenciario en el país. Para México existe, con las limitaciones que emanan del federalismo, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. En torno a la creación y proyección de ésta, cf. nuestro libro *La reforma penal de 1971*, pp. 51 ss.

Sobre el antecedente del Consejo Supremo de Defensa y Prevención Social, establecido por la legislación de 1929, cf. González Bustamante, *Principios de Derecho procesal penal*, pp. 323-5. En numerosos estados existe organismo similar, inspirado en el que venimos citando, bajo el nombre de Departamento de Prevención o de Prevención y Readaptación Social. En otras entidades de materia aparece regida por el respectivo código de procedimientos penales. Acerca del contenido de éstos, inclusive lo dedicado a tales Departamentos, cf. el cuadro que traza Alcalá-Zamora en su *Síntesis del Derecho procesal*, cit., pp. 199 ss.

¹¹¹ El Segundo Congreso Latino Americano de Criminología (Santiago, Chile, 1941) resolvió: "Designar con el nombre de Institutos de Criminología a los organismos técnicos penitenciarios, encargados del examen de la personalidad de los delincuentes..." Véase *Segundo Congreso Latino Americano de Criminología, reunido en Santiago de Chile en 1941*, en rev. cit., p. 250.

¹¹² Acerca de este tema en los Estados Unidos, cf. Comité de Clasificación y Trabajo Social de la Asociación Americana de Prisiones, *Manual de clasificación en las instituciones correccionales*, pp. 90 ss. En la presentación de esta obra, Nieves señala que dicho manual "por primera vez se edita en español..." (p. 7). Sin embargo, es justo recordar que ya antes lo había sido, conforme a una traducción de José Luis Vargas, publicada bajo el título de *Clasificación de prisiones, Manual de clasificación en las instituciones penales*. Cuadernos Criminalia, México, 1952.

El artículo 52 del Reglamento de los servicios de prisiones, de España, ordena en su parte inicial: "Para la aplicación del tratamiento se dispondrá en cada establecimiento de un servicio especialmente calificado integrado en equipo." Véase su justificación en la Exp. de Mot., en rev. cit., p. 124. En Argentina, por acuerdo de 18 de marzo de 1968 se organizó, bajo la jefatura de un médico psiquiatra especializado en criminología (artículo 3º del acuerdo), el Servicio Criminológico del Complejo Penitenciario Zona Centro, que viene a cumplimentar expresas previsiones de la Ley Penitenciaria Nacional y de la Ley 17236, orgánica del Servicio Penitenciario Federal. En el mismo país funcionan los Tribunales de Conducta, que serán sustituidos por los Consejos Correccionales (artículo 5.1 del Reglamento de progresividad, que estipula la actuación de los Tribunales, para efectos del propio Reglamento, mientras se organizan y constituyen los Consejos). El Capítulo V del Título II de la Ley 17236, orgánica del Servicio Penitenciario Federal, define la composición de los Consejos y sus atribuciones. Cf. nuestro examen "Progresividad del régimen penitenciario argentino", en *Manual de prisiones*, pp. 80-1. En el Decreto-Ley

de Perú núm. 17581 se crean los organismos técnicos (artículo 13), diversos de los tribunales de conducta, cuyas funciones son solamente disciplinarias. Aquel órgano tiene a su cargo el estudio que se realiza durante el periodo de observación, examen amplio de personalidad, clasificación, fijación del tratamiento y determinación de plazos para la valoración de los resultados del tratamiento (artículo 20). No determina la Ley la composición del organismo entendemos que ha de ser interdisciplinaria. Cf. "Unidad de normas penitenciarias en la República de Perú", en *idem*, pp. 276-7.

En el Congreso de Criminología de Tours, de 1964, se recomendó la existencia de servicios clínicos médicos, psicológicos y sociales, a cargo del estudio y el tratamiento de los delincuentes. En el ciclo de estudios tenidos en Bruselas, en diciembre de 1951, se sugirió que la administración penitenciaria contase con establecimientos y personal especializados para el examen del delincuente. Cf. Fully, *L'équipement*, en rev. cit., pp. 349-52.

¹¹³ El artículo 65 de la Unidad de normas para la ejecución de sentencias condenatorias, de Perú, incluye al capellán en el tribunal de conducta. Nos hemos preguntado si es pertinente, desde el exclusivo punto de vista del tratamiento, que el sacerdote participe en un organismo facultado para imponer castigos; ¿cómo afectará esto a la figura y a la misión del sacerdote en la cárcel? Cf. García Ramírez, "Unidad de normas penitenciarias en la República de Perú", en *Manual de prisiones*, p. 294.

¹¹⁴ En México, los Consejos Técnicos surgieron primeramente, como institución real, en la práctica del Centro Penitenciario del Estado de México. Cf. García Ramírez, *Hacia la reforma penitenciaria en México: el Centro Penitenciario del Estado de México*, rev. cit., p. 245. En torno a la consolidación legal del instituto, cf. "Exposición de motivos de las reformas y adiciones a la Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de México", en *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 89. El Consejo Técnico adquirió carta de naturalización en firme, en el Derecho mexicano, a través de la NM 9. Cf. García Ramírez, *La reforma penal de 1971*, pp. 64 ss.

¹¹⁵ Sobre expediente del recluso, cf. lo que decimos en "Nuestra más reciente ley ejecutiva penal", en *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, cit., así como Bernal, *El expediente individual, el Centro Penitenciario del Estado de México*, cit. Cf., además, nuestro trabajo "Una nueva ley de ejecución de penas", en *Manual de prisiones*, cit., p. 220.

¹¹⁶ El mayor imperio de la cosa juzgada en materia penal se halla ligado, evidentemente, a la escuela clásica; no habría razón, en efecto, para regatear validez a la cosa juzgada cuando el proceso tiene por objeto, pura y simplemente, el delito, y la pena no persigue más que retribuir e intimidar. Otra cosa ocurre, en cambio, bajo los postulados positivistas, en que la sanción se orienta hacia el porvenir, dominada por la idea de resocialización, y la sentencia aparece menos como el final del proceso que como el inicio del tratamiento. La función del juez, así, se "desjurisdiccionaliza" y se "administrativiza", se ha dicho. Cf. Gassin, *Les destinées du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le criminel dans le droit pénal contemporain*, rev. cit., pp. 242-5. Con cierta exageración se observa que prácticamente no hay condena penal que no sufra modificaciones en la fase ejecutiva; la multa y la confiscación serían excepciones (salvo, desde luego, casos de indulto). "Se asiste, pues, a un abandono cuasi-generalizado de la autoridad de la cosa juzgada de la parte de la sentencia referente a la pena, dentro del propósito de modelar la ejecución con base en la evolución del delincuente y de su estado peligroso." *Idem*, p. 257. Hay debate, empero, acerca de la naturaleza jurídica de las modificaciones que se introducen a la sentencia de condena, pues mientras cierto sector de la doctrina sostiene que frecuentemente no se trata de otra cosa que de modalidades de ejecución, otro sector afirma que se está ante un verdadero y propio quebrantamiento de la cosa juzgada. *Idem*, pp. 257 ss.

La revisión de sentencias absolutorias que han adquirido firmeza, con el consiguiente desconocimiento del *ne bis in idem*, se ha introducido en varias legislaciones. Así el artículo 50 de las bases de la legislación judicial penal de la URSS y de las repúblicas federadas para Polonia, cf. Cieslak, *Le régime des droit de l'inculpé dans le proces pénal de la République Populaire de Pologne*, en rev. cit., p. 229. En Israel, no es obstáculo para el juzgamiento el hecho de que el inculcado hubiese sido procesado y sentenciado anteriormente, por la misma conducta, ante un tribunal extranjero, cuando se trate de casos comprendidos en la *Nazi and Nazi Collaborators Punishment Act*. Cf. Cohn, *Les droits de l'accusé dans la procédure pénale en Israel*, en rev. cit., p. 175. La doble soberanía resultante de la federación estadounidense se ha traducido en detrimento del *ne bis in idem*. En *Palko v. Connecticut* (1938), la Suprema Corte sostuvo que dicho principio no forma parte del *due process of law* exigido por la enmienda XIV. En contra de este criterio se han pronunciado otras sentencias, como la de *Hetenyi v. Wilkins* (1965), por la Corte de Apelación del Segundo Circuito. Cf. Carey, *Les critères minimum de la justice criminelle aux Etats-Unis*, en rev. cit., pp. 79-80. En este último sentido, también se citan *United States v. Lanza* (1922) y *Barktus v. Illinois* (1957). Cf. Mueller, *La nueva administración de la justicia penal en los Estados Unidos y las Reglas de procedimiento penal de Puerto Rico*, p. 61. El mismo Mueller comenta: "nuestra noción exagerada de federalismo permite juicios consecutivos contra una misma persona que al realizar un acto viola una ley federal y otra estatal, al objeto de satisfacer el poder de las dos jurisdicciones". Contra esto se ha expedido la orden administrativa de 20 de mayo de 1959, del Fiscal General de los Estados Unidos, prohibiendo a sus subalternos iniciar el procesamiento de un sujeto que ya ha sido juzgado por un tribunal estatal con motivo de un delito del fuero común derivado del mismo acto. Cf. *Idem*, pp. 60-1.

¹¹⁷ Es claro que numerosos argumentos apoyan a la prisión preventiva; otros muchos, en cambio, demuestran sus debilidades e injusticias. Cf. el resumen que hacemos en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 22-4. Con razón decía San Agustín: "Los hombres torturan para saber si se debe torturar", y afirmaba Carrara que la preventiva era la lepra del proceso penal. Cf. Pisapia, *Orientamenti per una riforma della custodia preventiva nel processo penale*, en rev. cit., pp. 73 y 78. También Concepción Arenal tachó de injusta a la preventiva. Cf. Soto Nieto, *La prisión y la libertad provisionales vistas por un juez*, en rev. cit., p. 580. Tómese en cuenta, por otra parte, que "la prisión preventiva va contra la presunción de inocencia: lleva a encarcelar a un ciudadano de quien se presume que es inocente", comentan Jean y Anne Marie Larguier, *La protection des droits de l'homme dans le procès pénal*, en rev. cit., p. 117.

Es razonable, pues, la tendencia doctrinal a reducir los supuestos de privación procesal de la libertad, haciendo de aquélla un fenómeno excepcional y de corta duración. Cf. Vérin, *Du bon usage de la courte peine d'emprisonnement*, en rev. cit., p. 458. Por esta idea se pronunció Nieves ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal (Caracas, 1967). Cf. *La libertad provisional*, en rev. cit., p. 38.

¹¹⁸ Acerca de la fase de observación, cf. nuestra exposición en "El Centro Penitenciario del Estado de México: organización, funcionamiento y proyecciones", en *Derecho*, cit., y "Balance y resumen sobre el Centro Penitenciario del Estado de México", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, p. 52.

¹¹⁹ Las circunstancias materiales no siempre permiten, por desgracia, la existencia de centros de observación y clasificación de los condenados diversos e independientes de los reclusorios en que se cumplirá la condena o, al menos, la parte principal de ésta, pues cercano ya su término deberá

efectuarse nuevo cambio de institución. Es entonces cuando surgen los sectores de observación dentro de las instituciones de ejecución penal, sistema que también ofrece ciertas ventajas. Cf. Comité de Clasificación y Trabajo Social de la Asociación Americana de Prisiones, *Clasificación de prisiones*, pp. 74-5. Mundialmente conocido es el Centro de Rebibbia, Roma, fundado en 1955. Esta institución se destina al examen de jóvenes adultos delincuentes de entre 18 y 25 años de edad, sentenciados a no menos de cuatro años de prisión. En Rebibbia se cumplen, además, otras funciones; así, las de investigación criminológica, docencia y selección de personal penitenciario. Cf. Ferracuti, Fontanesi y Wolfgang, *El Centro de diagnóstico y de clasificación en Rebibbia, Roma*, rev. cit., pp. 49 ss.

La existencia de una fase de observación en el procedimiento especial para menores infractores, fase que es corriente en estos enjuiciamientos, tanto en México como en el extranjero (cf. nuestro trabajo *Los principios inquisitivo y acusatorio en el enjuiciamiento especial de menores infractores*, en rev. cit., y *El Código tutelar para menores del Estado de Michoacán*, p. 35), determina la necesidad de contar con centros de observación, que son a estos infractores lo que las cárceles preventivas a los delincuentes adultos. Cf. en torno a la cuestión, Sabater Tomas, *Juventud inadaptaada y delincuente*, pp. 218-9.

De un estudio comparativo de los Derechos de Portugal, Bélgica, Francia, Alemania e Italia, se concluye que más allá de diferencias secundarias, las legislaciones examinadas incorporan, junto a la indagación sobre el delito, la observación del menor. Cf. Gersão, *Tratamiento criminal de jóvenes delinquentes*, p. 222.

Aquí se plantean dos tendencias: que los propios miembros del tribunal funcionen como técnicos del proceso de observación, cosa que ofrece, desde luego, ventajas y desventajas (cf. García Ramírez, *El Código tutelar para menores del Estado de Michoacán*, pp. 35-6), o que, inversamente, los técnicos del centro de observación asuman el cometido jurisdiccional. A esto apuntan las reiteradas ofensivas contra la estructura y los procedimientos actuales de los tribunales. Cf. Heuyer, *Le délinquance juvénile*, p. 300. En el fondo de esta situación, se agita la desconfianza en la capacidad científica, no jurídica, de los jueces letrados.

¹²¹ Por contraste con el concepto tradicional de buena conducta, demasiado mecánico, algunos ordenamientos pretenden aportar una caracterización positiva. Debe advertirse siempre que los delincuentes habituales, peligrosos, a menudo observan muy buena conducta, afirmada y avalada, inclusive, por el personal del reclusorio; no se trata de otra cosa que de una hábil sumisión a los reglamentos, táctica corriente y bien conocida. Cf. Beleza dos Santos, *Le juge d'exécution des peines au Portugal*, rev. cit., p. 417.

¹²² Es claro que antes de la aceptación formal de la preliberación en nuestro país, se practicaban ciertas formas de ésta, como los permisos de salida, abierta o subrepticamente, sin ninguna base técnica. Recuérdese el pintoresco caso de la cárcel de Guadalcázar, del que damos cuenta en "Manuel José Othón en funciones de juez y alcaide", en *Manual de prisiones*, pp. 17 ss.

En México, el tratamiento preliberacional fue introducido, por vez primera, en la LEPEM, gracias al Decreto Núm. 64, de 14 de agosto de 1968, que adicionó el artículo 24. En la Exp. de Mot. se aludió a los antecedentes doctrinales del sistema y a las experiencias penitenciarias en este orden de cosas. Cf. *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 87. El desarrollo se encuentra contenido en el tercer párrafo del artículo 28 del RCPM. Debe advertirse que los términos del precepto están prácticamente copiados de los propuestos por el Segundo CNU. Cf., de éste, el *Informe de la Secretaría*, p. 68. En este ámbito es preciso huir de la "frondosidad burocrática", a la que aludimos al comentar el sistema argentino de

inclusión del recluso en la fase de prueba. Cf. "Progresividad del régimen penitenciario argentino", en *Manual de prisiones*, p. 87.

La integración de la preliberación como fase del régimen penitenciario progresivo técnico fue recomendada por el Tercer CNP. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 70.

¹²³ La semidetención (o semilibertad, según sigue siendo el nombre más corriente, inclusive en esta modalidad del instituto) como medio de sustituir, de raíz, las penas breves privativas de libertad, ha merecido elogios y congregado esperanzas. En Francia, es posible gracias al artículo D. 137, párrafo I, del Código de procedimiento penal, que permite otorgarla a los condenados a una o más penas de prisión. Empero, no se ha difundido su uso. Cf. Vérin, *L'exécution des courtes peines d'emprisonnement sous le régime de la semi-liberté*, en rev. cit., pp. 390 ss.

El Segundo CNU, reconociendo la imposibilidad de abolir a corto plazo las penas breves, postuló para las hipótesis de imposición de esta medida: "Siempre que sea factible, se dará preferencia a los establecimientos abiertos como lugar de cumplimiento de la condena." *Informe de la Secretaría*, p. 67.

Al lado de la semilibertad, como fase final de la ejecución de una pena privativa de libertad, se sitúa la semidetención, forma de privación parcial de la libertad experimentada en Bélgica paralelamente a los arrestos de fin de semana. Cf. Screvens, "Aspects juridiques et législatifs en Europe", en *Les nouvelles méthodes de restriction*, p. 4. Entre los desarrollos penológicos recientes se cuenta, también, con la detención de fin de semana y ciertas medidas de alojamiento obligatorio. Cf. al respecto, Dupréel, *Discurso de clausura* del Segundo Coloquio Internacional de la Fundación Internacional Penal y Penitenciaria, en *Les nouvelles méthodes de restriction*, p. 132. Sobre realizaciones nacionales en torno a estos progresos, cf. Bennet, "Nouvelles méthodes de restriction de liberté dans les systèmes pénitentiaires américain et anglais", en *idem*, pp. 58 ss., y Wahl, "L'application de nouvelles méthodes restrictives de liberté au cours du traitement pénal", en *idem*, pp. 73 ss. Acerca del tema en Francia, cf. De Azpiazu, *El régimen de semilibertad en Francia*, en rev. cit., p. 119 (en este país, el sistema se apoya en el artículo 723 del nuevo código de procedimiento penal). En Mónaco, la ejecución fraccionada de penas de prisión que no excedan de tres meses, a base de detenciones de fin de semana y perdón de los días restantes, fue introducida por los artículos 406 a 408 del código penal de 1967, cf. Cannat, *Les dispositions pénitentiaires du nouveau Code pénal de Monaco*, en rev. cit., p. 372.

