

PREFACIO

LAS DISCIPLINAS jurídicas relacionadas con la delincuencia y la peligrosidad o temibilidad, a saber: el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal y el derecho penitenciario, por atenerme a sus denominaciones más usuales, hállanse, cuando la humanidad se va acercando al siglo XXI de nuestra era, en una alarmante situación de incertidumbre, como consecuencia de la tremenda regresión jurídica, ética y moral experimentada por el mundo a partir de la segunda guerra universal, que ojalá sea la última. Recientemente, en un bosquejo a proyecto para inventariar lo que los primeros 75 años del siglo XX hayan significado en la evolución del derecho,¹ mencioné a vuela pluma una lista de factores a tener en cuenta, y que si han afectado a aquél en su conjunto, han repercutido también, como es lógico, en cada una de sus ramas o disciplinas y, entre ellas, de manera muy singular, sobre las tres señaladas al comienzo y en las que es maestro consumado Sergio García Ramírez.² A lo largo de esos quince lustros —decía— se han producido trascendentales descubrimientos científicos e invenciones técnicas, que no han dejado de influir en el ámbito jurídico, desde la astronáutica a la fecundación artificial o el trasplante de órganos; de igual modo que, como contrapartida, las inquietudes inherentes a la contaminación de la atmósfera y de las aguas y al agotamiento del suelo productivo y de las materias no renovables. A su vez, numerosos acontecimientos históricos, sociales, económicos y políticos, han condicionado en fuerte medida los cambios en la vida del derecho o están llamados a influir sobre la misma. Baste recordar en rápida enumeración, que no pretende ser exhaustiva, y aparte la explosión demográfica, las dos guerras mundiales, las revoluciones mexicana, rusa

¹ Fechado el 17 de junio de 1974 y destinado a servir de convocatoria para una reunión de eminentes juristas de las principales especialidades, a fin de que aborden el panorama de esos 75 años en plan de balance del pasado y de perspectivas de futuro.

² He aquí una lista de sus obras fundamentales, confirmatoria de la aseveración estampada en el texto (en todas ellas, salvo en la cuarta, el lugar de edición es México, D. F.): 1) *Asistencia a reos liberados* (1966); 2) *El artículo 18 constitucional: Prisión preventiva, sistema penitenciario, menores infractores* (1967); 3) *La imputabilidad en el derecho federal mexicano* (1968); 4) *El código tutelar para menores del Estado de Michoacán* (Morelia, 1969); 5) *La ciudadanía de la juventud* (1970); 6) *Manual de prisiones: La pena y la prisión* (1970); 7) *La reforma penal de 1971* (1971); 8) *Delitos en materia de estupefacientes* (1971; 2ª ed., 1974); 9) *Curso de Derecho Procesal Penal* (1974; con prólogo de Héctor Fix Zamudio). Súmese a la lista anterior su tesis de licenciatura, *Represión y tratamiento penitenciario de criminales* (1962; véase *infra*, nota 33), por no mencionar artículos y conferencias, que harían esta relación demasiado larga.

y las dos chinas; la caída de una crecida cifra de monarquías seculares en Asia, Europa y África, hasta culminar, por ahora, en el derrocamiento del *negus* etiope, descendiente nada menos, según la tradición, que de Salomón y la reina de Saba; el advenimiento de los regímenes totalitarios de derecha o de izquierda; la guerra civil española; la más o menos efectiva descolonización de África y otras regiones y la instauración en ellas, sin las indispensables etapas de adaptación y tránsito, de gobiernos tribales, que lejos de asegurar la libertad y la democracia, han entronizado la arbitrariedad y la dictadura;³ el genocidio de millones de seres en diversos países; ⁴ la proliferación del *gorilismo*; la podredumbre política y administrativa de naciones que se han arrogado por sí y ante sí cometidos de fanales y guías; la intervención de las grandes potencias en los asuntos internos de las menores y pequeñas; ⁵ el recrudescimiento y el sadismo de las torturas aplicadas por la policía y el ejército en innumerables Estados; ⁶ el resurgimiento, por parte de opositores y descontentos, o de bandas de criminales ciento por ciento, de formas de lucha que se tenían por superadas y olvidadas: piratería marítima y aérea, secuestros, guerrillas, asesinatos, atentados por medio de explosivos. Agreguemos la crisis de la familia, hasta llegar al fenómeno del *jipismo*, acaso evasivo y probablemente pasajero; la preocupación, u obsesión, sexual, sin que en tan resbaladizo terreno se haya logrado todavía el sano y nítido deslinde entre la finalidad educativa, por un lado, y las facetas eróticas e inclusive pornográficas, por otro; la emancipación de la mujer, con sus pros y sus contras en orden a la familia y al hogar; la creciente politización de la juventud, a la par que el aumento alarmante en la

³ Véanse últimamente, en el volumen *Veinte años de evolución de los derechos humanos* (México, 1974), estos dos trabajos: a) Monique Lions, *Los derechos humanos en la historia y en la doctrina* (pp. 479-501, singularmente las pp. 491-501, que se refieren a "los derechos del individuo en las Constituciones del África francófónica"), y b) Karel Vasak, *Problemas relativos a la constitución de comisiones de derechos humanos, especialmente en África* (pp. 575-94).

