

Debido proceso y ejecución penal. Reforma constitucional de 2008

Miguel Sarre*

SUMARIO: I. *Antecedentes*. II. *Extensión del concepto de reinserción social*. III. *Estándares constitucionales en el cumplimiento de las sanciones penales*. IV. *Debido proceso sustantivo respecto a las personas penalmente sancionadas*. V. *Debido proceso instrumental respecto a las personas penalmente sancionadas*. VI. *Corolario*.

I. Antecedentes

El Derecho constitucional mexicano respecto de los fines de la pena muestra una evolución representada por tres conceptos:

1. Regeneración, concepto utilizado por el Constituyente de 1917.
2. Readaptación social, noción institucionalizada en la reforma constitucional de 1964-65.
3. Reinserción social o reintegración social, términos adoptados como sinónimos en la reforma constitucional al sistema de justicia penal de 2008.

Los cambios registrados en el uso del lenguaje denotan un *deslave* de su carga extrajurídica: se ha avanzado mucho desde que, en los debates del Constituyente de 1917, el diputado José María Truchuelo sostenía que “el moderno castigo de un individuo no consiste precisamente en extorsionarlo, sino simplemente en privarlo de su libertad para que se regenere y se eduque”.¹ Se presuponía entonces que el delito convertía al infractor en una persona *degenerada*, o evidenciaba que ya lo era.

* Profesor-investigador del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Integrante, por parte del sector académico, del Consejo de Coordinación para la Implementación de la Reforma al Sistema de Justicia Penal y miembro del Subcomité para la Prevención de la Tortura de la ONU.

¹ *Los derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, t. III, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003, p. 735.

En su momento, la idea de la readaptación significó un avance considerable, ya que el sentenciado dejó de ser un degenerado; no obstante, pasó a ser considerado un desadaptado. Esta evolución implicó el cambio del sujeto responsable concebido como moralmente atrofiado, a otro visto como mental o psicológicamente desviado. En ambos casos, el sujeto del Derecho penal se convierte en objeto de un tratamiento.

El paso constitucional reciente, en el que se considera a la persona responsable como desintegrada o meramente desinsertada de la sociedad constituye un rompimiento con las categorías morales y psicológicas previas. Se detiene el trasvase de las características del delito a su autor y se abre una oportunidad para poner al Derecho penitenciario en línea con el Derecho penal de acto, eliminando vestigios del Derecho penal de autor en nuestro sistema jurídico para considerar al infractor como sujeto tanto para el Derecho penal sustantivo como para el procesal y el penitenciario.

Al prescindir de la carga extrajurídica, el concepto de reinserción social se armoniza con el principio de presunción de normalidad del infractor en el sentido de que las normas penales están dirigidas a personas cuerdas, intimidables con las normas penales, es decir, imputables. Como lo sostiene Alessandro Baratta, “hay infracciones realizadas por individuos normales e infracciones realizadas por individuos con ‘anomalías’; existen, igualmente, anomalías precedentes y subsiguientes a la infracción”.²

Es obvio que semejantes “anomalías” no deben ser de tal magnitud que coloquen al sujeto en el terreno de la inimputabilidad, sino que se trata aquellos pequeños y grandes defectos que todos tenemos. El Derecho penal, en todas sus expresiones, no está dirigido a una categoría específica de individuos, sino a todos nosotros; al pecador estándar.³

Para aproximarse al significado normativo del concepto de reintegración social adoptado en 2008, resulta útil partir de la distinción entre los principios y las reglas que hace Gustavo Zagrebelsky:

Los principios generan actitudes favorables o contrarias de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de “supuestos de hecho”, a los principios, a diferencia de lo que sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles “reaccionar” ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en casos concretos se puede entender su alcance.⁴

² Alessandro Baratta. “¿Resocialización o control social?”, en AA.VV. *El sistema penitenciario: entre el temor y la esperanza*, Cárdenas Editor, México, 1991, p. 79.

³ Expresión de Efraín González Morfín.

⁴ Gustavo Zagrebelsky. *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995. p. 110.

Si la reinserción social se concibe como principio permite evitar la interpretación literal de la reinserción social como regla, según la cual significaría “regresar a la sociedad”. Semejante lectura partiría de la idea simbólica de que las y los reclusos están “fuera de la sociedad”, como si se ubicaran en un universo paralelo y que cuando tienen contacto telefónico o directo con una persona en libertad, lo hacen “desde fuera de la sociedad”, mientras que su contraparte está “en la sociedad” (lo que es más difícil de explicar mientras más íntimo es el contacto).