¹²⁴ También es necesario advertir que el actual elenco de medidas institucionales y no institucionales puede ser insuficiente, en cierto número de casos, para obtener el adecuado reacomodo de algunos sujetos. De aquí se sigue —siempre en la línea del tratamiento individualizado y diversificado— la pertinencia de nuevas medidas, de carácter intermedio, para afrontar esta suerte de problemas. Al respecto, y para el Tercer CNU, cf. *Informe de la Secretaría*, p. 28.

¹²⁵ Cf. ampliamente sobre el tema, Neuman, *Prisión abierta, una nueva experiencia penológica*, cit.; Navarro, *El trabajo penitenciario*, pp. 105 ss.; y González Bustamante, *Colonias penales e instituciones abiertas*, cit. Caracterización, en la resolución de 29 de agosto de 1955, del Primer CNU. "La cuestión consiste, dice Neuman, en remplazar los muros, cerrojos y toda clase de aseguramiento drástico por la propia conciencia, hacer presos de su conciencia." *Idem*, p. 135. El mismo autor detalla ventajas e inconvenientes de la prisión abierta en *idem*, pp. 213 ss.

¹²⁶ Desde luego, la semilibertad comporta riesgos y problemas que es necesario sortear y resolver. En Francia se han advertido algunas dificultades y necesidades que son, en realidad, corrientes: "la aplicación de este régimen exige instalaciones adecuadas, aislamiento de los beneficiarios con

respecto a los otros detenidos, preparación especial de los agentes penitenciarios, cuidadosa selección y en general pabellones construidos con las condiciones que dispone el mismo régimen de semilibertad. Surgen otras dificultades. Por ejemplo, las que nacen de las distancias entre la cárcel y los lugares de trabajo y no son menores las dificultades que proceden de la igualdad de derechos en la asistencia social con respecto a los ciudadanos libres. Por otra parte, los empleados penitenciarios ven complicado su trabajo, las autoridades locales se sienten molestas por la presencia de los semiliberados, los patrones no abren con gusto sus puertas a esta clase de trabajadores y el mismo semiliberado necesita gran voluntad para adaptarse a esta vida de semiencajados. De Azpiazu, *El régimen de semilibertad en Francia*, en rev. cit., p. 122. Además de estas cuestiones, se ha observado que la prisión preventiva se prolonga por tanto tiempo que a menudo queda poco para la semilibertad, dada la imputación de la preventiva a la pena, y que hay apreciables desigualdades en el empleo del régimen, tanto por regiones como en el interior de cada prisión. Cf. Vérin, *L'exécution des courtes peines d'emprisonnement sous le régime de la semi-liberté*, en rev. cit., pp. 395-6. En Estados Unidos, se ha tropezado con algunos problemas serios en el trabajo de los semiliberados: falta de pago, utilización para labores indeseables o extenuantes, exceso en las horas de trabajo, pago de salario menor que el mínimo, presión política sobre el personal de los reclusorios para que permita el uso inadecuado del trabajo de los semiliberados, empleo de éstos como rompehuelgas, etc. Cf. Ayer, *Work-release programs in the United States: some difficulties encountered*, en rev. cit., p. 54.

¹²⁷ Dejando de lado alguna antigua regulación sobre régimen celular, la tradición legal y reglamentaria de México se ha inclinado por el progresivo, cuya fisonomía varió en el curso del tiempo. Fue este sistema el acogido por el código de Martínez de Castro (artículos 74 y 130 ss.) y en pos suya, al detalle, por el Reglamento de la Penitenciaría de México, de 1901 (artículos 13, fracción III, 20, 21, 35, 47, 57, 69, párrafo 2, 110, 113, 119 a 128 y 196). No obstante su fecha, el Reglamento general de cárceles y establecimientos penales del Estado de Tlaxcala, de 25 de enero de 1908, expedido por el gobernador Próspero Cahuantzi, omitió consagrar un sistema determinado. El progresivo fue captado por el Reglamento de la Colonia de Islas Marías (artículos 3 a 5) y el código de José Almaraz (artículos 105 ss.) Dice Carrancá y Trujillo que adoptó el sistema clasificatorio o belga. Cf. *Derecho Penal Mexicano. Parte general*, p. 463. Finalmente, el Derecho mexicano se ha orientado hacia el régimen que hemos calificado como "progresivo-técnico". Cf. García Ramírez, *La reforma penal de 1971*, páginas 64 ss. Ver la Exp. de Mot. de las NM, en *idem*, p. 164, así como la NM 7, específicamente sobre el tema. La calificación arranca del Reglamento del Centro Penitenciario del Estado de México. Por este sistema se pronunció el Cuarto CNP. Cf. Malo Camacho, *Método para la aplicación práctica* (trabajo que ostenta el subtítulo: *El régimen progresivo técnico*), p. 35.

¹²⁸ La soledad en que se encuentran muchos infractores, que han perdido todo contacto con su familia o carecen de ella, constituye un factor adverso al reacomodo social. De ahí que se haya pensado, particularmente en el caso de sujetos a condena condicional o a libertad preparatoria, en la posibilidad de alojamiento o colocación en algún hogar, que así funciona, trasplantando al terreno de los adultos ciertas instituciones corrientemente empleadas en el de los menores, como "hogar sustituto". Inclusive, se apunta la posibilidad de que en un conjunto habitacional compuesto por departamentos ocupados por familias, alguna o algunas habitaciones de éstos sean reservadas a infractores, a título de subarrendatarios. En el edificio se contaría con la presencia constante de un orientador o *probation officer*. Ya existe, en la República Federal de Alemania, una aplicación

NOTAS Y REFERENCIAS

147

concreta de este interesante sistema. Cf. Wahl, "L'application de nouvelles méthodes restrictives de liberté au cours du traitement pénal", en *Les nouvelles méthodes de restriction*, pp. 85-6.

¹²⁹ Cf. los términos de esta cuestión en nuestro trabajo "Las colonias penales y la situación actual de las Islas Marías", en *Manual de prisiones*, p. 239. El artículo 3º del Estatuto de las Islas Marías y el artículo 13 del Reglamento de la misma colonia, autorizan el establecimiento en ésta de familiares de los reos. En los convenios que concerta el Gobierno federal con los de los Estados para el traslado de reos comunes a las Islas Marías, se inserta una cláusula que previene la vida familiar del colono. Cf. la legislación atinente a las Islas, en *La colonia penal de las Islas Marías*, en rev. cit., pp. 413 ss.

¹³⁰ No hubo en México colonización penal externa, sino sólo interna, pasa usar la nomenclatura de Dorado Montero. Cf. "Colonias penales", en *Enciclopedia Jurídica Española*.

La colonización, asociada a la deportación y a la traslación, se ha usado con muy diversos propósitos y bajo formas diferentes. Son de lamentable recuerdo los traslados a Quintana Roo y a Valle Nacional, cf. Ochoa Campos, *La Revolución Mexicana (sus causas sociales)*, t. II, pp. 220-1. Esto, que empañó políticamente la colonización penal, provocó un indignado clamor en el Constituyente de 1916-1917. Cf. nuestra reseña en *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, cit. En realidad y contemporáneamente, la colonización se vincula con Islas Marías, adquiridas en 1905 por el Gobierno federal para fines penales. Sobre esta institución, cf. la recopilación de documentos de Piña y Palacios, *La colonia penal de las Islas Marías*, revs. cit. Ya Ignacio Vallarta había sugerido el uso del archipiélago para colonización penal. Cf. *Votos*, t. III, pp. 50-1. Montiel y Duarte estimó que la colonización penal podría remplazar ventajosamente a la pena de muerte y apuntó que aquélla constituía una "necesidad ineludible". Cf. *Estudio sobre las garantías individuales*, pp. 441 y 443. Macedo consideró que las colonias penales eran adecuadas para el envío de reincidentes de delitos leves. Cf. *La criminalidad en México*, en rev. cit., p. 181. El punto 44 del Programa del Partido Liberal Mexicano (San Luis Missouri, 1º de julio de 1906) propugnó: "Establecer, cuando sea posible, colonias penitenciarias de regeneración, en lugar de las cárceles y penitenciarias en que hoy sufren el castigo los delincuentes." Durante algún tiempo se envió a las Islas a los infractores y reiterantes del Distrito Federal. Cf. García Ramírez (nuestra cita del informe del presidente Plutarco Elías Calles), "La colonización penal y la situación actual de las Islas Marías", en *Manual de prisiones*, cit., pp. 235-6. La Suprema Corte de Justicia sostuvo la inconstitucionalidad de los traslados de reos estatales a las Islas. Cf. tesis 589, del *Apéndice al tomo XCVIII del Seminario Judicial de la Federación*. La cuestión constitucional cesó con la reforma de 1965 al artículo 18. Sobre la Colonia de Islas Marías, cf. González Bustamante, *Colonias penales e instituciones abiertas*, pp. 123 ss.

Diversas críticas se han enderezado contra las Islas Marías. Entre ellas figura la de Ceniceros, en *La frustrada colonia penal. Las Islas Marías*, en rev. cit., p. 367. Sobre el replanteamiento de la colonia con base en estudios técnicos, escribió Garrido "La utopía de las Islas", en *Ensayos penales*, pp. 86 ss. En torno a la situación actual de aquéllas, cf. Núñez Chávez, *Imagen de una Colonia penal: Islas Marías*, en rev. cit., pp. 5 ss. Algunas notables obras literarias se han compuesto en torno a la colonial penal. Así, Revueltas, *Muros de agua*, y Guzmán, *Islas Marías*. Cf. además, Martínez Ortega, *La isla (y tres cuentos)*; Meléndez, *Las Islas Marías. Cárcel sin rejas*; y, muy recientemente, Marcué *Un infierno en el Pacífico*. Estas obras aparecen citadas en la bibliografía general.

¹³¹ Otras sistematizaciones, según la perspectiva de que se parta, es po-

sible hacer sobre los elementos del tratamiento. Así, *cf.* el sistema que sobre la materia sugerimos en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 237 ss., luego reiterado en *Asistencia a reos liberados*, cit. Este esquema acoge Sánchez Galindo en *El penado, esencia del Derecho penitenciario*, rev. cit., pp. 25 ss.

¹³² Señala Calamandrei que "el buen funcionamiento de la justicia depende de los hombres y no de las leyes..." *También los jueces son hombres*, en rev. cit., pp. 66-7. De semejante parecer ha sido Jiménez de Asúa. *Cf.* "El juez penal: su formación y sus funciones", en *El criminalista*, t. 3, p. 99.

Sobre el particular ya hemos escrito, refiriéndonos a los jueces en palabras que sin esfuerzo podemos extender a los penitenciaristas, que aun cuando aquella afirmación encierra gran dosis de verdad, es necesario acogerla con reserva, toda vez que si el mal juez enerva las bondades de la ley, también es cierto que las manos de aquél resultan con frecuencia atadas por un Derecho torpe o regresivo, fenómeno que es menester no olvidar a la hora de "juzgar al juzgador" a la luz de los avances criminológicos. *El juez penal y la criminología*, en rev. cit., pp. 572-3.

¹³³ A partir de las NM, se ha integrado, con abundancia, el Derecho penitenciario a nivel estatal, sea por la recepción de las propias NM en diversas entidades federativas, sea mediante la expedición, en éstas, de más amplias leyes ejecutivas, fundadas en las NM. Se ha comenzado a integrar la bibliografía sobre las NM. En este ámbito, *cf.* García Ramírez, *La reforma penal de 1971*, cit. *La reforma penal mexicana*, rev. cit., y *Panorama sobre el penitenciarismo en México*, rev. cit.; Malo Camacho, *Método para la aplicación práctica*, cit.; Flores Reyes, *Explicación de la Ley que establece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados*, rev. cit.; y Altmann Smythe, *Las normas mínimas mexicanas, un plan de política penitenciaria*, rev. cit. Los comentarios doctrinales sobre los ordenamientos específicos de los estados son escasos. Sobre el ordenamiento del Estado de México existe una colección de estudios: *La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*. En este volumen se recogen trabajos de González Bustamante (*La Ley de Ejecución de Penas del Estado de México*, pp. 5-32), Carrancá y Rivas (*La Ley de Ejecución de Penas Privativas y Restrictivas de Libertad del Estado de México, de 20 de abril de 1966, y el Centro Penitenciario de dicho Estado*, pp. 33-56) y García Ramírez (*Nuestra más reciente ley ejecutiva penal*, pp. 57-82, que es, con adiciones considerables y debidamente actualizado, el artículo aparecido en *Derecho Penal Contemporáneo*, 1968, núm. 244, pp. 13 ss.) Véase, además, la tesis profesional de Roberto Germán Patoni Hernández, *La pena en el Derecho punitivo moderno y comentarios a la Ley de Ejecución de Penas*. En cuanto a la ley poblana, *cf.* nuestro comentario "Una nueva ley de ejecución de penas", en *Manual de prisiones*, pp. 215 ss.

¹³⁴ Que la multiplicidad no es consecuencia forzosa del federalismo, resulta del ejemplo de la URSS, con sus Bases de 1958; de Suiza, que cuenta con un solo código penal; de Alemania Federal, donde asimismo se ha consolidado la unidad; de Argentina, con su ley sustantiva única y su Ley penitenciaria nacional (Decreto 411/58, ratificado por Ley 14467), complementaria del código penal; de Brasil y Venezuela, donde el federalismo ha tenido consecuencias más moderadas.

En varios de estos países se ha reaccionado contra el particularismo en las áreas en que todavía existe. Véase, como ejemplo, el *Proyecto de Código uniforme en materia procesal penal*, de Jorge A. Clariá Olmedo. "Esta prolijidad —dice Graven refiriéndose a la que reina en Suiza en materia procesal— no es necesariamente una riqueza, ni el particularismo una ventaja." *La protection des droit de l'accusé sé dans le procès pénal en Suisse*, en rev. cit., p. 286.

Es interesante recordar que en los Estados Unidos ha habido cierto movimiento legislativo en torno al *Model Penal Code* aprobado por el Ame-

rican Law Institute en 1962 y cuya preparación se inició en 1952. El *Model Code* ha influido, en variable medida y sobre aspectos específicos, en el Código de Illinois de 1961 (que tomó en cuenta los documentos preparatorios del texto final), las reformas introducidas en 1963 en Minnesota y Nuevo México, la revisión efectuada en 1965 sobre la ley penal de Nueva York, el proyecto de Pennsylvania de 1965 y los proyectos de Delaware y Michigan de 1967. Cf. Wechsler, *Codification of criminal law in the United States: the Model Penal Code*, rev. cit., p. 1428. En Argentina, el tema de la unificación procesal civil y penal fue tratado en la Reunión de Ministros de Justicia, en diciembre de 1966, cf. Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Justicia, *Reunión de Ministros de Justicia*, pp. 53 ss.

El movimiento unificador ha ganado el área continental. Cf. los artículos 67 de la Carta de la OEA de 1948, y 105 de la misma Carta, conforme a las reformas de Buenos Aires, de 1967. En materia penal se ha trabajado en favor de la adopción de un código tipo, hoy en proceso de elaboración; esta tarea podría servir como modelo a otros esfuerzos semejantes. Cf. Novoa Monreal, *La integración jurídica latinoamericana*, en rev. cit., páginas 161 ss. Cf. también, del mismo autor, *La idea de la unificación penal en el IX Congreso Internacional de Derecho Penal de La Haya*, en rev. cit., p. 234, donde se plantea la proyección de un código modelo para regir en numerosas naciones. Además, cf. Fix Zamudio y Cuadra, *Problèmes actuels de l'harmonisation et l'unification des droits nationaux en Amérique Latine*, pp. 82-3; y Grisolia, *Génesis y trayectoria del proyecto del Código penal tipo para Latinoamérica*, en rev. cit., pp. 15 ss.

¹³⁵ La cuestión del localismo o centralismo penitenciario se planteó ya en México a la luz de la Constitución de 1857. Cf. García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 47-9.

En 1916, el proyecto de Carranza procuró centralizar buena parte del sistema penitenciario. Este proyecto fue impugnado por la Comisión y por numerosos diputados. Acerca del proyecto de 1964, que también dio lugar a un amplio debate centrado en torno a la cuestión del federalismo, cf. García Ramírez, *idem*, pp. 50 ss.