⁴ Sobre todo en la Alemania nazi, en la Unión Soviética (máxime en la época de Stalin), en la España franquista, en la China maoísta y, ahora, en el Chile pinochetesco.

⁵ De Alemania e Italia (más el Vaticano y Portugal) para desencadenar la guerra civil española; de la Unión Soviética en Hungría y en Checoslovaquia; de Estados Unidos en Corea, Vietnam, Chile y...

⁶ Aunque se ocupe tanto de tiempos presentes como pasados, véase, verbi gracia, el impresionante libro de Daniel Sueiro, *El arte de matar* (Madrid-Barcelona, 1968; reseña mía en el *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1970, pp. 163-66; edición abreviada, bajo el título de *La pena de muerte*, Madrid, 1974), así como el famoso de Alexander Solzhenitsin, *Archipiélago Gulag: 1918-1956. Ensayos de investigación literaria I-II* (Esplugas de Llobregat, 1973), al que el estilo reiterativo y minucioso del autor, que lo hace pesado más de una vez, no le resta, sin embargo, un ápice de su enorme emoción.

delincuencia de menores y en el consumo de drogas; las nuevas inquietudes en torno a la enseñanza en sus diversos grados, al tipo de educación a impartir y a las perspectivas de futuro ejercicio profesional; la fuerza de las organizaciones obreras; los temores, angustias y reacciones de la burguesía o clase media; etcétera.

A la luz de tales manifestaciones, progresivas unas, regresivas otras e inquietantes o interrogativas no pocas, y de sus proyecciones sobre el enfrentamiento con el delito y los estados antisociales, son frecuentes las actitudes extremistas. De un lado, los partidarios de la línea dura: “tranquilidad viene de tranca”; “muerto el perro se acabó la rabia”; “lenguaje de las pistolas” (aunque éstas las manejan por igual los unos y los otros: recordemos tan sólo los casos de Guatemala y de Argentina); policías que cometen toda clase de desmanes (“ley de fugas”, “tiros a la barriga”, “escuadrones de la muerte”), garantizados desde el poder con la más escandalosa impunidad;⁷ escuelas [*sic*] de torturadores, dirigidas a menudo por *especialistas* enviados en comisión desde alguna todopoderosa *democracia* (?), que no es necesario nombrar, porque todos sabemos cuál es; desbordamiento de la jurisdicción militar,⁸ mediatización o intimidación de la ordinaria, o establecimiento de tribunales de excepción, en las tres hipótesis con gravísimas restricciones para el ejercicio de la defensa y hasta con flagrante conculcación de los más sagrados derechos humanos, sobre todo respecto de enjuiciados políticos, tratados con mayor severidad que los delincuentes comunes;⁹

⁷ En este orden de cosas, bate literalmente una marca el inaudito decreto español de 28 de julio de 1944, a cuyo tenor, cuando un funcionario policiaco cometa falta o delito (inclusive lesiones o muerte) en acto de servicio, la autoridad judicial que conozca del caso deberá dirigirse al Director general de Seguridad en Madrid y en las provincias al Gobernador civil, para que informen acerca de si aquél obró o no en virtud de obediencia debida... Es decir, la calificación jurisdiccional de la circunstancia, eximente 12 del artículo 8 del vigente código penal, queda mediatizada y, *de facto*, impedida por una intolerable injerencia gubernativa: *cf.* mi folleto *Veinte años de franquismo* (México, 1960), p. 23.

⁸ Especialmente en España, a partir, sobre todo, en el siglo actual, de la malhadada ley de jurisdicciones de 23 de marzo de 1906 y luego bajo las dictaduras de los años 1923-30 y desde 1936 hasta la fecha.

⁹ *Cf.*, entre otros, Pierre de Casabianca, “Tribunaux d’exception des États totalitaires” (en *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1936, núm. 3, pp. 235 ss.); Roger Beraud, “Le droit pénal et les dictateurs” (en *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1938, pp. 672 ss.); Alcalá-Zamora, “Justice pénale de guerre civile” (en revista últimamente cit., 1938, pp. 633-71, y luego en mis *Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Buenos Aires, 1944, pp. 253-94) e “El proceso dei criminali di guerra (en *Jus*, 1950, pp. 208-31, v ahora en mis *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, 1974, tomo II, pp. 573-603), así como la literatura en ambos citada y las pp. 219-20 del estudio complementario escrito por Roberto Goldschmidt para la traducción del *Derecho Procesal Penal* de Beling (Córdoba, Argentina, 1943).