Sobra la unificación penal mexicana, cf. Carrancá y Trujillo, "Jiménez de Asúa en la Academia Mexicana de Ciencias Penales", en *Tres ensayos*, México, 1944, pp. 77 ss., *Las causas que excluyen la incriminación (Derecho mexicano y extranjero)*. México, 1944, pp. 66 ss., *Principios de sociología criminal y de Derecho penal*. Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, México, 1955, pp. 188-189, *Derecho penal mexicano*. Ed. Porrúa, 8ª ed., México 1967, pp. 103 ss., *Un nuevo Código penal local a la vista y urgencia de un Código penal federal*, cit., y "Un plan de legislación penal", en *Criminalia*, año XXIX, 1963, núm. 1, pp. 30-31; Niceto Alcalá Zamora y Castillo, "Unificación de los códigos procesales mexicanos tanto civiles como penales", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. X, 1960, núms. 37-40, pp. 265 ss., y *Veinticinco años de evolución del Derecho procesal, 1940-1965*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 1968, p. 87; Juan José González Bustamante, "La unificación de las leyes penales", en *idem*, año XXIX, 1964, núm. 8, pp. 421 ss. V., además, los acuerdos que sobre unificación adoptó el II Congreso Nacional de Procuradores, que aparecen en la *Memoria* de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y Territorios Federales 1958-1964. México, 1964. Finalmente, cf. García Ramírez, "La unificación penal en México y Dos temas constantes en Carrancá y Trujillo: la unificación penal y la especialización del juez del crimen", en *Manual de prisiones*, pp. 89 ss. y 163 ss.

Ha quedado asegurada, constitucionalmente, la posibilidad de concertar convenios entre la Federación y los estados de la República para el traslado de reos comunes a establecimientos federales, en los términos del artículo 18. Cf. un texto modelo para los pactos de este género en *La colonia penal de las Islas Mariás*, en rev. cit., pp. 424-6. A nuestro entender,

nada impediría la conclusión de convenios entre estados de la República. La recomendó, por ejemplo, Vallarta, quien sugería la celebración de estos acuerdos tanto entre la Unión y las entidades como entre estas mismas, recíprocamente. Cf. *Votos*, t. III, p. 54. Hoy día, la racional organización penitenciaria a nivel nacional, sin quebranto del régimen constitucional y habida cuenta de la corriente de opinión dominante en esta materia, se ha logrado por medio de los convenios de coordinación en los términos de las NM 3ª y 17. En torno a la idoneidad de este método, cf. nuestro parecer en *La reforma penal de 1971*, pp. 58-61. Sobre los recientes convenios, a partir de 1971, cf. Biebrich, *Discurso inaugural*, rev. cit., p. 66.

¹³⁶ Esta dirección ha sido acogida en otros medios para resolver cuestiones idénticas o similares. Esta es la orientación de los artículos 123 y 124 de la Ley penitenciaria nacional argentina.

¹³⁷ Desde el Segundo CNP se venía pugnano por un organismo coordinador. Entonces, la segunda conclusión favoreció "el establecimiento de una Dirección Técnica de Servicios Coordinados de Prisiones que mediante la celebración de convenios con los gobiernos de los estados haga posible la implantación del sistema penitenciario en el país, bajo bases técnicas uniformes". Hoy, las reformas al Cppdf y las NM han dado cuerpo a esta aspiración. Cf. *La reforma penal de 1971*, pp. 51 ss. y 58 ss., así como las respectivas Exps. de Mots. en *idem*, pp. 163-4 y 191, y la exposición hecha al respecto por el Secretario de Gobernación, Moya Palencia, ante la Cámara de Diputados, en *idem*, p. 254.

¹³⁸ En México data de antiguo el requerimiento de reforma penitenciaria. Ahora bien, más que la reforma, el establecimiento mismo del sistema penitenciario, "a la mayor brevedad", fue urgido por el artículo 23 de la Constitución de 1857, hasta la modificación de 14 de mayo de 1901. Esta implantación se entendió como requisito para la supresión de la pena de muerte. Cf. nuestro trabajo *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 45 ss. En *idem*, recogiendo la opinión de diversos autores, recordamos el estado tradicionalmente desastroso de las cárceles mexicanas, pp. 66 ss. Asimismo, cf. nuestro estudio *El Centro Penitenciario del Estado de México: significado, funcionamiento y proyecciones*, en rev. cit., pp. 67-68, trabajo que, en edición bilingüe y bajo el mismo título, integra el Cuaderno de Criminología núm. 2 del Centro Penitenciario. Toluca, 1969 (comunicación a las Jornadas Internacionales de Criminología, Mendoza, Argentina, junio de 1969), 46 pp. Sobre el tema, con referencia al Estado de México y propugnando también la reforma penitenciaria en esta entidad, cf. Antonio Huitrón, *La reforma carcelaria en el Estado de México*, esp. pp. 15 ss. En torno a la reforma penitenciaria realizada en el Estado de México, cf. Fernández Albarrán, *Quinto Informe de Gobierno*, pp. 17-22, *Memoria del Sexenio 1963-1969*, cap. sobre sistema penitenciario, y "Discurso inaugural del Tercer CNP", en *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, pp. 33 ss.

También en favor de la implantación de régimen penitenciario se pronunció Porte Petit en su discurso de clausura del Segundo CNP. Este discurso fue recogido en el folleto *Conclusiones* (del Congreso Nacional Penitenciario). Biblioteca Jurídica, Ed. del Gobierno del Estado de México, vol. IV, Toluca, 1953. Ha sido nuevamente publicado, sin los errores de imprenta con que vio la luz en el aludido folleto, en *Criminalia*, año XXXV, 1969, núm. 4, pp. 288 ss.

Sobre el tema, es expresivo el título de una serie periodística para el diario *El Heraldo de México*, desarrollada por Raúl Carrancá y Rivas, quien redactó, igualmente, el resumen final: *La desorganización penitenciaria en México* (v. *Revista Michoacana de Derecho Penal*, 1967, núm. 6, pp. 53 ss.), en la que se compendió opiniones de Luis Garrido, Alfonso Quiroz Cuarón, Javier Piña y Palacios, Raúl Carrancá y Trujillo, Mariano Jiménez Huerta y Luis Fernández Doblado. Sobre estos puntos es posible consultar un buen número de encuestas y opiniones. Así, cf. Quiroz Cua-

rón, *Crisis de la administración de justicia penal*, en rev. cit., p. 344. En diversos aspectos estamos remontando aún el viejo curso de la historia de la criminología de las prisiones, que para aquel autor es "la historia del sadismo colectivo, de la cólera, de la venganza de la sociedad sobre el hombre delincuente, disidente o inconforme". *El régimen penitenciario de las entidades federativas*, en rev. cit., p. 896. Entonces, se puede coincidir con Raúl F. Cárdenas cuando dice (se refiere a la Penitenciaría del Distrito Federal): "hemos construido una cárcel moderna, pero la obra social y técnica, sigue siendo la misma que en las viejas cárceles de la Colonia, o sea, ninguna". *La ejecución de las sanciones en México*, en rev. cit., p. 78. Sobre la situación de las cárceles mexicanas, véanse las diversas encuestas hechas al respecto: Garza Siller, *Informe en la Memoria del Primer Congreso Nacional Penitenciario*, pp. 55 ss.; Franco Sodi, *El problema de las prisiones en la República*, 1941, Piña y Palacios, *La situación de las prisiones en México (estudio y compilación)*, en rev. cit., pp. 176 ss.; Rosa Hilda Niubo Mena, Emilio Gómez Vives, José Valladolid Vega y Benito Zeta Villegas, *Penitenciarías y cárceles en el D. F.*, en rev. cit., pp. 47 ss.; Rolando Espinosa, Héctor Manzano Roe, Javier Ostos Valle, Alberto Rodríguez y Eduardo Trillo Aceves, *El sistema penitenciario de la República Mexicana*, en rev. cit., pp. 595 ss.; Buentello, *Cárceles de la República Mexicana*, en rev. cit., pp. 302 ss.; Cruz Mejía, *Tratamiento de los reclusos en establecimientos penitenciarios en provincia*, rev. cit., pp. 631 ss.; Méndez Barraza, *Estado de las prisiones en México* (que se refiere especialmente a la antigua Penitenciaría del Distrito Federal), rev. cit., pp. 95 ss.; y Mendoza Alvarez y Contreras Vallejo, *El Centro Penitenciario de Morelia*.

En la actualidad se ha operado un profundo cambio institucional y jurídico, del que ya nos hemos ocupado en notas precedentes. Varios autores han situado en el origen de esta transformación al Centro Penitenciario del Estado de México, acerca del cual comentó editorialmente *Derecho Penal Contemporáneo*: "es la primera vez que en una prisión mexicana funciona un sistema penitenciario". Cf. 1968, núm. 24, p. 12. Sobre el mismo reclusorio Javier Piña y Palacios anotó que es "el primero en la República Mexicana con dirección, organización y administración técnicas". A *los gobernadores de los estados*, en rev. cit., p. 231. Este artículo aparece reproducido en el volumen *El Centro Penitenciario del Estado de México*, p. 39. En esta misma obra figuran diversas opiniones coincidentes. En reciente fecha, Edmundo Buentello indica que tal Centro es "el más avanzado en organización y técnica". *Cárceles de la República Mexicana*, en rev. cit., p. 303.

¹³⁹ En el Cuarto CNU se sugirió la creación de organismos nacionales a cargo de asegurar y vigilar la aplicación de las RM. Varios participantes se pronunciaron por tribunales o magistrados de jurisdicción especial; otros optaron por el sistema del *ombudsman*; algunos consideraron que bastaría con que los prisioneros pudiesen ocurrir ante un tribunal especial. Se aconsejó un procedimiento de apelación, sin optar por ninguna forma particular de recurso. Cf. *Informe de la Secretaría*, p. 67. Se encomendó al grupo de trabajo "estudiar todas las consecuencias de una posible 'internacionalización' de los distintos tipos de recursos a que tenían acceso las personas encarceladas que alegaran que no se les habían otorgado las garantías establecidas en las Reglas". *Idem.*, pp. 69-70.

¹⁴⁰ Cf. Núñez Chávez, *Orientaciones generales sobre el tratamiento penitenciario*, rev. cit., pp. 132-3.

¹⁴¹ El artículo 14 del Decreto-Ley núm. 17, 581, de Perú, dispone la creación de "los establecimientos carcelarios de máxima, media y mínima seguridad requeridos por la ejecución penal y los demás que establece el Código penal y aconseja la Ciencia Penitenciaria, suprimiéndose el actual sistema geográfico administrativo". Hemos comentado este criterio de clasificación institucional en "Unidad de normas penitenciarias en la República de Perú", en *Manual de prisiones*, p. 278. Ofrece interés, además, el régimen

que sobre el particular ha creado en España el Decreto 162/1968, de 25 de enero de 1968, que en diversos extremos modificó el Reglamento de los Servicios de Prisiones. V. esp. artículos 5, 25 y 48.

Bien señala Altmann Smythe que "la Ciencia Penitenciaria propugna la creación de distintos tipos de prisión, adaptables a cada una de las múltiples categorías que ha de recibir y tratar, por cuanto no es el recluso el que deba adaptarse a la prisión, sino el establecimiento penal al tratamiento que habrá de otorgarse al delincuente". *Bases para un plan de futura política penitenciaria nacional*, p. 151.

Al respecto, cf. la regla 63, 3, de las mínimas para el tratamiento de los reclusos. Pese a la conveniencia de evitar los grandes establecimientos, en varios países se mantienen prisiones gigantescas. Así, véase la información recopilada por The American Correctional Association, en *Directory. Correctional institutions and agencies of the United States of America, Canada and Great Britain*. También México ofrece algunos ejemplos a este respecto; el típico es la Cárcel Preventiva de la ciudad de México, construida para penitenciaría bajo régimen celular, con capacidad para 1 000 internos, hoy largamente triplicada.

¹⁴² Sobre la relegación asociada a la colonización penal, cf. lo que resumimos en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 342 ss., *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, pp. 77 ss. Acerca de la deportación, calificada de "bárbara", cf. Jiménez de Asúa, "Una colonia penal agrícola proyectada en Tucumán", en *El criminalista*, t. III, pp. 245 ss. En frase que recuerda la de Franklin, Pacheco advertía: "Seguramente, señores, que nos deberían estar agradecidos los habitantes de las Filipinas o de las Marianas si les enviásemos todos los años por regalo un cargamento de los facinerosos de nuestro país." *Estudios de Derecho penal*, p. 296. Para una síntesis histórica, cf. Ribeiro de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva*, pp. 261 ss. Los sistemas de relegación más conocidos fueron el ruso y el francés. El régimen se prohibió en un mensaje presidencial francés, de 12 de noviembre de 1850. Cit. por Pinatel, *Traité élémentaire de science criminelle et de défense sociale*, p. 66. En el proyecto de reformas legales de 1969 se consultó la supresión de la pena de relegación. Cf. Comisión Internacional de Juristas, *Consolidación de la protección de los derechos individuales en Francia*, en rev. cit., p. 12.

En México, la relegación despertó encontradas opiniones, las más adversas. Cf. Piña y Palacios, "La pena de relegación y la colonización penal de las Islas Mariás 1912-1931", en *La Colonia penal de las Islas Mariás*, en rev. cit., pp. 311 ss. Durante la vigencia del código actual, la deportación, hermana menor de la relegación, ha corrido diversas vicisitudes: fue prevista originalmente por la fracción II del artículo 24, suprimida, en 1938, aceptada de nuevo en 1943 y finalmente retirada del elenco de penas en 1947. El decreto de 30 de diciembre de este año, tácitamente derogó al de 6 de febrero de 1945, que permitía a la Secretaría de Gobernación sustituir la pena judicialmente impuesta, por relegación en las Islas Mariás. Cf. De Pina, *Código penal para el Distrito y Territorios Federales*, cit., pp. 46-7.

¹⁴³ La arquitectura penitenciaria tiene mucho que hacer para el éxito del tratamiento. Así, desde los viejos maestros, señaladamente Bentham, cf., las observaciones y recomendaciones de Lastren, un siglo atrás, en *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, pp. 81 ss. Sobre la relación entre éste y la unidad física en que se imparte, cf. Sim van der Ryn, *Can architecture aid a therapeutic process?*, rev. cit., pp. 41-4. De la materia nos hemos ocupado en "Arquitectura penitenciaria", en *Manual de prisiones*, pp. 143 ss. Cf. la opinión sobre el tema de Gabriel Seminario Helguero, cit. por Altmann Smythe, *Bases para un plan de futura política penitenciaria nacional*, pp. 149-50.

El Segundo CNP consagró uno de sus temas a la arquitectura penitencia-

ria, cosa que también hizo el Tercer CNP, que recomendó la creación de un órgano técnico orientador en esta área, *cf. Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 72.

La inadecuación de los edificios que tradicionalmente se han destinado en México a reclusorios, quedó de relieve a través de la encuesta de Piña y Palacios. *La situación de las prisiones en México (estudio y compilación)*. Igual cosa se desprende del trabajo de Benito Contreras, "Las prisiones del futuro en México: orientación arquitectónica; la educación y el trabajo en las mismas. Patronatos carcelarios", en *Memoria del Primer Congreso Nacional Penitenciario*. Para el Estado de México, *cf. Huitrón* (quien escribía en 1953), *La reforma carcelaria en el Estado de México*, p. 27. Diversos proyectos hubo para la construcción de un reclusorio en esta entidad, hasta la edificación del moderno Centro Penitenciario. Entre aquéllos, *cf. Servando Castilla Fonseca, Proyecto del reclusorio central para el Estado de México*.

Sobre la renovación física en reclusorios, *cf. García Ramírez, Noticia penitenciaria mexicana*, pp. 12 ss., y Secretaría de Gobernación, *Resumen de las obras realizadas durante el último decenio en la colonia penal de Islas Marías*, rev. cit., pp. 377 ss. En el curso de los ejercicios 1972-1973 se ha acometido la construcción de cinco nuevos reclusorios en el Distrito Federal, de amplias instalaciones en la colonia penal de Islas Marías y de penitenciarías en los Estados de Aguascalientes, Hidalgo, Sonora (red estatal) y Tabasco, así como en las entidades de Baja California Sur y Quintana Roo. Existe ya, en la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, el organismo sugerido por el Tercer CNP.

144 No obstante la abundantísima literatura y los constantes y eminentes esfuerzos hechos en torno a la etiología delictiva, lo cierto es que, como Merle indica, "desgraciadamente, el mundo extraño de la criminalidad es todavía difícilmente accesible al análisis. A pesar de los recientes progresos de las ciencias humanas, la génesis de la delincuencia conserva todo su misterio". *Comment devient-on criminel?* en rev. cit.

145 La asociación entre alteraciones cromosómicas y delincuencia se ha querido hallar en los casos que presentan el síndrome de Klinefelter (cariotipo XXY) y en aquellos que ofrecen los cariotipos XYY y XYYY. Sobre las investigaciones de Court Brown, Nielsen, Hunter y Patricia Jacobs, *cf. Amarista, Aberraciones cromosómicas y conducta delictiva*, en rev. cit., pp. 39-40. La conclusión que apunta Amarista es: "El síndrome de Klinefelter se encuentra en casi el 2% de los delincuentes con debilidad mental ligera, es menos frecuente en los débiles profundos (0.5%) y raro entre los muy inteligentes. El cariotipo XYY presenta una incidencia de 2.8% en los delincuentes de inteligencia débil ligera. En los sujetos de talla por encima de 1.80 m., el cariotipo XYY es más frecuente en los delincuentes débiles ligeros que entre los enfermos mentales y criminales." *Idem*, p. 43. Estos trabajos marcan, sin duda, un renacimiento de la biología criminal. *Cf. nuestra glosa "Antropología criminal"*, en *Manual de prisiones*, pp. 53-4.

También en México se iniciaron trabajos de investigación sobre genética para fines criminológicos. Así, Armendares y Buentello, "Investigación sobre genética en el Centro Penitenciario del Estado de México", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, p. 72. Acerca de la pertinencia de la investigación genética en prisiones y otros lugares de reclusión, especialmente en México, *cf. Buentello, Genética en padecimientos mentales. Perspectivas criminológicas. Legislación de alienados*, rev. cit., p. 352.

146 La historia del trabajo penitenciario, como la del personal carcelario, determina en mayor o menor medida el sentido mismo de la reclusión. De la pena agregada, con propósito único de sufrimiento, se pasó a una doble concepción: sufrimiento más uso económicamente provechoso de la faena

del reo. En el periodo penitenciario clásico, hubo formas de labor destinadas sólo a abatir la monotonía del encierro. La más reciente fase del trabajo cautivo le concibe como modo de promover la reincorporación social. Cf., en este tema, Cuello Calón, *La moderna penología*, pp. 408 ss.; Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho penitenciario*, pp. 111 ss., y en el mismo sentido que éste, Malo Camacho, *Necesidad de una adecuada organización y desarrollo del trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 34-5. Además, cf. Navarro, *El trabajo penitenciario*, p. 59. El trabajo penal se ha desarrollado de pena principal a complemento o integración de la privativa de libertad, y a obligación del penado para contribuir a su readaptación social. Cf. Ucha, *Previsión Social carcelaria. Derechos del trabajador penitenciario*, rev. cit., pp. 108-9. V. RM 71 y 72.

¹⁴⁷ Se han presentado algunas dudas, que no creemos justificadas, acerca de la obligatoriedad del trabajo de los penados a la luz del Derecho mexicano. El arranque del tema es, desde luego, constitucional. Hemos entendido que trabajo y educación, a más de enseñanza laboral, son tanto derechos del sentenciado —pues se encuentran enclavados en el título concerniente a garantías individuales, esto es, a derechos públicos subjetivos— como obligaciones del mismo, si se recuerda que el artículo 5º de la propia Constitución se refiere expresamente a la imposición judicial de trabajo penal, norma que, correlacionada con el artículo 18, excluye desde luego la idea de trabajo como pena, pero acoge la de trabajo como medida necesaria de readaptación social. En efecto, si la pena de prisión se orienta, *forzosamente*, a la readaptación social y si educación y trabajo conducen a ésta, es claro que ambos constituyen elementos *necesarios* del régimen penitenciario. No se trata de trabajos forzados, sino de trabajo debido.

Es erróneo suponer, pues, como se indica en *Trabajo penitenciario*, p. 2, que en México el penitenciario es un derecho, mas no una obligación del penado. En este sentido, Morales Saldaña, *Normas laborales aplicables al trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 50-51. Cf. nuestra *Noticia penitenciaria mexicana*, pp. 6-7. Esta correcta idea constitucional y penológica se acogió por el Tercer Congreso Nacional Penitenciario: "El trabajo es un derecho inherente a la persona humana y debe ser considerado como un derecho del recluso y una obligación del mismo para su rehabilitación." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 73. Malo Camacho estima obligatorio el trabajo de condenados a la luz del Derecho mexicano, con base en el artículo 18 constitucional, no en el 5º, cf. *Necesidad de una adecuada organización y desarrollo del trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 30-2. Sobre el trabajo penitenciario como derecho y deber, cf. Fernández Doblado, *El trabajo como medio para la readaptación social del interno*, rev. cit., p. 106; Kurezyn, *Trabajo penitenciario*, rev. cit., p. 22; y Orellana Wiarco, *El trabajo penitenciario: una posible solución*, en rev. cit., p. 49.

Aun cuando el trabajo de procesados carece, ciertamente, del carácter obligatorio que reviste el de sentenciados, numerosas y atendibles razones aconsejan permitirlo y alentarlos. Así, el artículo 96 del RCEM establece: "Los procesados no están sujetos al deber de trabajar, pero podrán hacerlo y se les estimulará para que lo hagan, proporcionándoles, en la medida de lo factible, los medios necesarios para ello..." En favor del trabajo de procesados, Robles Guerrero, *Obligación del Estado de fomentar el trabajo entre los delincuentes reclusos*, rev. cit., p. 80.

¹⁴⁸ Al defender la deportación interna de criminales, para trabajos en zonas insalubres del país, Ferri exclamaba: "¡Tengamos un poco menos de consideración para los malhechores; tengámosla un poco más para los campesinos y los trabajadores honrados! Que los culpables, transformados en braceros de la civilización, se rehabiliten por la muerte a los ojos de la humanidad a quien tan cruelmente han ofendido." *Sociología criminal*, t. II, p. 307.

149 En la legislación penitenciaria mexicana el trabajo ha cubierto un papel descollante. El texto original de la Constitución de 1917 lo previó como medio para la regeneración del penado (artículo 18), óptica que fue reforzada en 1965, cuando el precepto constitucional pasó a hablar tanto del trabajo como de la capacitación para el mismo. Sobre el sentido del trabajo penitenciario, el Tercer CNP se pronunció en los siguientes términos: "El trabajo en los reclusorios penales debe ser presupuesto indispensable para la rehabilitación social del internado." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 73. El moderno sistema se ha incorporado al artículo 10 de las NM. Comentario al respecto, en *La reforma penal de 1971*, pp. 73 ss. Para Kurczyn, el trabajo penitenciario posee triple finalidad: terapéutica, de capacitación y de ayuda económica. Cf. *Trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 25-6.

150 El régimen de servidumbre o servicio penal, primero de cuantos se conocen para el aprovechamiento de la mano de obra de los penados, utilizándola en beneficio del Estado, ligada a la privación de libertad, todavía perdura. Esto ocurre, principalmente, en los trabajos de obras públicas, descendientes directos de la condena *ad opus publicum* del sistema romano. Cf. Sellin, *Servicio penal: su origen y supervivencia*, rev. cit., pp. 519 ss. A evitar estas situaciones tienden las normas que ordenan no supeñar el tratamiento por medio del trabajo al lucro que del mismo se obtenga.

151 Anota Bernaldo de Quirós: "Más interesante que la estructura externa de la prisión, la estructura interna de la misma nos muestra en esta segunda fase que estamos considerando (se refiere a la prisión moderna), un proceso muy característico de restitución de las confiscaciones antiguas que la prisión se había permitido en los tiempos antiguos, cuando se la estimaba como un castigo, y, por tanto, como un sistema casi inagotable de privaciones y restricciones en la vida orgánica y social del preso. El espacio, la luz, la alimentación, los movimientos, las relaciones, van siendo recuperados poco a poco por el preso, sin perjuicio de la vida severa y limitada que la prisión impone, aun concebida, como ahora cada vez tiende a entenderse mejor, como una condición de clausura conveniente a un tratamiento que asegure la deficiencia del sentido jurídico, característica del delincuente. En nuestros días mismos, estamos asistiendo al último de los episodios de estas restituciones de que hablamos, en lo que se refiere a la vida sexual del recluso." *Lecciones de Derecho penitenciario*, p. 57. En fin y en suma: restitución de esperanza. Cf. García Ramírez, *Panorama sobre el penitenciarismo en México*, en rev. cit., p. 14.

152 La idea de crear primero el centro de trabajo y luego, en su torno, el reclusorio, procede del penitenciarismo sueco. Refiere Morris que un aforismo frecuentemente utilizado por la administración de prisiones en Suecia es: "primero construyamos una fábrica, luego agreguémosle una prisión". *El sistema correccional para adultos en Suecia*, rev. cit., p. 203. El sistema sueco, que beneficia considerablemente a los reclusos, también apareja utilidades para el Estado, que de este modo obtiene productos necesarios para los servicios públicos. Cf. Vras, *Los derechos humanos y la ley penal*, rev. cit., pp. 199-200.

153 En diversos tiempos y lugares se ha alzado el clamor de la industria libre contra la carcelaria. José II, en 1782, suprimió el trabajo en la prisión de Gante, para satisfacer las demandas de industriales que se sentían afectados desfavorablemente por la competencia de la labor penitenciaria. Cf. Poll y Cornil, *Prisons et établissements pénitentiaires*, op. cit., p. 11. Frente a ciertos éxitos de mercado obtenidos por Sing Sing, los empresarios libres levantaron protestas. El público tomó partido por los obreros y una petición de que se suprimiera el trabajo en las prisiones encontró 200 000 firmas. Cf. Von Hentig, *La pena*, t. II, pp. 227-8.

154 En favor del mercado oficial, la resolución del Primer CNU, de 2 de

septiembre de 1955 en torno al tema, las NM han marcado formalmente una orientación: "El trabajo en los reclusorios se organizará previo estudio de las características de la economía local, especialmente del mercado oficial, a fin de favorecer la correspondencia entre las demandas de éste y la producción penitenciaria, con vistas a la autosuficiencia económica del establecimiento" (artículo 10). Por la preferencia para el mercado oficial, para evitar los escollos que suscita la competencia con la industria libre, se pronuncia Navarro, en *El trabajo penitenciario*, p. 154.

¹⁵⁵ Por lo que toca a sistemas de organización, cf. Cuello Calón, *La moderna penología*, pp. 425 ss.; y Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho penitenciario*, p. 120. Es patente la ventaja de entregar al Estado, en exclusiva, el manejo de la industria penitenciaria. Así, Navarro, *El trabajo penitenciario*, p. 137. Generalmente Kurczyn, *Trabajo penitenciario*, rev. cit., p. 28.

¹⁵⁶ Al respecto, hay orientación en las NM, que excluye la asunción de autoridad, empleos o cargos en la prisión por parte de los reos, "salvo cuando se trate de instituciones basadas, para fines de tratamiento, en el régimen de autogobierno" (artículo 10).

¹⁵⁷ Tras un análisis del tema, Santoro concluye que la relación de trabajo entre el Estado y el reo "debe configurarse esencialmente como relación de autoridad; tanto en orden a las modalidades de prestación del servicio como en cuanto al monto de la retribución y a la distribución de éste". *L'esecuzione penale*, p. 282. Obviamente, esto no obsta para que se procure ajustar el régimen laboral penitenciario, en la medida de lo posible y pertinente, a los sistemas imperantes en la vida libre, tendencia uniformemente aceptada. Cf. Fernández Doblado, *El trabajo como medio para la readaptación social del interno*, rev. cit., pp. 106-7. Que el trabajo penitenciario no descansa en base contractual, es el parecer de Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho penitenciario*, pp. 122-3.

¹⁵⁸ La interpretación de los textos constitucionales nos lleva a concluir, de rigurosa *lege lata*, que el penado sólo disfruta de garantías laborales en orden al derecho al trabajo en todo caso, y a la jornada de trabajo, si se trata de varón, y a ésta y al tipo de labor por desarrollar, si se trata de mujer (artículos 5º, 18 y 123, A, I y II). El régimen restante, pues, procede sólo del Derecho secundario. Kurczyn relaciona un amplio elenco de principios y normas de Derecho laboral mexicano que, en su concepto, han de aplicarse al trabajo en prisión. Cf. *Trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 29-30.

¹⁵⁹ Sobre remuneración del trabajo, se considera que el sistema más justo es el que "otorga a todos los trabajadores penados la misma retribución, cualquiera que sea su situación procesal o la gravedad de la pena impuesta. El preso trabajador debe ser remunerado conforme al valor de su trabajo, según su cantidad y calidad, así lo exige la justicia. Hacer depender la cuantía de la retribución de la gravedad de la pena impuesta, es traer a la valoración del trabajo una estimación de carácter represivo completamente desplazada. La remuneración deberá ser fijada sobre la base de los salarios de los obreros libres". López Riocerezo, *El trabajo penal, medida de reeducación y corrección penitenciarias*, rev. cit., p. 65. En resolución de 2 de septiembre de 1955, el Primer CNU apuntó que "los reclusos deberán recibir una remuneración equitativa por su trabajo". Cf. además, RM 76.

¹⁶⁰ Morales Saldaña estima inconstitucional la deducción que se hace del ingreso del reo para pagar su alimentación y vestido, en los términos del artículo 81 del Código Penal, crítica que igualmente pudiera el autor enderezar, en la actualidad, contra el artículo 10 de las NM. También impugna el régimen de distribución del producto del trabajo. Al respecto, cf. *Normas aplicables al trabajo penitenciario*, rev. cit., pp. 54-5. Esta deducción es corrientemente aceptada por la doctrina, la ley y los congresos interna-

NOTAS Y REFERENCIAS

157

cionales. Cf. la noticia que al respecto damos en *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, p. 301.

¹⁶¹ Una nueva, más fina comprensión de la víctima, resulta de la disciplina que se ha creado en torno suyo. También la victimología permite una aproximación más sutil al fenómeno del crimen, en su totalidad, al exponer el papel de la víctima en la dinámica del delito. Cf. Paasch, *Problèmes fondamentaux et situation de la victimologie*, en rev. cit., p. 131. La victimología puso de manifiesto la insuficiencia de las concepciones psicológicas corrientes acerca de la actitud de la víctima y su influjo sobre el delito. Así, de nueva cuenta, "se alza el telón sobre el escenario del drama criminal donde aparecen protagonista y antagonista. ¿Quién es quién?" Aniyar, *Victimología*, p. 14. Ahora bien, el comportamiento de la víctima no siempre es jurídicamente irrelevante; el relevante es "la conducta idónea a estimular, facilitar o agravar el hecho punible y a la cual el legislador reconoce consecuencias jurídicas". Nieves, *El comportamiento doloso del ofendido en la teoría general del hecho punible*, p. 12. Aquí importan la culpabilidad de la víctima (*idem*, p. 28) y, en función de ésta, la eventual menor responsabilidad del agente (*idem*, p. 70). Se ha querido, incluso, que semejante comportamiento de la víctima deje al victimario fuera de la represión penal, a lo que se contesta que "la falta de aptitud moral en la víctima no justifica la conducta del delincuente y no debe eximirlo de pena". Además, se solicita exigir de la víctima, en ciertos casos, pago de expensas procesales, o aplicarle, en otros, una sanción ejemplar por la negligencia expresada en sus relaciones interhumanas. Cf. Aniyar, *idem*, pp. 112-4.

¹⁶² La confusión entre la pena y la reparación del daño corresponde al Derecho primitivo; el paso del tiempo y la evolución de las instituciones jurídicas establecieron el deslinde. Cf. Vallimaresco, *La justice privée en Droit moderne*, p. 16, n. 11; Leclercq, "Réflexions sur le droit de punir", en *Estudios*, p. 481; Vaillant, *La civilización azteca*, p. 109, y Chiovenda, *Principios de Derecho procesal civil*, t. I, pp. 401-4. En México se ha marchado del deslinde a la confusión. Pero aun en la época de aquél se pugnaba por la observancia de la obligación de resarcimiento. Cf. Martínez de Castro, *Exposición de motivos del Código Penal*, cit., p. 56. En sentido similar, cf. Mariscal, *Exposición de motivos del Código de procedimientos penales de 1880*, p. 7. La variación del sistema proviene de Almaraz. Cf. su *Exposición de motivos del Código penal de 1929*, pp. 182-6. Empero, el sistema de 1929 introdujo cierto hibridismo que dio lugar a censuras. Así, cf. Ceniceros y Garrido, *La ley penal mexicana*, p. 115. V. también nuestro examen del asunto en *La intervención del ofendido en el procedimiento penal*, rev. cit., p. 923. El Derecho vigente restauró la correspondencia entre los órdenes sustantivo y adjetivo. En 1931 se dijo: "La responsabilidad civil ha sido platónica en nuestro medio, porque nuestro pueblo o no ha tenido la conciencia de su derecho, o no ha querido ejercitarlo..." De ahí que se haya buscado "que el Estado imparta de modo directo su ayuda a las víctimas de la delincuencia, con un procedimiento análogo al que se emplea para hacer efectiva la multa". Ceniceros y Garrido, *La ley penal mexicana*, pp. 114, 117 y 119. En torno a esta cuestión, cf. nuestro trabajo *La acción en el proceso penal*, en rev. cit., pp. 161 ss. Nótese, por último, que la decadencia del ofendido en el proceso resta eficacia, de hecho, al mecanismo judicial de resarcimiento. Franco Sodi recuerda que "una torpe y viciosa práctica judicial lo considera (al ofendido) como un 'nadie' en el proceso". *Código de procedimientos penales comentado*, pp. 17-8.

¹⁶³ Tomando en cuenta la verdadera naturaleza de la reparación, el fracaso de su exigencia por el Ministerio Público a título de pena y el régimen mixto sobre el particular existente en el Derecho español, sugerimos al Segundo Congreso Mexicano de Derecho Procesal (Zacatecas, 1966) la siguiente recomendación: "La reparación del daño es una obligación de naturaleza civil; en consecuencia, debe suprimirse su caracterización como

pena pública, sin perjuicio de que se conceda acción principal, para el mismo efecto, al ofendido y a sus causahabientes. En realidad, la efectividad de la reparación depende de la solución de otros problemas (insolvencia del inculcado, principalmente), que quizás debiera orientarse a través de la creación de un fondo de resarcimiento y la adecuada organización del trabajo penal, en libertad y en prisión." *La acción en el proceso penal*, en rev. cit., p. 171.