etcétera. De otro, los imbuidos, bajo el influjo de diversas corrientes ideológicas (liberalismo, correccionalismo, positivismo, etc.), de un nobilísimo sentido de conmiseración hacia el delincuente y el sujeto peligroso, a quienes aspiran a recuperar y a regenerar socialmente (de acuerdo, por ejemplo, con la, a primera vista, paradójica fórmula de Dorado Montero, *el derecho protector de los criminales* —en manera alguna, del crimen);¹⁰ pero que a veces pecan por exceso¹¹ y que con enorme frecuencia se olvidan, en aras de una concepción pública del delito, que, dicho está, comparto en principio,¹² de la otra vertiente del problema, o sea, de quien antes y en mayor medida que nadie sufre sus consecuencias: la víctima o, en caso de muerte de la misma, sus familiares y causahabientes.¹³

¹⁰ Así tituló el que fue catedrático de Salamanca uno de sus más sugestivos trabajos, aparecido en 1911 con el subepígrafe de "Lineas generales de una construcción penal"; y años después lo utilizó como común denominador de una recopilación de sus estudios (Madrid, dos tomos, 1915). Acerca del insigne maestro, véase José Antón Oneca, *La utopía penal de Dorado Montero*, seguida de una *Evocación de Dorado Montero* redactada por Francisco Maldonado de Guevara (Salamanca, 1951).

¹¹ Poco antes de la guerra civil, en una ciudad española que no hace al caso mencionar, la jurisdicción tutelar de menores estuvo encabezada por un santo varón que a grandullones próximos a alcanzar la mayoría de edad penal, y con un historial cargado de delitos de sangre, violaciones, robos continuos, etc., los despachaba con unos paternales e ingenuos consejos, unas palmaditas en el rostro y... un paquete de dulces, que pagaba de su bolsillo particular, pues era hombre de excelente posición económica. El aumento delictual provocado por su actuación llegó a ser de tal calibre, que el *bendito* señor, aunque para sus conciudadanos resultase más bien el *maldito*, hubo de ser removido del cargo, guardándosele, eso sí, las máximas consideraciones, porque todo el mundo reconocía que obraba con la mejor intención y más absoluta buena fe.

¹² Aun cuando ella haya conducido a la hipertrofia y supervaloración del ministerio público, con olvido de que éste, inclusive en los países donde cuenta con mejor organización y goza de mayor independencia, sólo se interesa por determinados sectores de delitos sobre el total de los que se cometen, mientras que de los restantes, o no llega siquiera a tener conocimiento o se desentiende de su persecución si los afectados no acuden a él. Por otra parte, su monopolio de la acción punitiva, allí donde el cuerpo esté fuertemente supeditado al Ejecutivo y donde la apertura y prosecución del proceso dependa de que inicie y mantenga aquélla, ofrece riesgos evidentes, puesto que si en su mano no está condenar, cometido propio de la judicatura, sí lo está impedir que se condene. Acerca de los problemas aquí meramente esbozados, véanse mis artículos "Lo que debe ser el ministerio público" (en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, noviembre de 1929, pp. 519-31, y luego en mis *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1934, pp. 1-22) y "Ministerio Público y Abogacía del Estado" (en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, enero-abril de 1961, pp. 37-66) y mi libro *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con Levene H.), tomo II (Buenos Aires, 1945), pp. 25-30.

¹³ Presentar la intervención acusadora del ofendido o de sus familiares y causahabientes como manifestación de venganza privada, es uno de los tópicos más gastados y sin fundamento de la doctrina procesal penal. Una cantidad enorme de delitos (injurias entre particulares —máxime si, como

Hallar el punto de equilibrio entre los que, con Hobbes, nos hablan del *homo homini lupus* y quienes, con San Francisco, se dirigen al *hermano lobo*, si es que no llegan a presentárnoslo, como Linares Rivas, cual todo un *caballero*; ¹⁴ entre un Alfonso Karr en Francia o un Pietro Ellero en Italia a propósito de la pena de muerte; entre implacables sin concesiones e indulgentes en demasía, constituye una enorme dificultad en los estudios relacionados con la delincuencia y el delito; y uno de los mayores méritos, entre los muchos que posee, del volumen que hoy prologo, estriba en su admirable ponderación, tanto más de elogiar cuanto que proviene de quien lo compuso con poco más de treinta años. Porque, en efecto, este libro que deriva en líneas generales de su magnífica tesis doctoral, entonces titulada *El individuo ante la ejecución penitenciaria* y presentada a examen recepcional en 1971, se elaboró unos años antes, cuando su autor, nacido en Guadalajara en 1938, bordeaba la treintena, sin que, no obstante ello, se dejase arrastrar en ningún momento, como en ningún sentido, por apasionamientos juveniles.