¹⁶⁴ En este sector, existe una Ley sobre auxilio a las víctimas del delito, del Estado de México, cuyo proyecto redactamos por encargo del Gobernador de dicha entidad. La Ley, de 15 de agosto de 1969, apareció publicada en la *Gaceta del Gobierno* de fecha 20 del mismo mes. Se pone bajo cuidado del Departamento de Prevención y Readaptación Social (y de tal suerte éste extiende su actividad del victimario a la víctima) brindar "la más amplia ayuda, conforme a las posibilidades y necesidades, a quienes se encuentran en difícil situación económica y hubiesen sufrido daño material como consecuencia de un delito cuyo conocimiento corresponda a las autoridades judiciales del Estado. Esto se entiende sin perjuicio de lo previsto acerca de reparación del daño en el Código Penal y en el Código de procedimientos penales" (artículo 1º).

Ahora bien, el artículo 2º puntualiza que la asistencia a prestar podrá ser de cualquier clase, según las circunstancias, y que las dependencias y organismos públicos están obligados a proporcionarla en la medida de sus posibilidades; es factible, inclusive, solicitar la ayuda de particulares.

¹⁶⁵ El fondo de ayuda a que se refiere la Ley sobre auxilio a las víctimas del delito, del Estado de México, se integra con fuentes diversas: multas, cauciones, ciertos resarcimientos, cinco por ciento de la utilidad de la industria penitenciaria y otras aportaciones (artículo 3º de la Ley cit. en la n. anterior).

En el *Symposium Internacional sobre Problemas del Derecho Penal Socialista* (Varna, Bulgaria, 1967) se propuso introducir una nueva pena: reducción temporal de la remuneración al trabajo, con el propósito de integrar un fondo afecto a la reparación de daños causados por las infracciones, en general, y a la satisfacción de los sufridos por la víctima. Cf. Mihailov, *Symposium Internacional sur des Problemes du Droit Penal Socialiste*, rev. cit., pp. 345-6.

¹⁶⁶ En Argentina, el Segundo Congreso Penitenciario Justicialista "Eva Perón" (Resistencia, 1954) hizo hincapié en la extensión al trabajador penitenciario de las normas que amparan al operario libre, inclusive en materia de asistencia y previsión social. Cf. Ucha, *Previsión social carcelaria, derechos del trabajador penitenciario*, pp. 126-7. Eusebio Gómez planteó una iniciativa para que el Estado subsidiase a los trabajadores penitenciarios que sufrieran un accidente de trabajo, luego captada, en Perú, por el Decreto de 18 de marzo de 1929. Cf. León y León, *Accidentes del trabajo en el Derecho penitenciario*, rev. cit., pp. 248-9. V. Navarro, acerca de las obligaciones del Estado, como empleador, en materia de higiene, seguridad y previsión social. *El trabajo penitenciario*, pp. 205 ss.

¹⁶⁷ Por lo que hace al trabajo penal en libertad, en la relación final del tema 5 del Tercer CNU (Régimen de prueba de los adultos en especial y otras medidas no institucionales) se apuntó: "El empleo fuera de la prisión, basado en la idea de la rehabilitación mediante el trabajo, se estimó que podía constituir una forma especialmente útil de sanción penal, de un carácter intermedio entre la multa y la privación de libertad. Como ejemplo reciente se citó el empleo fuera de los establecimientos penales que se había implantado en Kenia para los autores de infracciones menores, sistema merced al cual se había reducido aproximadamente en un 40 % el número de reclusos." *Informe de la Secretaría*, p. 29. En *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, aludimos al trabajo correccional sin privación de libertad, en la URSS y en Turquía, al trabajo en empresas públicas en lugar de la prisión sub-

NOTAS Y REFERENCIAS

159

sidiaria que sustituye a la multa insatisfecha, así como al trabajo obligatorio sin detención nocturna, en caso de faltas, p. 74 núm. 188.

¹⁶⁸ En el terreno de la instrucción penitenciaria se sustentan posiciones extremas, optimista o pesimista, ambas igualmente inadmisibles. Del viejo parecer ingenuo de que "abrir una escuela es cerrar una cárcel", como si la etiología criminal tuviese tan simple espectro, era nuestro antiguo tradadista Peña, al afirmar: "La ciencia es el mejor estimulante de la virtud. Contra delitos y crímenes, ilustración; de conseguir que un hombre estudie a conseguir que medite sólo hay un paso; y de aquí a que vuelva al sendero de la honradez, dista bien poco." *Cárceles de México, 1875*, en rev. cit., p. 484. En el extremo opuesto, Lombroso pedía abolir completamente la instrucción alfabética en las cárceles, considerándola factor criminógeno, por cuanto daba nuevas direcciones a la actividad criminal; no así la enseñanza mecánica y artesanal, ni la lectura, que da "una calma mayor, una mayor resignación". *Ilusiones de los juristas sobre las cárceles*, en rev. cit., pp. 280 ss. (Nueva publicación en *Rev. Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, 1973, núm. 10.)

¹⁶⁹ Aun cuando en nuestro país, al igual que en los restantes, es tradicional el interés hacia la educación penitenciaria, su incorporación constitucional como elemento básico del tratamiento procede de la reforma de 1965 al artículo 18 constitucional, cf. García Ramírez, *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, cit. pp. 57-8.

¹⁷⁰ La singularidad de los alumnos determina singularidad en la enseñanza. Cf. Vázquez Chávez, "La educación penitenciaria", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, p. 100. Desde luego, la especialización de la enseñanza requeriría, a su vez, especialización en el personal que la imparte, cosa que en México se ha procurado atender a través de la formación de maestros para infractores, en la Escuela Normal de Especialización. En este sentido se orientaron las recomendaciones del Tercer CNP. Cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, pp. 75-6. Cf., igualmente, Trigueros, "El docente penitenciario. Sus actitudes vocacionales y profesionales. Formación penitenciaria", en *Primeras Jornadas de Educación Correccional. Informe general*, pp. 73 y 77; Aldini, "Organización y funcionamiento de las escuelas especiales para adultos. La enseñanza elemental", en *idem*, p. 35; y Garrido, *Educación y prevención de la delincuencia*, rev. cit., p. 329.

¹⁷¹ La Asociación Americana de Prisiones alude a varias clases de educación penitenciaria: académica, una, en varios niveles, y vocacional o laboral la otra. Cf. Comité de Clasificación y Trabajo Social de la Asociación Americana de Prisiones, *Clasificación de prisiones*, p. 188. Para Thot, la educación debe ser académica fundamental, vocacional, higiénica, cultural y social (o socialización del preso). Cf. *Ciencia penitenciaria*, en rev. cit., p. 177. En las RM se contemplaron los aspectos académicos (RM 77), profesional (RM 71.5) y cultural complementario (RM 78). La orientación multilateral de la educación fue recomendada por el Tercer CNP. Cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 75. Idéntico parecer, en Buezas Otero, "Educación correccional: caracteres esenciales y objetivos", en *Primeras Jornadas de Educación Correccional. Informe general*, p. 18. Para una connotación de las diversas vertientes de la educación, cf. Vázquez Chávez, "La educación penitenciaria", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, pp. 100-1. V., asimismo, Sánchez Galindo, *El penado, esencia del Derecho penitenciario*, rev. cit., p. 31. Estas ideas han sido acogidas en la legislación. Así, en el artículo 11 de las NM. Cf. la justificación de esto en *La reforma penal de 1971*, p. 77, y la respectiva Exp. de Mot., en *idem*, p. 165. mada 'educación social' que tiende a modificar las actitudes de los reclusos

¹⁷² Recuerda Cuello Calón que en Estados Unidos "se ha creado la llamada 'educación social' que tiende a modificar las actitudes de los reclusos hacia las instituciones sociales, apreciándolas con objetiva realidad". *La moderna penología*, p. 386. Que la educación social es más bien una idea

informadora de la totalidad del régimen educativo, que una forma concreta o un objeto independiente de enseñanza, se deduce del plan de "educación social" en Nueva York que Cuello Calón proporciona, siguiendo a Wallack, Kendall y Briggs. En él entran lo mismo las materias académicas que los pasatiempos y las clases para retrasados física y mentalmente. Cf. *idem*, p. 387

173 Decae el concepto formal de la delincuencia política. Estimando al aparato de justicia como un mecanismo más del sistema capitalista, se dice: "quienes militamos en los movimientos radicales revolucionarios debemos ampliar y desarrollar nuestro concepto del prisionero político. Pues el sistema carcelario y sus diversos apéndices, como el de la Autoridad sobre Adultos, se están utilizando cada vez más como instrumentos políticos de intimidación en masa, de subversión, manipulación y terror en contra de los trabajadores y de las comunidades negra y morena, en su conjunto". Aptheker, "Las funciones sociales de las cárceles en los Estados Unidos", en *Si llegan por ti en la mañana*, p. 59. Huey P. Newton señala, dentro de la misma orientación, que la cárcel no puede alcanzar victoria ni sobre el "capitalista ilegítimo", que simplemente se somete a un juego para obtener la libertad, ni sobre el prisionero político; en este caso "no hay nada de lo que se le pueda rehabilitar o para lo que se le pueda rehabilitar. Se niega a aceptar la legitimidad del sistema y se niega a participar... cumplirá su condena lo mismo que el 'capitalista ilegítimo'. Sin embargo, la idea que motivó y dio sustento al prisionero político está en la gente; lo único que tiene la cárcel es un cuerpo". "Cárcel, ¿cuál es tu victoria?", en *Idem*, p. 67.

174 Arilla Bas entiende que la intercepción de correspondencia autorizada por nuestras leyes procesales pugna con el artículo 25 constitucional, que exime de todo registro a la correspondencia que circule por las estafetas. Cf. *El procedimiento penal en México*, p. 115.

175 El descubrimiento de numerosos delitos e infracciones, que aparejan algunas formas de posesión o tráfico, requiere de técnicas cuidadosas de registro. Esto, que es común en la persecución de la delincuencia "libre", lo es también en el interior de las prisiones. Véase Castellanos y Sansores, *El registro de los sospechosos y delincuentes. Su técnica y ejecución*, p. 2. En todo caso, es muy frecuente la ocultación de objetos diversos, entre los que abundan el dinero y las drogas, en las cavidades naturales, así del recluso como de la mujer visitante. Recuérdese la descripción que al respecto brinda Henri Charrière, *Papillon*, p. 19. Las mismas observaciones sobre los mecanismos de ocultamiento entre los deportados de las Guayanases, en Castellanos y Sansores, *idem*, pp. 21-2.

176 Bien dice González Enríquez, rotundamente: "La vida sexual de los reclusos es una vida intensamente anormal." *El problema sexual del hombre en la penitenciaría*; p. 4 V. También Franco Guzmán, *El problema sexual en las prisiones*, en rev. cit., pp. 41 ss., donde se pasa revista a las diversas medidas adoptadas para la solución de este problema. En la Segunda Reunión Internacional de Directores de la Administración Penitenciaria (París, 1967) se examinó el tema subrayando sus repercusiones psicológicas, no sólo biológicas. Sin perjuicio del régimen de visitas íntimas en las prisiones cerradas, se señaló la conveniencia de procurar mayores contactos del penado con el mundo libre (competencias deportivas, espectáculos, etc.) y de permitir que las mujeres cumplan determinadas funciones (trabajo social, por ejemplo) en la institución. Cf. Picca, *II Réunion Internationale des Directeurs d'Administration Pénitentiaire*, rev. cit., p. 102. A la misma conclusión llega Morris, con base en la observación del sistema penal sueco. Cf. *El sistema correccional para adultos en Suecia*, rev. cit., pp. 200-1. Es frecuente, empero, la política de mera represión sexual. Cf. Garrido, *Una visita a Sing Sing*, rev. cit., p. 126. Por otra parte, un subcomité de investigación de problemas carcelarios en el estado de Ohio, admitió "que no existe una solución real para el problema de

NOTAS Y REFERENCIAS

161

la homosexualidad dentro de una institución amurallada para individuos de un solo sexo". Dinitz, *Motines y reformas en las prisiones*, rev. cit., p. 78.

177 Ha sido difícil la penetración de la visita íntima entre las instituciones carcelarias. No en balde constituye, como Bernaldo de Quirós anota, la más reciente, la última, de las restituciones penitenciarias. Cf. *Leciones de Derecho penitenciario*, cit., p. 57. El Segundo CNU se limitó a recomendar el estudio de este régimen, sin adoptar ningún pronunciamiento favorable o adverso. Cf. *Informe de la Secretaría*, cit., p. 69. La visita íntima y los permisos de salida son las dos soluciones al uso para el problema sexual penitenciario. Cf. Barba Solórzano. *El problema sexual en el régimen penitenciario*, rev. cit., p. 705. Sobre el tema, ampliamente, cf. Jiménez de Asúa, "La vida sexual en las prisiones", en *El Criminalista*, t. III, pp. 265 ss.; González Enriquez, *El problema sexual del hombre en la penitenciaría*, pp. 167 ss. (la visita íntima, dice, puso fin a la época del "concubinato homosexual", *ibidem*); y Franco Guzmán, *El problema sexual en las prisiones*, rev. cit., pp. 49 ss. Jiménez de Asúa se pregunta: "Los jueces tienen facultades para privar al delincuente de su libertad, ¿pero pueden infligirles el castigo accesorio de una castidad forzosa?" *Idem*, p. 266. A su juicio, la mejor solución es la visita íntima, mientras no se remplace la prisión, radicalmente, por colonias agrícolas. *Idem*, p. 293. Es demasiado optimista Jiménez de Asúa, empero, sobre los buenos resultados de aquella medida. *Idem*, p. 294. Von Hentig consideró que la visita íntima "no es fácil de realizar sin que padezcan el carácter de la prisión y posiblemente también las consideraciones eugénicas... ¿Constituye una solución la visita conyugal de México? Con ella nacen nuevos y graves conflictos". *La pena*, t. II, p. 306 y 321.

La falta de higiene en el sistema de visitas conyugales es otro de los argumentos frecuentemente manejados por sus detractores. Acerca de este problema en la experiencia mexicana, cf. Quiroz Cuarón, *La crisis de la administración de justicia en México*, rev. cit., p. 345. Neuman niega la eficacia de la visita conyugal para mantener vivos los sentimientos de familia y los lazos afectivos; "constituye, pura y simplemente, un expediente para asegurar la disciplina de un establecimiento y evitar la perversión sexual que en él existe". *Prisión abierta. Una nueva experiencia penológica*, p. 231.

178 Sobre el propósito y concesión de la visita es concluyente el artículo 12 de las NM: "tiene por finalidad principal el mantenimiento de las relaciones maritales del interno en forma sana y moral, (y) no se concederá discrecionalmente, sino previos estudios social y médico, a través de los cuales se descarte la existencia de situaciones que hagan desaconsejable el contacto íntimo".

179 La exclusión de prostitutas de la visita íntima está expresamente prevista en algunos ordenamientos. Carranca y Rivas se pronuncia por diferente solución y aduce: "Para quien rechace la idea que proponemos, si lo hace desde el punto de vista moral, habría que recordarle que una cárcel no es una institución moral y que la readaptación del recluso depende de muchas reglas naturales, más allá de la ortodoxia y de la religión... Sobre una base absoluta de requisitos de tipo sanitario y médico, el recluso que carece de esposa o concubina podría recibir a una amiga o prostituta, según los requerimientos del mismo recluso y bajo la más estrecha vigilancia de las autoridades del penal." "La ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de México, de 20 de abril de 1966, y el Centro Penitenciario de dicho Estado", en *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 45. Jiménez de Asúa defiende la visita íntima del recluso incluso con amigas ocasionales. Cf. "La vida sexual en las prisiones", en *El Criminalista*, t. III, p. 293.

180 La defensa social importa de modo directo a la comunidad. Puesto que se trata de la socialización del individuo, es lógico que en estos procesos participen, a buen título, grupos e individuos ajenos a las estructuras

de gobierno, a más de quienes se encuentran incorporados a éstas. Por otra parte, parece haber interés de la comunidad en este sentido. Cf. Harris, *Changing public attitudes toward crime and corrections*, en rev. cit., pp. 12 y 15, esp.

En el Cuarto CNU se hizo hincapié en la participación de particulares y grupos sociales diversos en las tareas de defensa social. Cf. *Informe de la Secretaría*, pp. 37 ss. En esta participación se contempló, expresamente, a los ex delincuentes. *Idem*, pp. 41 y 51. Cf., en torno a este último punto, el documento de la Secretaría sobre *Reglas mínimas uniformes para el tratamiento de los reclusos y las últimas innovaciones en el campo correccional*, p. 6. El optimismo que se suele poner en esta medida contrasta vivamente con el rechazo de que es objeto por parte de la mayoría de los funcionarios de la administración penitenciaria. Cf. Harris, *idem*, p. 15.

¹⁸¹ Hoy día el servicio social no se contrae, por supuesto, a la atención del penado; su radio de actividades en conexión con el fenómeno delictivo es amplísimo: en materia de prevención, cerca del detenido, del instructor y del defensor, frente a las víctimas del delito, ante la familia del recluso, en ocasión de la libertad y de la condena condicionales, en relación con el liberado y, finalmente, con respecto a sujetos en estado de peligrosidad predelictiva. Cf. Altmann Smythe, *Bases para un plan de futura política penitenciaria nacional*, pp. 227 ss. Por lo que hace a la familia del penado, el cuidado de ésta tiene un doble y útil objetivo: "prevenir su abandono (y) evitar su proclividad a seguir el ejemplo de delincuencia que recibió del sujeto ya preso". Solís Quiroga, *La atención a la familia del preso como medida de prevención*, rev. cit., p. 65. La eficacia del tratamiento penitenciario, se ha dicho, está "subordinada a la existencia de servicios sociales penitenciarios apropiados", que se hagan cargo tanto de la asistencia a la familia como de la atención posliberacional y del favorecimiento de las relaciones sociales en la fase de reinserción. Cf. Société Internationale de Défense Sociale, *La politique de défense sociale et la planification du développement national*, op. cit., pp. 43-4. A menudo el trabajador social tropieza con la incomprensión de las autoridades penitenciarias. Cf. *idem*, p. 237. En torno a esta materia, cf. Duvignau Flores y Díaz Ortiz, "El servicio social penitenciario", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, pp. 105 ss. En el Tercer CNP se dedicó especial atención a la integración del trabajo social en el régimen de tratamiento. Cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 76. El artículo 12 de las NM auspicia el desarrollo del servicio social penitenciario.

No sólo es la prisión sede obligada del trabajo social, sino también (como en el caso de otras disciplinas) fuente inapreciable de enseñanza para quienes se dedicarán a esta profesión, así sea en especialidades diversas de la carcelaria. Cf. Belcher, *Prison: a learning resource for social work*, rev. cit., pp. 20-2.

¹⁸² Una figura compleja, dotada de proyección ambivalente, es el sacerdote de la prisión (o que acude a la prisión). Es éste un enlace con el exterior (aunque en menor medida que los grupos religiosos que también suelen llegar a los reclusorios) y, al mismo tiempo, una pieza formal en el cuadro del tratamiento, una pieza interna, rigurosamente. Se indica: "El Capellán en su desempeño pastoral dentro de un establecimiento penitenciario, podría decirse que participa de una doble personalidad: la de agente penitenciario y la de Capellán. Y en todos sus actos habrá de evidenciarse la armonía existente entre ambas. En su carácter de funcionario está comprendido en una función disciplinaria, sujeto a reglamentaciones a las que sabrá infundir auténtico espíritu, pero que, como ninguno, habrá de ser el primero en observar. Como Capellán debe ser y sentirse, simplemente: Capellán. En otras palabras habrá de evidenciar su misión exclusivamente espiritual, que no reconoce limitaciones." Dirección Nacional del Servicio Penitenciario Federal, *Jornadas de pastoral penitenciaria*, p. 69. Acerca de la tarea de los capellanes carcelarios, cf. el discurso

NOTAS Y REFERENCIAS

163

papal de 16 de noviembre 1947, en *Documentos penitenciarios pontificios*, pp. 5-7.

¹⁸³ Cf. Moreno, *Ensayos criminológicos y criminalísticos*, pp. 89 ss. Drapkin resume la historia de la medicina en las prisiones y advierte: "Mirando retrospectivamente, hoy se puede asegurar que fue el médico general quien inició la era del tratamiento de los delincuentes..." *Tratamiento quirúrgico de delincuentes*, pp. 18-9. Fully propugna el encuentro entre medicina penitenciaria y criminología: "La medicina penitenciaria puede aportar mucho a la criminología, del mismo modo que la criminología transformará progresiva y rápidamente, eso espero, a la medicina penitenciaria tradicional..." *Medicina penitenciaria y criminología*, en rev. cit., pp. 577-8. Ahora bien, el médico penitenciario se ve atrapado por una cuádruple necesidad del penado, a la que debe responder: ser observado, ser escuchado, ser juzgado, ser alimentado, complejo que aporta una múltiple relación: teatral, civil, moral y oral. Cf. Hochmann, *La relation clinique en milieu penitentiaire*, cit.

Las RM se ocupan detalladamente, por supuesto, en las funciones del médico penitenciario (especialmente RM 22 a 26, 52 y 62). Sobre la cuestión en el Tercer CNP, cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, pp. 77-8. Evidentemente, se requiere también de manicomios judiciales, asilos prisiones para delincuentes incurables y granjas para delincuentes, enfermos no peligrosos y toxicómanos. Cf. Quiroz Cuarón, *Psiquiatría y delincuencia*, rev. cit., p. 368. La imposibilidad o la inconveniencia de usar en prisiones, para todos los casos, sistemas de tratamiento rigurosamente individuales, ha hecho cobrar auge a los métodos grupales y colectivos. Al respecto, para una prisión de seguridad máxima y reclusión breve, cf. Robert D., Youmans, *Group counseling in a jail*, rev. cit., pp. 35 ss.

Entre los trastornos que causa la vida en prisión figura la neurosis carcelaria, en muy numerosas manifestaciones; para tratarla no basta la acción médico-psicológica, sino es menester el concurso de todo el personal, debidamente calificado. Cf. Rodríguez Manzanera, "Neurosis carcelaria y mecanismos de defensa", rev. cit., p. 24.

¹⁸⁴ Se mira aún con extraordinaria reserva el empleo de ciertos instrumentos terapéuticos en el arsenal penitenciario. Esto así, por lo que respecta a algunas formas de cirugía. Drapkin señala que las patentes limitaciones en el éxito alcanzado por la psicoterapia y otros sistemas terapéuticos hoy en boga, mueve a recibir con beneplácito los nuevos instrumentos de tratamiento, que no deberían ser descartados de plano, "a consecuencia de un prejuicio o de una reacción subjetiva y emocional". *Tratamiento quirúrgico de delincuentes*, pp. 39 y 41. Y el mismo autor reconoce que en contraste con otros sistemas terapéuticos universalmente aceptados, "la cirugía y la terapia quirúrgica son verdaderas cenicientas entre sus demás congéneres" y suscitan sorpresa o franco rechazo. *Idem*, p. 19.

¹⁸⁵ En los Estados Unidos se suele estimar muy positivamente el trabajo en tareas correccionales; empero, sólo el 13% de quienes así piensan recomendarían esta tarea a un joven en trance de elegir profesión. El hecho de que se trata de una típica "profesión de personalidad" plantea muchas reservas y limitaciones. Cf. Harris, *Changing public attitudes toward crime and corrections*, en rev. cit., p. 13. Entre los mismos profesionales de esta área priva un sentimiento de insuficiencia y frustración en torno a lo que aquí se ha obtenido; la vertiente correccional peor calificada fue la constituida por los reclusorios para adultos. Cf. Harris, *idem*, p. 14. En Canadá y en los Estados Unidos la imagen pública del guardián de prisión es la más pobre, seguida por la del director, entre las distintas profesiones involucradas en la justicia penal, inclusive policías, cuya imagen en esta relación es, en cambio, muy satisfactoria. Cf. *La société face au crime. La justice criminelle annexe 6*, pp. 57-8.

¹⁸⁶ Es Constancio Bernaldo de Quirós quien se refiere a fases equívoca, empírica y científica en la historia del personal penitenciario. Cf. *Leccio-*

nes de Derecho penitenciario, pp. 274 ss. Decía Lastres: "Cuando algún individuo no sirve para ningún puesto, se le otorga una plaza en cárceles." *Estudios sobre sistemas penitenciarios*, p. 97. Al respecto, es elocuente lo manifestado por Antonio Martínez de Castro, válido en todo para ayer y en no poco para hoy: "Antes de ahora se ha tenido como despreciable el empleo de alcaide de cárcel, y no se han exigido para servirlo otras cualidades que la de ser hombre severo, duro y de aire envalentonado; y en verdad que son bastante para lo que han tenido hasta hoy que hacer, pues su obligación se ha reducido a evitar la fuga de los reos, y las riñas y motines en el interior de las cárceles." "Exposición de motivos y Código Penal", en *Código Penal para el Distrito y Territorios Federales*, p. 45. Acerca de la crisis del personal penitenciario mexicano, véase *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 269-270.

La especialización del personal penitenciario es otra de las notas que arroja la evolución histórica. Cf. Naciones Unidas, *Estatuto, selección y formación del personal penitenciario*, p. 4. El grupo de América Latina propuso clasificar al personal en directivo o ejecutivo, de custodia, técnico y administrativo, *idem*, p. 6, clasificación captada por nuestras NM (artículo 4º).

187 Sobre personal penitenciario el Primer CNU adoptó una fundamental y detallada recomendación; la parte sustantiva indica: "La administración penitenciaria deberá dedicar atención particular a la selección del personal y retener únicamente a los candidatos que reúnen las condiciones necesarias de probidad, sentido humanitario, competencia y aptitud física." *Informe de la Secretaría*, cit., p. 81. En 1957 aprobó el Consejo Económico y Social de la CNU esta recomendación e invitó a los gobiernos a dedicarle la mayor consideración dentro de sus sistemas penales y correccionales. Cf. Comisión Internacional de Juristas, *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, pp. 53-4.

188 Al igual que otras profesiones de bajo *status*, la correccional ofrece mucho atractivo para personas poco calificadas, y escaso, en cambio, para individuos capaces y dedicados. Cf. Amir, "Personnel recruitment in correction", en *Studies in criminology*, p. 224. Son aquí muy numerosos los problemas con que tropieza el reclutamiento de personal. Cf. *idem*, pp. 225-6. Al referirse a las condiciones elevadamente competitivas en que se recluta al personal técnico, en contraste con las que privan para el ingreso de otro tipo de personal, Amir comenta: "nadie puede llegar a ser médico, trabajador social, contador o electricista tan fácilmente como un granjero puede convertirse en celador o un comandante retirado puede encontrar ocupación en la administración penitenciaria". *Idem*, p. 231. En cuanto a selección en las diversas categorías, cf. Naciones Unidas, *Estatuto, selección y formación del personal penitenciario*, pp. 14 ss. Sobre selección, ofrece interés el sistema que se practica en Japón, a base de pruebas sucesivas de carácter eliminatorio celebradas simultáneamente en todo el país, en las que se exploran los factores físicos, psíquicos y académicos de los candidatos. Cf. Yanagimoto, *Selection and training of personnel in japanese correctional institutions*, rev. cit.

La nueva orientación del Derecho mexicano en materia de personal se capta en las NM (artículos 4º y 5º): en la selección se considerará vocación, aptitudes, preparación académica y antecedentes personales; se deberá aprobar el examen de selección; el personal queda sujeto a cursos de promoción y actualización, antes de la asunción del cargo y durante el desempeño de éste.

190 Entre los países latinoamericanos, en Argentina se ha puesto cuidado en la formación académica del personal penitenciario. Al respecto, véase la fundamental Ley Orgánica del Servicio Penitenciario Federal (núm. 17236 de 10 de abril de 1967), especialmente los artículos 28 ss. Asimismo, Ministerio del Interior, Secretaría de Estado de Justicia, Servicio Penitenciario Federal, *Directivas generales para la educación e instrucción del per-*

sonal de cuadros del Servicio Penitenciario Federal. El programa de los cursos de la Escuela Penitenciaria de la Nación aparece en el Boletín Público del Servicio Penitenciario Federal Argentino, núm. 626, de 27 de febrero de 1969. En Chile, a la selección del personal administrativo y de custodia sigue en enseñanza técnica y práctica en la Escuela Técnica de Santiago. Cf. Haz V., *El servicio de prisiones en Chile*, rev. cit., p. 109.

Para amplia información sobre el tema, cf. García Basalo, *Formación de personal para los procesos correccionales institucionales de la América Latina. Personal institucional. Condiciones y necesidades*, en rev. cit., pp. 768 ss., y Roberto Matho Regusci, *La formación del personal para los procesos correccionales. Personal institucional. Condiciones y necesidades*, en rev. cit., pp. 784 ss.

Entre las opciones de la enseñanza de criminología en la Universidad de Montreal figura la especialidad en organización y manejo de instituciones de defensa social. Cf. Szabo, *Criminologie*, pp. 77-78, y "L'enseignement de la criminologie à l'Université de Montréal", en *L'équipement*, pp. 105 ss. Entre los propósitos de la Escuela de Justicia Criminal de la Universidad de Nueva York (Albany) se cuenta la formación de dirigentes de instituciones. Cf. State University of New York at Albany, *School of Criminal Justice Bulletin 1968-1970*, pp. 15 y 17.

Para Japón, con amplio programa en este campo, cf. Yanagimoto, *Selection and training of personnel in japanese correctional institutions*, rev. cit., pp. 27-8. Además, en general, cf. Naciones Unidas, *Estatuto, selección y formación del personal penitenciario*, pp. 22 ss.

En cuanto a México, fue efímera la escuela que funcionó (1949-1951) bajo los auspicios de la UNAM, para la formación de celadores. Sobre la Escuela de la UNAM, cf. García Ramírez, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, p. 274, y Garrido, *La reorganización penitenciaria*, en *Ensayos penales*, pp. 100-101. Acerca del experimento en la Cárcel de Mujeres, en el que participaron los alumnos del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho, cf. la nota editorial publicada en *Criminalia*, año XXI, 1955, núm. I, p. 1. Brevemente, acerca de la formación de personal del Centro de Reclusión y Rehabilitación Femenil del D. F., cf. Roldán y Ortiz, *La necesidad de la selección del personal penitenciario y la conducta del mismo en la especial nueva prisión para mujeres*, rev. cit., p. 106. En torno a la misma cuestión, por lo que respecta al Centro Penitenciario del Estado de México, cf. Gutiérrez Quinto y Cedillo Ortiz, "Selección de personal de vigilancia", en *El Centro Penitenciario del Estado de México*, pp. 73 ss. Con frecuencia se ha requerido la implantación de la carrera de penitenciarista. Cf. Moreno, *Problemas de la investigación criminalística en México*, rev. cit., p. 86. La fundación de la escuela penitenciaria figura en el plan del Instituto de Ciencias Penales de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Cf. Solís Quiroga, *Anteproyecto para la fundación del Instituto de Ciencias Penales*, rev. cit., p. 25. Actualmente se cuenta con dos programas en marcha muy significativos; para el área del Distrito Federal, el plantel de formación que conduce Piña y Palacios, con el concurso de V. Adato de Ibarra; y para el plano nacional los cursos organizados por la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, de la Secretaría de Gobernación. Sobre éstos, cf. Moya Palencia, *Palabras... al declarar inaugurado el Segundo Curso*, rev. cit., pp. 7 ss.; Moncada Ochoa, *Los cursos de capacitación del personal penitenciario*, rev. cit., pp. 67 ss.; *Selección y capacitación del personal penitenciario*. Cursos general y de especialización, cit. V. recomendación 6 del Cuarto CNP en Malo Camacho, *Método para la aplicación*, p. 37. Recientemente se ha agregado a nuestra bibliografía sobre formación correccional, el *Manual de conocimientos básicos de personal penitenciario*, de Sánchez Galindo.

¹⁹¹ La dedicación parcial del personal técnico penitenciario es fuente de problemas, en la medida en que aquél se encuentra seriamente desvincu-

lado de la realidad carcelaria, cuyo conocimiento reclama, a más de fina sensibilidad y buena dosis de malicia, prolongada presencia en el reclusorio: hacer la vida, en cierto modo, en torno a éste.

No podía ser más expresivo el artículo 8 del Reglamento para la administración de las prisiones comunes de la provincia de Quebec, de 1943: "El alcaide se encuentra en funciones veinticuatro horas por día y siete días por semana, en el sentido de que es inmediatamente responsable de cuanto pueda ocurrir en la prisión mientras ejerce ese cargo."

¹⁹² Acerca de esta cuestión, es pertinente tomar en cuenta la organización de la carrera penitenciaria en Argentina, en los términos de la Ley Núm. 17236, de 10 de abril de 1967, orgánica del Servicio Penitenciario Federal. El progreso en la carrera está incluido entre los derechos de los agentes penitenciarios por el artículo 35, inciso b). Otros apartados de este precepto fijan diversas garantías en favor de los mismos agentes; así, la disposición de alojamiento o compensación en efectivo, de racionamientos, de asistencia (todo ello para sí y para su familia), etcétera. El artículo 38 determina las jerarquías y grados del personal, y el 39 los escalafones. A los ascensos se refieren los artículos 75 ss., y al egreso el 95.

¹⁹³ José Raymundo Ramagén Bagaró sostiene, sobre el particular: "Un penitenciarista, director de un establecimiento penal, es el abogado de los derechos legales de un presidiario. Su responsabilidad es doble y dispar. Porque responde del delincuente frente a la sociedad y de la ley frente al delincuente. Corresponde a su deber el ser férreo valladar contra las persecuciones, las venganzas, los odios personales, ya provengan del Poder Judicial, ya del Poder Ejecutivo o ya de la coacción de la sociedad, que buscan hacer presa en el recluso. Su actitud directiva debe tener siempre la altura del vuelo recto del águila: nunca atraída por la montaña de los caprichos personales ni tampoco rastreando dentro del pozo donde medran intereses mezquinos, ilegales e inconfesables de terceros. Su misión verdadera y su único camino debe ser, invariablemente, vencer la incredulidad de hombres incrédulos y vencidos." Cit. Carrancá y Trujillo, *Derecho penal mexicano. Parte general*, p. 461; y Carrancá y Rivas, "La Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de México, de 20 de abril de 1966, y el Centro Penitenciario de dicho Estado", en *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 56.