Nominalmente, y sin duda a causa de la antigua amistad que con él me liga, me cupo el honor de dirigir la susodicha tesis doctoral. Porque a esa circunstancia obedece, casi seguramente, que Sergio García Ramírez, a quien trato desde su muchachez, fuese alumno mío de licenciatura en 1958 y luego de doctorado en 1963: dígolo, para que no vayan a creer los malpensados (que a veces dan en el clavo y otras muchas se golpean los dedos con el martillo) que mi relación con él surgió al designársele Procurador de Justicia del Distrito y Territorios Federales en 1970 o ahora en que es Subsecretario de Gobernación. Mi dirección, insisto, fue meramente nominal, ya que de derecho penitenciario, y de otros temas, el entonces aspirante a doctor (y desde 1971 po-

a menudo acontece, son recíprocas e incluso el legislador llega a autorizar su compensación—, hurtos domésticos, chantajes, competencia desleal, atentados contra la honestidad, etc.) sólo ascienden o trascienden al escenario público del enjuiciamiento criminal cuando las víctimas, sus representantes o sucesores deciden dar el primer paso. Además, respecto de toda clase de infracciones pertenece a la categoría de lo perogrullesco que el primero y más gravemente afectado por el delito es la víctima del mismo y que la amorfa sociedad sólo se inquieta, en rigor, cuando se producen situaciones de alarma a consecuencia de olas de criminalidad, como sucede en nuestros días en tantos países con los atracos, secuestros, piratería aérea, bandas de guerrilleros o de forajidos, terrorismo por medio de explosivos, etc.; es decir, cuando cualquiera de sus integrantes llega a temer que él o los suyos puedan resultar *víctimas* de ese retorno a la selva, en que estamos viviendo o... muriendo. De ahí que se venga hablando ya, en el ámbito de las disciplinas penales, de *victimología*: véase, por ejemplo, en la *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, de que precisamente Sergio García Ramírez es alma e impulsor, la información titulada "Conclusiones y recomendaciones del Primer Simposio Internacional sobre Victimología", en su número 13, abril-junio de 1974, pp. 145-50.

¹⁴ Aludo a su comedia *El caballero lobo*, estrenada en Madrid en 1910.

seedor del grado, conferido con la mención *magna cum laude*, que por primera vez se otorgó en ese nivel de estudios en la Facultad de Derecho en México) sabe muchísimo más que yo. Pero ese factor permitió, al ir leyendo y relejendo los fragmentos de la obra a medida que su autor me los iba entregando para su revisión, conocer el trabajo a fondo y valorarlo con pleno conocimiento de causa, porque según se decía, si no recuerdo mal, el insigne administrativista español don Antonio Royo Villanova, hombre de gran ingenio, para saber si un par de banderillas está bien puesto, no es necesario ser banderillero. Además, el millar y medio de reseñas bibliográficas y hemerográficas que a partir de 1936 he redactado, ha desenvuelto en mí, en la escala precisa, ese sentido crítico que permite no confundir el trigo con la paja. De ahí que cuando en fecha inolvidable para todo republicano español, 12 de abril de 1971 (es decir, exactamente al cumplirse el cuadragésimo aniversario de las elecciones municipales que en una jornada de civismo y alegría ejemplares determinaron la instauración de la Segunda República en mi patria), hube de emitir como sinodal el *voto razonado* acerca de la tesis doctoral de García Ramírez, me expresase de ella en los términos que con algunos cambios y puntualizaciones paso a reproducir.

Vinculado al Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México desde el primer momento, ya que realicé los trabajos que llevaron a su implantación,¹⁵ y habiendo participado como sinodal en numerosos exámenes para conseguirlo, no vacilo en afirmar que la investigación efectuada con tal fin por el licenciado García Ramírez es, hasta la fecha, la más completa de cuantas me ha correspondido juzgar.¹⁶

Bajo el título de *El individuo ante la ejecución penitenciaria* [hoy reemplazado por *La prisión*], el sustentante ha redactado una magnífica exposición acerca de un tema que exige, y así lo demuestra el autor,

¹⁵ Véanse mis trabajos "Creación del Doctorado en Derecho", información inserta en la *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, números de octubre-diciembre de 1949, pp. 235-315, y de abril-junio de 1950, pp. 235-47, y "Datos y antecedentes relativos a la implantación en México del Doctorado en Derecho", en el volumen *Doctorado en Derecho, Décimo Aniversario: 1950-1960*, pp. 17-25, así como mi nota puntualizadora, "A propósito de la 'Fundación' del Doctorado en Derecho en México", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1971, p. 639. Cf. también Mendieta y Núñez, *Historia de la Facultad de Derecho* (México, 1956), pp. 269-302.