Ofrece especial interés la figura del director de prisión, que reúne en sus manos, de hecho o por derecho, un gran poder sobre los reclusos. Bien dice Leuss: "El poder de un director de prisiones, el único hombre a quien en nuestro mundo civilizado se le permite blandir el látigo dentro de su reino, es más grande que el de cualquier otro hombre; es casi absoluto, porque incluso puede abreviar la vida del penado mediante el arresto en celda oscura y restricciones en una comida ya de por sí insuficiente. Es mucho más amplio que el poder disciplinario del superior militar; cada uno de los instantes del preso está determinado por él y lleva su cuño." Cit. Von Hentig, *La pena*, t. II, p. 333. Surge, pues, el problema acerca de las cualidades, personales y profesionales, que debe poseer quien desempeñe este cometido, tratado por el Primer CNU al través de la resolución B, XIII, 1 y 2, y entre nosotros por el Tercer CNP. Cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 72. ¿Se precisa, entonces, de juristas, de criminólogos, de médicos? En realidad, se requiere de penitenciaristas. Hay cierta desconfianza hacia el jurista, que deriva de la formación profesional de éste: "su relación con el delito y el delincuente es, hasta en los más cumplidores de su deber, de tipo judicial, un juicio de valor expresado en la medida de la pena, que en modo alguno coincide con las valencias psicológicas, y por eso fracasa en la fase del tratamiento, a no ser que el jurista, como también el clérigo, sea una persona extraordinaria", Von Hentig, *La pena*, t. II, pp. 331-2. Sobre el director para un reclusorio de avanzada, Jiménez de Asúa escribe, bajo el expresivo epígrafe *El problema más grave: Hallazgo de un director*: "es necesario que quien dirija y mande, sepa ser

severo, sin rigidez, y ductil, sin debilidad. Ha de dar la impresión de disciplina y de cordialidad, a la vez. Tiene que estar revestido de autoridad, pero no de autoritarismo, de afecto, pero no de familiaridad. Ha de ser lo más parecido a un maestro y bien se sabe cuán difícil es la busca de un auténtico ejemplar de ese género. En ensayos de esta índole el hombre lo es todo". "Una colonia penal agrícola proyectada en Tucumán", en *El criminalista*, t. III, p. 258. Con acierto, Rapapport advierte que "un buen ejecutor de penas, un buen director del establecimiento penitenciario, es el punto de partida de toda reforma verdaderamente positiva en este dominio". Cit. Ceniceros, *Trayectoria del Derecho penal contemporáneo*, p. 171.

¹⁹⁴ La pena indeterminada posee una doble fuente: por una parte, los desarrollos progresivos del penitenciarismo clásico; por la otra, los desenvolvimientos en torno a la justicia de menores. Hace un siglo, el Congreso penitenciario de Cincinnati (1870) la reclamó. Cf. García Ramírez, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, pp. 154 ss. y Ribeiro de Araujo, *Sciencia penitenciaria positiva*, pp. 11 ss. Recordemos, entre las muchas caracterizaciones de este sistema, la de Jiménez de Asúa: el "sistema de penas determinadas *a posteriori* es aquel en virtud del cual la naturaleza de la pena no se fija sino en vista de la individualidad del reo a quien se aplica, dependiendo su duración de la enmienda del culpable". *La sentencia indeterminada*, p. 136. Con todo, la idea de la pena indeterminada ha encontrado numerosos obstáculos. Ha sido escasa la adhesión de las leyes europeas. Cf. Aulie, *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., p. 224. Tropieza este desideratum con el principio de legalidad; la doctrina se ha esforzado en deshacer la antinomia y demostrar que entre individualización y legalidad no existe, ciertamente, un incolmable abismo. Cf. Bayer, *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., pp. 242-3.

¹⁹⁵ La ley limita en dos formas el poder de apreciación del juez en la determinación de la pena: "por medio de la graduación (diferenciación) de las penas y por el establecimiento de reglas conforme a las cuales la pena a aplicar en el caso concreto debe ser determinada dentro de los límites de las penas previstas por la ley". Busch, *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., pp. 249 ss. Es preciso, sostiene Georges Sliwowski, consagrar en la ley reglas idóneas para determinar científicamente la pena y poner término, así, a la "sedicente libre apreciación judicial", que aparece todas las posibilidades de abuso e injusticia; se reacciona, pues, contra la fijación intuitiva, arbitraria y no controlada de las sanciones por parte del juzgador. Habrá de considerarse el perjuicio causado, la personalidad del infractor y el grado de peligro social. Cf. *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., pp. 260 ss.

¹⁹⁶ Si bien se supone que una vez aportada por la ley la base para el ejercicio del arbitrio los juzgadores actuarán con libertad ante los diversos casos de que conozcan, lo cierto es que la práctica lleva a crear cierta "tarificación", una "tradicón de apreciación". Cf. Aulie, *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge dans la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., p. 224. Es imposible que en el breve plazo del proceso penal el juez cobre conocimiento de la personalidad del delincuente para determinar, en consecuencia, la sanción adecuada; por ello se vuelve, insensiblemente, a los sistemas de la época clásica, y al respecto, se insiste en la necesidad del examen de personalidad. Cf. Tsitsoura, *Le controle du pouvoir d'appréciation du juge la détermination des peines et des mesures de sureté*, rev. cit., pp. 277-8.

¹⁹⁷ Recientemente se liberalizó la legislación mexicana en este extremo,

al reducirse el catálogo de exclusiones del artículo 85 del cp. Cf. *La reforma penal de 1971*, p. 24. En otros lugares se ha apreciado tendencia restrictiva en orden a la concesión de esta libertad; así, en las reformas a los artículos 52 y 53 del código penal ruso de 1960. Cf. Pusylewitsch, *Código penal de la República Socialista Federativa Soviética de Rusia*, rev. cit., p. 375.

¹⁹⁸ Desde 1967 la *preventive detention* ha sido sustituida en Inglaterra, al igual que el *corrective training*, por otra medida denominada *extended sentence*. El propósito explícito de ésta es "la protección del público"; cotéjese, por ejemplo, con el fin expreso del internamiento en una institución borstal: "reforma y prevención del delito". La extensión o ampliación de sentencia, que en ninguna hipótesis excede de diez años y queda a cargo de un tribunal de rango superior (superior a la *magistrates' court*), se aplica sólo a los habituales (*persistent offender*), dentro de ciertas condiciones. Acerca de todo esto, y sobre la reiteración delictiva de los liberados tras *preventive detention*, cf. Walker, *Crime and punishment in Britain*, pp. 123, 222 y 317 ss. En Portugal se introdujo, desde el proyecto de código penal de 1861, la detención suplementaria. En la legislación posterior este instituto sufrió modificaciones. Hoy se permite mantener el internamiento, con revisiones, si subsiste el estado peligroso. Decide el juez de ejecución. Cf. Beleza dos Santos, *Le juge d'exécution des peines au Portugal*, rev. cit.

¹⁹⁹ En otra oportunidad nos hemos ocupado en las objeciones que se formulan contra la pena indeterminada, desde diversas perspectivas. Una absoluta indeterminación, sostiene Parmelee, sería contraria a los principios de garantía individual. Cf. *Criminología*, p. 390. Ferri cree superar este escollo mediante la revisión periódica de la sentencia. Cf. *Sociología criminal*, t. II, p. 272. Por lo que toca al efecto de la indeterminación en la psicología de los reclusos, Altavilla considera que desmoraliza, genera ansiedad y abruma el espíritu del penado. Cit Ruiz Funes, *La conducta de los reclusos: su control*, rev. cit., p. 94. A esto replican muchos que lo que ocurre es precisamente lo contrario: pues si el recluso sabe que las llaves de la prisión están en sus manos, procurará ponerse en las condiciones que aseguren su libertad. Cf. García Ramírez, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, p. 159. También se ha dicho que es imposible vincular la pena, que mantiene naturaleza ética dentro del cuadro de valores de un determinado tipo de civilización, con un dato puramente naturalístico, cual es el de peligrosidad. Y llevar la pena hacia la indeterminación comporta un ataque de base a la legalidad. "Estamos ante una visión antilegalista y antidemocrática de los máximos problemas del Derecho penal." Bettiol, *Instituzioni di Diritto e procedura penale*, pp. 31-33 y 232-3.

²⁰⁰ El antecedente principal de la institución que nos ocupa, con base en arrepentimiento y enmienda, se halla en el Código penal español de 1822. Hay, empero, algunos precedentes españoles de anterior fecha. Cf. Navarro, *El trabajo penitenciario*, pp. 263-4. Jiménez de Asúa indica que al lado de otros aciertos, la rebaja de penas a los arrependidos y enmendados contribuye a hacer del Código de 1822 un documento interesante, superior a su tiempo y en determinados puntos a la legislación posterior". *Tratado de Derecho penal*, t. I, p. 757. De España pasó el instituto al llamado Bosquejo de Código penal para el Estado de México, cuyo capítulo 9 del título preliminar ostentaba este epígrafe: "De la rebaja de pena a los condenados que se enmiendan, y de su rehabilitación." Cf. Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, p. 8. En términos muy semejantes fue acogido el sistema por el primer código positivo mexicano (cf. Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, p. 11), el veracruzano de 1835, cuya sección VIII del Título II de la Primera Parte llevaba este rótulo: "De la rebaja de la pena a los delincuentes que se arrepienten y enmiendan, y de la rehabilitación de los mismos después de cumplir su condena." Sobre la rebaja de pena en el código veracruzano, Olga Islas de González Mariscal, que la elogia, estima que constituye antecedente de la libertad prepara-

NOTAS Y REFERENCIAS

169

toria. *Breves consideraciones sobre el Código penal de 1835 del Estado de Veracruz*, en rev. cit., p. 23. Empero, ambas instituciones han seguido caminos independientes.

²⁰¹ A efecto de precisar los extremos para la rebaja de la pena, el código veracruzano dispuso que los "jefes" de los establecimientos penales llevaran nota del trabajo, conducta y costumbres del reo, datos que en su hora deberían poner en conocimiento del gobierno, "el cual tomando todos los informes y noticias que tenga por convenientes para asegurarse del arrepentimiento y enmienda del suplicante, proveerá lo que fuere de justicia con arreglo a la ley, bajo su responsabilidad" (artículo 153). El reo que estuviera en presidio o desterrado debía "presentar documentos fehacientes a juicio del gobierno que comprueben su enmienda y el haber observado por espacio de diez años conducta arreglada" (artículo 154).

²⁰² Entre estos sistemas tiene carácter precursor el español de redención de penas por el trabajo, que sin duda ha informado a varios de los mexicanos. Cf. la Exp. de Mot. de las reformas y adiciones a la Ley de ejecución de penas privativas y restrictivas de libertad del Estado de México. Cf. *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 88. En Derecho español, la redención fue consagrada por el Decreto de 28 de mayo de 1937, el Decreto de 9 de junio de 1939, el artículo 100 del Código penal, la Orden de 24 de febrero de 1945 y el artículo 6 del Reglamento de los Servicios de Prisiones. No se ha librado el régimen, aquí, de contaminación política. Cf. nuestro estudio *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, en rev. cit., pp. 12 y 33. Al igual que el sistema español, el artículo 23 del Código penal búlgaro de 1951 dispone que cada dos días de trabajo se computen como tres de prisión. Cuello Calón da cuenta de que un régimen semejante se aplica a los reos sujetos a trabajos forestales en California. Cf. *La moderna penología*, p. 533, n. 1. A la legislación extranjera sobre el tema ha venido a agregarse el artículo 27 del Decreto Ley Núm. 17581, de 1969, de Perú, que establece la redención de penas por el trabajo, reglamentada en el Decreto Supremo núm. 063-69, de 24 de octubre del mismo año. Sobre aquel ordenamiento, cf. nuestro comentario en "Unidad de normas penitenciarias en Perú", en *Manual de prisiones*, ct., pp. 267 ss. Asimismo, el Decreto 5669, de 15 de octubre de 1969, de Guatemala. Cf. Navarro, *El trabajo penitenciario*, pp. 287-8. Sobre antecedentes mexicanos, de estos años, cf. nuestro examen en *Noticia penitenciaria mexicana*, pp. 9-10.

²⁰³ Para una caracterización de los sistemas, cf. García Ramírez, *Panorama sobre el penitenciarismo en México*, rev. cit., pp. 25-6. V. además nuestro comentario en *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, en rev. cit., pp. 14-5.

²⁰⁴ En la Exp. de Mot. de las reformas y adiciones de 1966 a la LEPDM se salió por vez primera al paso de estas objeciones, asegurando que las "reformas son consecuentes con la Constitución del Estado, y en modo alguno involucran invasión de las atribuciones privativas del Poder Judicial. En efecto, la remisión parcial de penas no quedará sujeta simplemente a un Reglamento o a un Acuerdo administrativo, sino prevista en la Ley de la materia, del mismo modo que lo están dos instituciones gemelas que también aparejan modificaciones en la duración de la pena privativa de libertad, a saber: la libertad condicional y la redención. Establecida legalmente la posibilidad de remisión parcial, el Ejecutivo actuará aplicando la Ley, a través del órgano administrativo indicado. Y así, se concederá este beneficio en idéntica forma como se tramita la libertad preparatoria o condicional y la retención, es decir, en uso de las atribuciones que al Ejecutivo del Estado le concede la fracción IX del artículo 89 de nuestra Constitución Política". *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, p. 90. Además, en esta entidad se reformó el artículo 27 del Código penal, conforme al Decreto 65, de 14 de agosto de 1968, que estableció

la expresa conexión entre definición sustantiva de la prisión y las modalidades presistas en la LEPEM.

La objeción de constitucionalidad, en cambio, prosperaría contra el correspondiente reglamento zacatecano de 1965, porque aquí el Ejecutivo dispuso por sí y ante sí, mediante un acto típicamente suyo, un reglamento, no una ley, la modificación de las sanciones impuestas por los órganos jurisdiccionales. Cf. esta censura en *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, en rev. cit., pp. 14 y 34, n. 55. En torno a la cuestión constitucional, con referencia a las NM, cf. *La reforma penal de 1971*, pp. 86-7. Aquí, a la entronización del régimen en la NM 16 correspondió la pertinente adición al artículo 81 del Código penal.

²⁰⁵ Para que opere el sistema español de redención, no ha de concurrir peligrosidad social en el candidato, a juicio del tribunal, expresamente consignado en la sentencia. Además, el artículo 9 de la Orden de 24 de febrero de 1945 dispuso que no se aplique la redención "a los condenados por delitos relacionados con la rebelión y que hayan sido cometidos entre el 18 de julio de 1936 y el 1º de abril de 1939". Las NM, por su parte, no incurrían en perjuicio que excluya o preordene el análisis de personalidad y la valoración del tratamiento.

²⁰⁶ Entendemos que el tiempo cursado en prisión preventiva debe tomarse en cuenta para efectos de remisión, cuando durante dicho periodo han quedado satisfechos los requisitos de ésta. No siempre ocurrirá así, dado que en la preventiva es sólo facultativo el trabajo, dato uniformemente exigido por los sistemas de remisión. Al favorecer el abono, recurrimos a la analogía *in bonam partem* con respecto al artículo 20, fracción X, Const. Cf. *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, en rev. cit., p. 17. Acerca de la imputación de la prisión preventiva a la pena es tajante el Derecho mexicano, en los términos del artículo 20, fracción X, Const. No siempre ocurrió así. El artículo 136 del CPPD de 1894 sólo previó el abono de la preventiva que excediese del tiempo aconsejado u ordenado (desde 1901) para concluir la instrucción. Este abono se tornaba difícil o imposible a través de los artículos 192 a 194 del CP de 1871, que lo dejaban al arbitrio del juez, sujetándolo, además, injustamente, a la inculpabilidad del reo o de sus defensores en la demora del juicio y a la buena conducta de aquél durante el proceso, regateo que mereció la censura de Sodi. Cf. *Nuestra ley penal*, t. I, cit. En España el abono estuvo prohibido hasta la ley de prisión provisional de 1901. El artículo 40 de las Bases de la legislación penal de la URSS y de las repúblicas federadas, de 1958, establece: "La prisión preventiva se abona por el tribunal para el cómputo del plazo de la pena en la condena a privación de la libertad y envía a un pabellón disciplinario, sobre la base de un día por cada día, en la condena a trabajos correccionales, al destierro o al confinamiento, sobre la base de un día por cada tres días." Cf. nuestro trabajo *El artículo 18 constitucional: prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores*, p. 33.

²⁰⁷ Antes de ahora sostuvimos que la resolución del consejo es un dictamen y que la decisión contraria del Departamento de Prevención y Readaptación Social, que deberá ser fundada jurídica y técnicamente, podrá combatirse por medio del amparo, de la misma forma en que se impugna la resolución de la autoridad administrativa que niega la libertad preparatoria. Si el reo reúne los requisitos de tiempo, trabajo, educación, buena conducta y, en suma, readaptación social que la ley exige, habrá adquirido derecho a la remisión, que no es una gracia del Ejecutivo, sino una obligación de liberar, que como contrapartida tiene el derecho del sujeto a ser liberado. Cf. *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, pp. 17 y 39, n. 69.

²⁰⁸ Otra virtud de la remisión es la posible supresión del indulto, cuyo lugar ocuparía el nuevo instituto. No ignoramos que existen partidarios

NOTAS Y REFERENCIAS

171

del indulto como medio de ejercitar la equidad. También se le defiende en el caso de delitos políticos, incluso por quienes lo rechazan en el ámbito de los comunes. Cf. Antolisei, *Manual de Derecho penal*, p. 40. Particularmente absurdo es el indulto como merced asociada a días fastos. Al respecto, recuérdese el señalado ejemplo que refieren los versículos 39 y 40 del Capítulo XVIII del *Evangelio* de S. Juan, y los *Evangelios* de San Mateo, XXVII, 15-7 y 20-1; S. Marcos, XV, 6-11, y S. Lucas, XXIII, 17-9. En síntesis, Bernaldo de Quirós afirma: "Los penalistas, con raras excepciones... son, en general, adversarios del indulto." *Derecho penal*, t. I, p. 262. Recuérdese, además, que entre los antiguos mexicanos cada cuatro años se concedía un indulto general, en ocasión de la fiesta de Tezcatlipoca, Cf. Kohler, *El Derecho de los aztecas*, en rev. cit., p. 75.

Antiguos criminalistas buscaron fundar la gracia —"este derecho tan necesario para la buena administración de la justicia criminal"— en la equidad. Cf. Pacheco, *Estudios de Derecho penal*, p. 351.

En el Estado de México el repudio al indulto se asoció explícitamente a la adopción de la remisión. Cf. García Ramírez, *La readaptación social del recluso y la remisión parcial de la pena privativa de libertad*, en rev. cit., p. 37, n. 6; y la Exp. de Mot. de las reformas y adiciones a la LEPEM, en *La Ley de ejecución de penas del Estado de México*, pp. 87-9.

²⁰⁹ El Segundo CNU habló de "asistencia postinstitucional. Pinker en el Cuarto Curso Internacional de Criminología, de Londres (1954), prefirió la frase "protección correccional", según recuerda Paludan-Müller. Cf. *Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Informe general*, p. 44 n. 1. Sobre esta cuestión terminológica, cf. nuestra *Asistencia a reos liberados*, pp. 56 y 57.

²¹⁰ La RM 64 recuerda que "el deber de la sociedad no termina con la liberación del recluso". En este orden de ideas, el Tercer CNP señaló que "La asistencia posliberacional forma parte del tratamiento orientado a la reincorporación social del delincuente". *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 78. Con criterio discutible, técnicamente, el Cuarto CNP consideró que el tratamiento en libertad forma parte, a título de tercera etapa, del sistema progresivo. Cf. Malo Camacho, *Método para la aplicación*, pp. 37-8. El Art. 7º de las NM es suficiente sobre esta cuestión.

²¹¹ Hemos apuntado esta caracterización en *Asistencia a reos liberados*, p. 59. Se trata de una fórmula de síntesis. Cf., además, las que aportan Paludan Müller, *Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia post-institucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Informe general*, p. 44; el Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociale, de Italia, cit., *idem*, p. 45, y el Ministerio de Justicia de Japón, *Rehabilitation of offenders in Japan*, p. s/n.

²¹² Se acepta generalmente que el primer patronato fue fundado en Filadelfia, en 1776, bajo el nombre de The Philadelphia Society for assisting distressed prisoners. Cf. *Represión y tratamiento penitenciario de criminales*, p. 349, donde reproducimos esta versión. Empero, acaso sea Japón el país precursor, si se recuerda que Tsunanori Maeda estableció, en 1669, en la ciudad de Kanazawa, el albergue de los pobres en el que también encontraron acomodo los reos liberados y vagabundos. Cf. nuestra *Asistencia a reos liberados*, pp. 63-65, tomando como fuente al Ministry of Justice, *Rehabilitation of offenders in Japan*, pp. 1-2.

Por lo que hace al Patronato del Distrito Federal, cf. Buentello, *Antecedentes históricos del Patronato*, rev. cit., pp. 184 ss. El antecedente jurídico del Reglamento vigente de 1963, y en el que se contuvieron ideas básicas sobre la cuestión posliberacional, es el acuerdo de 13 de junio de 1934, *idem*, pp. 184-5.

²¹³ Nos remitimos a lo escrito en otros lugares, donde hemos dado cuenta de las opiniones de Nietzsche, Laignel, Lavastine, Stanciu, Kinberg, Ohlin, Teja Zabre, Angela Hurley, Merchand y Kirkpatrick. Cf. *Represión y tra-*

tamiento penitenciario de criminales, p. 348; *Asistencia a reos liberados*, pp. 50 ss., y *La asistencia al liberado*, p. 8.

²¹⁴ La necesidad de asistencia posliberacional obedece tanto a los requerimientos de la lucha contra la reincidencia como a consideraciones humanitarias. Cf. Paludan-Müller, *Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Informe general*, p. 46. En su discurso del 5 de diciembre de 1954 al Congreso de Juristas Católicos Italianos, el Papa Pío XII puso de relieve el deber humanitario en esta materia. Cit. Torres Calvo, *Diccionario de textos sociales pontificios*, p. 343. La opinión pública reacciona desfavorablemente ante las medidas que auspician la reincorporación social de los delincuentes, como si constituyeran un atentado a la seguridad común, olvidando que semejante seguridad es, justamente, el objetivo buscado por la asistencia posliberacional. Cf. Merchand, *Quelques aspects de l'action post-pénitentiaire et la mission des Comités de Patronage*, pp. 266-7.

²¹⁵ En México no se han llevado a cabo estudios sobre predicción delictiva y son escasas, por lo demás, las investigaciones acerca de la situación de los excarcelados. Entre 1961 y 1962 realizamos el examen de 400 reclusos de la Penitenciaría del Distrito Federal próximos a la liberación, del que dimos cuenta en *La asistencia al liberado*, p. 23, y *Noticia penitenciaria mexicana*, p. 33.

De un interesante estudio sobre liberados condicionalmente en Puerto Rico se extraen ciertas constantes o notas de mayor frecuencia entre quienes fracasan (15 %) durante el periodo de libertad condicionada: "El revocado (o fracasado) se dice, en resumen, tiende a ser una persona de aproximadamente 28 años de edad, tiene sexto o séptimo grado de educación académica, trabaja en labores de cuello azul y por lo regular en trabajos no diestros, tiene un historial penal de confinamientos continuos, preferiblemente comete delitos contra la propiedad y es una persona que no ha formado un hogar conyugal." Vales, *Estudio sobre el efecto del sistema de libertad bajo la palabra en la rehabilitación de confinados*, p. 42.

²¹⁶ A estas fases alude Quiroz Cuarón, recordando la exposición que al respecto se hiciera durante el II Congreso Francés de Criminología, de Aix en Provence; periodos explosivo, eufórico y de la embriaguez; fase depresiva de adaptabilidad difícil; fase alternativa; y periodo de fijación. Cf. *Prólogo a asistencia a reos liberados*, pp. 12-14.

²¹⁷ Ferri puso de manifiesto la esterilidad de la acción de los patronatos, señalando como causa de ella la falta de discriminación entre las diferentes categorías de criminales. En opinión del positivista italiano, la acción del patronato debe destinarse sólo a los ocasionales, únicos capaces de enmienda. Cf. *Sociología criminal*, t. II, pp. 274-5. En contra se pronuncia, con acierto, Cuello Calón. Cf. *La moderna penología*, pp. 575-6. De hecho, los peligros reclaman mayor cuidado posinstitucional. En este sentido, es pertinente recomendar la diligente asistencia a los reincidentes, como lo hace Wierzbicki, en *Le probleme d'assistance postpénitentiaire pour récidivistes*, p. 157. También es preciso reconocer la necesidad de asistencia especializada en favor de quienes, por padecer desórdenes mentales, neurosis y perturbaciones psíquicas, no pueden reintegrarse a la sociedad al amparo de las medidas rutinarias de auxilio. Cf. la intervención de la Sra. Marck, de la Unión Católica Internacional de Servicio Social, en el Segundo CNU, *Informe de la Secretaría*, párr. 443. Se está en esta línea cuando el Primer CNU favorece la asistencia posliberacional psiquiátrica (RM 83) y el Segundo (punto 12 de la resolución 6) se refiere a impedidos o anormales, alcohólicos y toxicómanos. En su tiempo, Ingenieros pidió ejercer una tutela directa y coercitiva sobre los inadaptables, en términos más rigurosos que los acostumbrados por los patronatos. Cf. *Criminología*, p. 244.

²¹⁸ Laignel Lavastine y Stanciu sugieren permitir al liberado el cambio de nombre. Cf. *Compendio de criminología*, p. 368. El Tercer CNP se pronun-

NOTAS Y REFERENCIAS

173

ció en estos términos: "Se recomienda que se elimine, como requisito indispensable para la obtención de trabajo por parte de los liberados, la carta de antecedentes penales." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 80. En el Primer Congreso Argentino del Liberado (Mendoza, 1965) se recomendó la abolición del certificado policial de buena conducta. *Cf. Primer Congreso Argentino del Liberado*, rev. cit., p. 86.

²¹⁹ La más amplia ayuda resulta de la RM 81 y de la resolución 6, punto 7, del Segundo CNU. Los elementos que menciona Paludan-Müller son: a) ropas, b) herramientas, c) alimentación y alojamiento, d) empleo, e) transporte y dinero para los primeros gastos, f) conducción del liberado hasta el lugar de su destino, g) suministro de documentos, y h) condiciones establecidas para la libertad condicional. *Cf. Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Informe general*, cit. *Cf.* también, el *Informe de la Secretaría del Segundo CNU*, pp. 16-7. Las NM hablan, con máxima amplitud, de "asistencia moral y material".

²²⁰ En México, ciertos problemas inmediatos del liberado se atienden en los albergues que algunos patronatos han establecido, dentro de una corriente que es, por supuesto, mundial. En cuanto al Distrito Federal, *cf.* Colín Sánchez, *Función social del patronato de reos liberados en los albergues talleres*, rev. cit., pp. 214 ss.; y por lo que hace al Estado de México, *cf.* Fernández Albarrán, *Estado de México. Memoria del sexenio 1963-1969*, cap. sobre "Sistema penitenciario".

En el Primer Congreso Argentino del Liberado (Mendoza, 1965) se pidió que tanto el Gobierno de la Nación como los de las provincias reserven plazas de trabajo para los liberados, en obras y servicios públicos. *Cf. Primer Congreso Argentino del Liberado*, rev. cit., p. 52.

Esto corresponde a lo que hemos sostenido en *La asistencia al liberado*, pp. 16-18. En esta virtud, el Tercer CNP estimó: "En la asistencia pospenitenciaria es preciso eliminar cualquier discriminación fundada en el fuero o en el territorio. Para ello, se deben establecer mecanismos de colaboración entre los patronatos del país, no sólo para intercambio técnico, sino para asistencia concreta a liberados." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 79. En este sentido, las NM (artículo 15).

²²¹ Es antigua la idea de que toda liberación sea, en cierta medida, condicional. *Cf.* Ingenieros, *Criminología*, p. 242. En esta virtud no tiene caso suspender la atención cuando las circunstancias aconsejan que continúe. Por ello, se ha propuesto que "las normas relativas a la cesación de la asistencia posinstitucional obligatoria (sean) más flexibles" y no se reduzca necesariamente ésta al tiempo que debió durar la condena. *Cf.* Paludan-Müller, *Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo del recluso. Informe general*, p. 59. Por nuestra parte, hemos sugerido la asistencia forzosa, no sin reconocer que carece de apoyo en el Derecho constitucional mexicano; sería necesario que éste, primero, incluyese las medidas de seguridad. *Cf. La asistencia al liberado*, pp. 17-8. En consecuencia de este límite jurídico, la respectiva recomendación del Tercer CNP se compuso así: "Se recomienda que la ayuda impartida por los patronatos para liberados sea otorgada hasta que el recluso se readapte totalmente, sin que se tome en consideración el tipo de persona de que se trate y procurando que el sujeto tenga siempre conciencia de la parte que a él le corresponde dentro del proceso de readaptación." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 80. Las NM establecen el cuidado obligatorio de sujetos a libertad preparatoria o a condena condicional, y facultativo de excarcelados por cumplimiento de condena, libertad procesal o absolución (artículo 15). *V.* comentario al respecto en *La reforma penal de 1971*, p. 82.

²²² En el Primer Congreso Argentino del Liberado se recomendó la protección a la familia del procesado, del penado y del liberado, protección considerada como "una necesidad ineludible", a cargo del Patronato para Li-

berados a otro organismo, oficial, privado o mixto, comprendiendo al "grupo familiar constituido por la esposa, los hijos menores o impedidos y demás personas que convivan familiarmente con el procesado, penado o liberado y dependan de él". *Primer Congreso Argentino del Liberado*, rev. cit., pp. 70-1. En términos similares se pronunció el Tercer CNP. Cf. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 79.

²²³ Sobre la intervención de particulares en estos menesteres, cf. RM 81. El punto 9 de la resolución 6 del Segundo CNU declaró: "Para la organización de los servicios de asistencia posinstitucional debe buscarse la colaboración de organizaciones privadas, que cuenten con los servicios de personal voluntario, o de trabajadores sociales especializados y experimentados, empleados a tiempo completo. Hay que insistir en la necesidad de una cooperación estrecha entre los organismos oficiales y los no oficiales. La importancia de la función que llena el trabajador voluntario en la asistencia posinstitucional está plenamente reconocida. A las organizaciones posinstitucionales de carácter privado se les debe facilitar toda la información necesaria para ayudarlas en sus actividades y permitirles mantener la relación indispensable con el recluso." V., además, *Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia posinstitucional; ayuda a las personas que están a cargo de los reclusos. Informe preparado por la Secretaría*, p. 16. Acerca de al función de asistencia posliberacional, pública, privada y mixta, en buen número de países, cf. García Ramírez, *Asistencia a reos liberados*, pp. 90 ss., y *Panorama actual de la asistencia a liberados* (traducción al español del *International Directory of Prisoners' aid Agencies* preparado en 1968 por la *International Prisoners' Aid Association*; hay versión inglesa de 1970, puesta al día, en la que ya se da cuenta de la materia en México: p. 31), pp. 7 ss.; Marchand, *Quelques aspects de l'action postpenitentiaire et la mission des Comités de Patronage*; Genoncaux, *Les méthodes modernes de réadaptation sociale des délinquents y Le Service Social Pénitentiaire*; Müller y Wouters De Vries Robbé, *Work of Rehabilitation (Reclassering in the Netherlands)*; Kirkpatrick, *The human problems of prison after care, Their second punishment; Prisons and Their products, Thirty years on 1929-1959 John Howard Society of Ontario, y Prisoners aid and penal reform*. Ministry of Justice (de Japón). *Rehabilitation of offenders in Japan*; Home office, *The organization of after-care*; Beltrán, *Sobre las sociedades de beneficencia que cuidan dei preso y del liberado*, en *op. cit.*, t. v. pp. 297 ss.; Office de Réadaptation sociale de Bruxelles, *Rapport général*; Verheven, *L'oeuvre de l'Hospitalité de Bruxelles*; De Ghellinck d'Elseghem, *L'activité des Comités de Patronage dans les questions pénitentiaires*; *Crónica del Patronato Nacional de San Pablo*; y Patronato de Reos Liberados (de México, D. F.), *Llamado a todos*. El Primer Congreso Argentino del Liberado (Mendoza, 1965) sugirió que a fin de crear instituciones para liberados, "los poderes del Estado podrán optar —según lo aconsejen las circunstancias locales— entre crear organismos oficiales o requerir la cooperación de instituciones privadas". *Primer Congreso Argentino del Liberado*, rev. cit., p. 51. La orientación multisectorial se recibe en las NM (artículo 15).

²²⁴ Los patronatos mexicanos tienen carácter mixto. Cf. nuestra *Noticia penitenciaria mexicana*, pp. 21-2. En cuanto al Patronato del Distrito Federal, cf. Buentello, *Constitución actual del Patronato para Reos Libertados*, rev. cit., pp. 195 ss.

Siguiendo una recomendación que formulamos (cf. *La asistencia al liberado*, p. 17), el Tercer CNP acordó sugerir: "Los patronatos para liberados o entidades equivalentes deben organizarse en forma mixta, con participación de funcionarios gubernamentales (incluso policiales) y representantes de los sectores que controlan las fuentes de trabajo industrial, comercial y agropecuaria, según las circunstancias de cada región. Asimismo, es recomendable la participación de representantes de órganos informativos y de agrupaciones profesionales. La composición mixta no debe referirse únicamente a las principales autoridades del patronato (Consejos o Mesas

Directivas), sino abarcar también la acción directa frente a los liberados, por medio de empleados profesionales y de voluntarios no remunerados." *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 79. Por otra parte, la orientación multisectorial se ha recibido en las NM (artículo 15).

²²⁵ El establecimiento de mecanismos de coordinación entre los patronatos del país, tanto para intercambio técnico como, principalmente, para asistencia concreta a liberados, fue solicitado por el Tercer CNP. *Tercer Congreso Nacional Penitenciario*, p. 79. El Primer Congreso Argentino del Liberado (Mendoza, 1965) indicó: "es conveniente que los distintos patronatos constituyan un organismo permanente para facilitar el intercambio de servicios y la coordinación de criterios". *Primer Congreso Argentino del Liberado*, rev. cit., p. 51. V. sobre esto la prevención del artículo 15 de las NM.