¹⁶ Decía "hasta la fecha", porque con posterioridad he tenido la fortuna de intervenir, como director y sinodal, en otras dos alineables a la misma altura que la de García Ramírez: la de doctorado de Héctor Fix Zamudio en 1972 (*Protección procesal interna de los derechos humanos en Latinoamérica y Europa Occidental: Estudio comparativo*) y la de licenciatura de Santiago Oñate Laborde en 1973 (*La acción procesal en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*). La tesis de Fix Zamudio se publicará en breve, y mientras tanto, véase en el volumen citado en la nota 3 su ensayo "Introducción al estudio procesal comparativo de la protección interna de los derechos humanos" (pp. 169-273).

sólidos conocimientos de tres disciplinas jurídicas que, aunque enlazadas entre sí, son independientes. Me refiero, dicho se está, al derecho penal sustantivo, al procesal penal y al denominado penitenciario, que, por añadidura, se entrecruzan, singularmente los dos últimos, en esa zona todavía no bien deslindada que constituye la ejecución. Y ello, por dos motivos capitales: el primero, no hallarse de acuerdo los procesalistas, ni siquiera en orden al enjuiciamiento civil, acerca de si la ejecución pertenece o no a los dominios de la jurisdicción —baste recordar la divergencia entre Calamandrei y Carnelutti al respecto—,¹⁷ y el segundo, las peculiaridades de la ejecución penal (esencialmente *personal*), a diferencia de la civil (predominantemente *patrimonial*), si bien en ninguna de ellas la regla sentada en los respectivos paréntesis es absoluta, sino que ofrece importantes excepciones que, a manera de puente de pasaje, suavizan el contraste entre ambas. Más aún: ni siquiera acogiendo la ya lejana tesis de Hafter¹⁸ para quien la ejecución representaría una tercera zona jurídica concerniente al delito y la pena, junto al derecho penal sustantivo y al procesal penal, los problemas se resolverían de un plumazo, porque en el real o supuesto derecho ejecutivo penal confluyen (sobre todo a medida que se le va dando mayor intervención a funcionarios judiciales en el cumplimiento de penas y medidas de seguridad) actividades administrativas y jurisdiccionales; y sabido es cuán difícil resulta a menudo trazar con nitidez la línea divisoria entre esas dos clases de funciones.¹⁹

Por si las consideraciones antedichas no fuesen suficientes para calibrar el esfuerzo investigador llevado a cabo por el licenciado García Ramírez —del que, como botón de muestra, bastará destacar la impresionante y selecta lista de la bibliografía consultada, comprensiva de cerca de cuatrocientos títulos (aumentados ahora hasta casi quinientos al ser actualizada para ser impresa)— agregaré que no se ha circunscrito a analizar el dramático fenómeno objeto de su tesis, conforme al triple ángulo jurídico antes mencionado, así como a tenor de las ciencias extrajurídicas relativas al delito (criminología y criminalística, por ejemplo), sino que lo ha contemplado también en sus diversas proyecciones, desde las constitucionales, internacionales

¹⁷ Véanse, respectivamente, de Calamandrei, *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, vol. I, núms. 19-21 (2ª ed., Padova, 1943; traducción, Buenos Aires, 1943) y de Carnelutti, *Sistema di Diritto Processuale Civile*, tomo I, núms. 38, 39, 61, 71 y 76 (Padua, 1936; traducción, Buenos Aires, 1944). Aunque bien miradas las cosas, la discrepancia es más nominal que efectiva, ya que mientras Calamandrei descompone la jurisdicción en “dos momentos” (núm. 19 cit.), a saber: conocimiento y ejecución, Carnelutti, en cambio, engloba bajo la rúbrica “función procesal” la jurisdicción y la ejecución forzosa (núm. 39 cit.). En otras palabras: mientras Calamandrei toma el concepto de jurisdicción en sentido lato, Carnelutti lo acoge en su acepción restringida.

¹⁸ Cf. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* (Berlín, 1926), núm. 1, donde junto al derecho penal sustantivo y al derecho procesal penal postula la existencia de un derecho ejecutivo penal (*Strafvollzugsrecht*).

¹⁹ Cf. Alcalá-Zamora, “Notas relativas al concepto de jurisdicción”, en *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch: Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita* (Bruxelles, 1972), tomo II, pp. 657-93, y ahora en mis citados *Estudios de teoría general e historia del Proceso* (tomo I, pp. 29-60), núms. 7-23.

o laborales, dentro del campo del derecho, hasta, fuera de él, las de carácter social, médico, estadístico o económico.

Todavía diré que García Ramírez, de cuyas inquietudes literarias es brillante muestra su libro *Teseo alucinado (Varios laberintos y algún minotauro)* (México, 1964), ha escrito su presente obra con extraordinario dominio del léxico y en un castellano impecable, rasgos los dos nada comunes en las tesis, tanto de licenciatura como de doctorado, elaboradas en la Facultad de Derecho, fragua de profesionistas llamados a ganarse, en gran parte, la vida con la pluma, pese a lo cual, muchos de ellos la manejan con notorio desaliño y perpetran los más graves atentados contra la desventurada gramática.

Y ahora, no con el ánimo de destripar el cuento y sí como expresión del interés que la lectura de *La prisión* suscita a cada instante, comentaré dos o tres extremos de entre los muchos de ella que cabría tomar en consideración.

El primero de esos puntos, que el autor aborda en la *Introducción*, concierne a la *procesalización* o *jurisdiccionalización* (aunque las dos etiquetas acaso no sean absolutamente sinónimas: cf. *supra*, nota 17) de la *ejecución penal* y, dentro de ella, a la figura del juez ejecutor. Para mí, partidario resuelto de la unidad esencial del derecho procesal,²⁰ mientras en las fases centrales del juicio²¹ las semejanzas son indudables y, por ende, la uniformación e inclusive la unificación perfectamente posibles,²² en las etapas inicial y final las divergencias aparecen más acusadas, pese, verbigracia, al intento, modesto, como mío, por encuadrar la instrucción dentro de una noción amplia de "proceso preli-

²⁰ Cf. Alcalá Zamora, "Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso" (en *Jus*, México, marzo de 1950, pp. 153-77, y en *Revista de la Universidad de Costa Rica*, octubre de 1951, pp. 86-115) y "La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal" (en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1968, pp. 9-91), reproducidos ambos en mis citados *Estudios teóricos generales. Historia procesal*, tomo I, pp. 505-23 y 525-615, respectivamente.

²¹ A mi entender, *todo* juicio es susceptible de abarcar seis fases, aun cuando luego, por diversas causas, que no es éste el momento de exponer, no en *todos* lleguen a manifestarse *todas*, e incluso quepa que se reduzcan a una sola. De acuerdo con el orden en que se suceden, serían: a) la preliminar (véase *infra*, nota 23); b) la expositiva o polémica; c) la demostrativa o probatoria; d) la conclusiva o de debate final (en primera instancia); e) la impugnativa; y f) la ejecutiva; cf. mi "Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal" (en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, abril-junio de 1950, pp. 253-64), cap. X, pp. 263-64, y mi "Programa de Derecho Procesal Civil (Cursos primero y segundo). Bibliografía fundamental para su estudio e indicaciones metodológicas para la resolución de casos prácticos y elaboración de tesis profesionales", 2ª ed., México, 1960, pp. 21-8.

²² Véase mi comentario acerca del "Código procesal unitario de 1942-1948" (para Suecia), en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado Mexicano*, cit., septiembre-diciembre de 1953, pp. 213-21, y ahora como *Número 21* de mis "Estudios procesales" (Madrid, 1974).

PREFACIO

17

minar",²³ y al esfuerzo, brillantísimo, como suyo, de Carnelutti, por examinar íntegra la ejecución penal, sin excluir al verdugo, en la esfera del enjuiciamiento criminal.²⁴ Más aún: creo que la aproximación entre el proceso civil y el penal por el lado de la preparación respectiva (que es la finalidad principal entre las de índole preliminar),²⁵ es más fácil o, por lo menos, se halla más avanzada hoy en día, que no por el de la ejecución, donde todavía, y sin afanes expansionistas de los unos ni de los otros, hay que perseverar en el análisis detenido de las diversas instituciones que la integran, antes de encasillarlas a la ligera en esta o en aquella disciplina de las varias que se disputan su estudio.

En cuanto al *juez ejecutor*, la primera pregunta a formular es la de si realmente lo es, en la doble dirección del *sustantivo* y del *adjetivo*. Acerca de aquél, la circunstancia de que pertenezca a la misma judicatura o carrera judicial que quien intervino en la fase de conocimiento —y nada se opondrá a que se constituya un cuerpo especializado aparte—, no resuelve el problema, porque en ningún campo del enjuiciamiento, comenzando por el civil, toda la actividad del juzgador es jurisdiccional, y concretamente en el penal, Rende estima que la de instrucción, la lleve o no a cabo funcionario judicial, es de naturaleza administrativa o policiaca.²⁶ Habría, pues, que comenzar por dilucidar si el juez ejecutor, con ese o con otro nombre,²⁷ lo es meramente en sentido *orgánico* o también en el aspecto *funcional*.²⁸ Suponiendo despejada la incógnita del *sustantivo*, quedaría aún la del *adjetivo*: ¿en realidad

²³ Cf. Alcalá-Zamora, "En torno a la noción de proceso preliminar" (en el vol. II, pp. 265-316 de los *Scritti giuridici in onore della Cedam, nel cinquantenario della sua fondazione*, Padua, 1953, y ahora en mis citados *Estudios teóricos generales. Historia procesal*, tomo I, pp. 453-501), números 33-35.

²⁴ Véase, como anticipo de su punto de vista, el núm. 62 de su citado *Sistema*, y luego los núms. 6, 131 y 132 de sus *Lezioni sul processo penale* (4 vols. Roma, 1946/7/9; trad., Buenos Aires, 1950), así como las observaciones que le formulo en el *Prólogo* de la mencionada traducción (vol. I, pp. 1-29), núms. 12 y 17; en la reseña que consagré al tomo IV de las mismas (en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, julio-septiembre de 1949, pp. 188-90, y ahora en mi *Miscelánea procesal*, tomo I, México, 1972, pp. 159-62) y, a propósito de su noción de verdugo, en *Estampas procesales de la literatura española* (Buenos Aires, 1961), núm. 33.

²⁵ Cf. mis citados ensayos "En torno a la noción de proceso preliminar", núms. 4, 5, 7 y 29, y "Notas relativas al concepto de jurisdicción", núm. 26.

²⁶ Véase su artículo "L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale", en *Rivista di Diritto Pubblico*, 1921, núms. 3-4, pp. 38-86.

²⁷ Así, *giudice di sorveglianza* en Italia (cf. artículos 144, Código penal, y 585 y 634-40, Código procesal penal, ambos de 1930) o *juge de l'application des peines* en Francia (artículos 721-22, Código procesal penal de 1957-1958 y artículos 115-17 de los decretos de 23-XII-1958 y 23-II-1959). Acerca del segundo, véase, por ejemplo, Malherbe, "Le juge d'application des peines", en *Rev. Science Crim. Droit Pén. Comp*, cit., 1959, núm. 3, pp. 635-55.

²⁸ El contraste entre derecho procesal *orgánico* y *funcional* lo establecí en mi citado "Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal", p. 260.

ese juez ejecuta o, cuando menos, dirige la ejecución, o se limita a vigilar que la sanción decretada, sea pena o medida de seguridad, se cumpla estrictamente de acuerdo con el tenor y los límites fijados por el sentenciador y a corregir abusos o desviaciones respecto de los mismos, en cuyo caso su cometido poseería, en orden a la *sentencia*, una finalidad análoga a la de la casación frente a la *ley*, o sea la de asegurar su exacta observancia? De optarse por la segunda desembocadura de la disyuntiva, se llegaría a la conclusión de que el ejecutor tendría más de *inspector* (administrativo) que de *juez* (jurisdiccional).

Otras dudas que la lectura del libro de García Ramírez pone sobre el tapete o plantea en torno al juez ejecutor, todavía no delineado con trazos inequívocos, serían las siguientes: a) la de si como tal puede o debe intervenir el *sentenciador*; b) la de si su acción no se traducirá en duplicaciones, interferencias y aun pugnas con el *personal penitenciario*, y c) la de si en la medida en que pueda alterar la sanción fijada, no atentará contra la *cosa juzgada*. Me ocuparé breve y consecutivamente de las tres.

a) La respuesta que se dé a la primera cuestión dependerá, a mi entender, de la *clase de sanción* impuesta y de la *localización*²⁹ del establecimiento en que haya de cumplirse. Para penas cortas privativas de libertad, y abstracción hecha de las críticas contra ellas dirigidas y de la posibilidad de remplazarlas por otros mecanismos, no creo necesario instaurar jueces ejecutores: el sentenciador, por sí, a través de sus auxiliares o mediante comunicación con el personal penitenciario, puede encargarse de la tarea. Tampoco se justifica la existencia del juez ejecutor frente a la pena de muerte y a las pecuniarias: respecto de la primera, y sin pensar por un momento en que remplace al verdugo o al pelotón de fusilamiento, y suponiendo que se exija la presencia de un funcionario judicial para llevarla a cabo, la rareza de las condenas capitales (al menos, en épocas de normalidad y en Estados de derecho y no de ferocidad), no requiere la creación de una judicatura *ad hoc*; y en cuanto a las multas, o las paga voluntariamente el condenado o se procede a su exacción por cauces que son o pueden ser idénticos a los del proceso civil, puesto que se trata entonces de una ejecución patrimonial. Por consiguiente, la problemática se reduce a las penas largas privativas de libertad, a las restrictivas de ésta y a las medidas de seguridad, tanto si atañen a delitos como si se disponen frente a conductas peligrosas no delictivas: sin perjuicio de la cooperación, en unos casos del personal penitenciario o del adscrito a los establecimientos de readaptación social y en otros de la policía, las sanciones ahora

²⁹ Acerca de este concepto, véanse mi *Derecho procesal penal*, cit., tomo III, pp. 205-8, y mis *Cuestiones de terminología procesal* (México, 1972), pp. 124-25.

PREFACIO

19

mencionadas son las que, por diversas razones, constituyen la razón de ser del juez ejecutor. Desde el punto de vista de la *localización*, si el lugar donde las susodichas sanciones se extingan se halla fuera o alejado de aquel en que el sentenciador tenga su sede, tendría, o que abandonar ésta con frecuencia para vigilar la ejecución, o que desentenderse de hacerlo y en cualquiera de los casos, con grave perjuicio de los dos cometidos.

b) La *delimitación de las atribuciones* del juez ejecutor y de las peculiares e intransferibles del personal penitenciario y, en virtud de extensión analógica, del que preste sus servicios en los establecimientos donde se apliquen medidas de seguridad, dista mucho de ser grano de anís. En general, como lo revela que, por ejemplo, las competencias positivas sean mucho más numerosas que las negativas, el tipo de funcionario *imperialista*, es decir, propenso a excederse en el desempeño de sus facultades y a invadir territorios ajenos, es sobremanera frecuente. Habrá, pues, que poner el máximo tino para evitar no sólo choques desagradables, sino inclusive sabotajes y frustraciones, en esta operación de deslinde funcional.

c) Por último, la *cosa juzgada*, no siempre mirada con buenos ojos por los penalistas,³⁰ pero que a la vez constituye una garantía jurídica de primera línea. Así es que también en esta dirección tendrá que hilarse muy delgado, para impedir que a impulsos del antes señalado imperialismo, el juez ejecutor deje vacía de contenido o totalmente cambiada por otra, la decisión dictada por el sentenciador. Naturalmente, en este orden de ideas habrá de tomarse muy en cuenta la diferencia entre sentencias *determinadas e indeterminadas* (o si se prefiere: entre las fijadas *a priori* y las que lo son *a posteriori*); pero en ambas hipótesis, con especial atención para eliminar extralimitaciones.³¹

Otra de las cuestiones del volumen sobre *La prisión* que trataré a colación es, dentro de la parte que se ocupa del *Tratamiento*, la relativa al *trabajo*. La función regeneradora de éste, sobre todo frente a cierta clase de reclusos y de sujetos peligrosos, paréceme indudable: la máxima según la cual la ociosidad es la madre de todos los vicios, tiene mucho de exacta, y sólo en plan de ocurrencia sainetesca cabe aceptar que "el ideal del obrero manual sea estar mano sobre mano".³² Pero no menos cierto es que, sin necesidad de evocar a los galeotes y a los cómitres de pasados

³⁰ Véase mi *Prólogo* citado en la nota 24, núms. 8 y 9.

³¹ Véase el primero en el tiempo de los libros de Jiménez de Asúa, *La sentencia indeterminada* (Madrid, 1913), que llevaba el subtítulo de *El sistema de penas determinadas a posteriori*, suprimido en la 2ª ed., impresa en Buenos Aires, 1948, y reseñada por mí en *Boletín del Instituto de Derecho Comparado Mexicano*, cit., septiembre-diciembre de 1948, pp. 193-94.

³² Según afirmaba cierto personaje, de profesión albañil, en una de las piezas teatrales de más éxito de Carlos Arniches (1866-1943), la titulada *Para ti es el mundo*, estrenada en Madrid en 1929.

siglos, el régimen de trabajo penitenciario se presta a enormes abusos.³³

Y ahora, sí, para terminar este prólogo que se ha prolongado demasiado (aunque la culpa no sea sólo mía, sino igualmente de Sergio García Ramírez al escribir un libro tan lleno de interés y tan apasionante), unas líneas acerca de la *atención médica* conectada con la ejecución penal. En tiempos como los que nos ha tocado vivir, fuertemente mercantilizados, saturados de las más contradictorias inquietudes sociales y políticas, una de las profesiones en que los altibajos éticos son más acentuados es la de quienes ejercen la medicina. Junto a médicos de una abnegación y un desinterés ejemplares, y he tenido la fortuna de conocer muchos de esa categoría, que son verdaderos santos laicos, hay, por desgracia, muchos también carentes en absoluto de sentido moral, dedicados a la práctica de abortos criminales, al tráfico de estupefacientes, a quebrantar el secreto profesional, con fines de lucro y hasta chantajistas respecto del cliente, etc. En la esfera penal, la conducta de innumerables médicos adscritos a los campos de concentración nazis; la de los soviéticos sacados a la vergüenza pública por Solyetnitsin en *Archipiélago Gulag*; la de quienes, por miedo, en múltiples países, encubren las más bestiales torturas policiacas o, sin llegar a tanto, la de aquellos que por efecto de la burocratización reducen su ministerio a visitas o exámenes rutinarios, sin prestar a la individualización del tratamiento de penados y sujetos peligrosos la indispensable atención para el pleno éxito del mismo, merecen las más acres censuras y correlativamente requieren la consagración de dispositivos que eviten semejantes entuertos y que, de perpetrarse, los castiguen sin contemplaciones.

NICETO ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO

México, D. F., 30 de septiembre de 1974

³³ Ya en mi reseña de la tesis de licenciatura de García Ramírez (*supra*, nota 2) destacué cómo la reforma, llamémosle penitenciaria-laboral, llevada a cabo en el siglo pasado por el coronel Montesinos en Valencia, no quedó a cubierto de sombras: cf. *Boletín del Instituto de Derecho Comparado Mexicano*, cit., 1963, pp. 671-74. Y en fecha más reciente, el tan cacareado, por el franquismo, régimen de redención de penas por el trabajo (véanse, entre otros, el decreto de 28-V-1937, la orden de 7-X-1938 y, especialmente, el texto refundido de 14-XII-1942), ha dado lugar a irritantes desigualdades en su aplicación, lo mismo que el similar implantado en Cuba por Castro Ruz (una vez más, los extremos se tocan...).