Pareciera absurdo que el fin de la pena fuese que la persona “saliera de la sociedad” simplemente para que regresara a la misma, si no se entendiese que la persona “vuelve” de alguna forma transformada; pero si aceptamos que la infracción penal no supone la desviación moral o mental surge una serie de interrogantes: ¿en que consistiría el tratamiento correspondiente?, ¿qué pasaría con los sentenciados a trabajo en favor de la comunidad y otras penas no privativas de la libertad en las que no se hace referencia alguna al tratamiento?, ¿habría una lista de delitos que suponen un sujeto activo desviado y otros que sólo se cometen como error que no ameritan un tratamiento? En el caso del homicidio doloso, ¿algunas personas lo cometen sin dejar de ser gente de bien, mientras que la otras ya no lo eran aun antes de consumarlo?

La lista de interrogantes se podría prolongar y, en un ejercicio *ad absurdum*, podría sugerirse que, como parte de las tareas de prevención del delito, se instrumentase un programa similar a las campañas de vacunación para aplicar un *test* que detecte tendencias delictivas en la población nacional y en los visitantes extranjeros para aplicar el tratamiento correspondiente antes del paso al acto. Aquí resulta pertinente recurrir de nuevo al pensamiento de Alessandro Baratta: “La reintegración social del condenado no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esa finalidad”.⁵ En el mismo sentido, en el dictamen de la Cámara de Diputados en la materia se sostiene que “una institución cuya característica principal es la exclusión no puede incluir o readaptar a nadie a la sociedad”.⁶

Si queremos hacer una interpretación más acorde con los principios, la reinserción social ha de ser despojada de su pretensión curativa para asumirla sencillamente como un conjunto de derechos y de criterios de justicia penitenciaria, cuyo contenido se definirá en la manera como se instrumenta cada tipo de sanción penal. Tratándose de la pena de prisión, la reinserción social se desplaza así del sujeto infractor a las condiciones de cumplimiento de una sanción específica; el tratamiento pierde su sentido de medio terapéutico de control social,

⁵ Alessandro Baratta, *op. cit.*, p. 74.

⁶ Dictamen de la Cámara de Diputados con proyecto de decreto que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Constitución Política en materia de justicia penal, 12 de diciembre de 2007, p. 30. Consultada en <http://www.setec.gob.mx/docs/dict1212.pdf> el 16 de septiembre de 2010.

propio del modelo que concibe al infractor como un enfermo disfuncional, para convertirse en servicio, cuando la naturaleza de la pena lo requiere, como sucede con los servicios de protección a la salud hacia los internos que padezcan enfermedades físicas o mentales.

El reto es pasar del tratamiento correctivo al tratamiento o trato digno con el derecho a estancias decorosas, respeto a la integridad personal, servicios educativos, oportunidades de empleo, acceso a atención médica y posibilidad de actividades culturales y deportivas, entre otros servicios. Así tiene sentido que este trato sólo se brinde a los reclusos, pues si se le concibe como tratamiento correctivo, sería motivo de preocupación que se tuviere por cumplida una pena sin que el infractor se haya sometido al mismo, como ocurre con quienes cumplen penas distintas a la de prisión.⁷

Cuando estamos frente a una pena no privativa de la libertad, la reinserción social obviamente no implica los servicios propios del régimen en reclusión, sino el cumplimiento de la pena con apego a Derecho. Una interpretación de la reinserción social como regla y no como principio conduciría a considerar inconstitucionales las penas sustitutivas a la de prisión, puesto que no se estarían utilizando los medios que señala la Constitución (educación, trabajo y los demás) para “lograr la reinserción social del sentenciado y procurar que no vuelva a delinquir”.

Desde la postura adoptada, la reinserción social es la satisfacción de estándares constitucionales en el cumplimiento de las sanciones penales.

En el concepto propuesto se desplaza el objetivo de la transformación del individuo hacia el marco jurídico en el que deben actuar tanto quienes aplican una pena como quienes la cumplen. Ello tiene importantes implicaciones para el control de legalidad que asumirán los jueces de ejecución de la pena. Considerando que es propio de los principios “conciliarse recíprocamente”,⁸ la reinserción social para cada sanción penal que se imponga —desde la multa hasta la prisión por varias décadas— deberá estar en armonía con los principios constitucionales aplicables.

⁷ El artículo 7 de la vigente *Ley que Establece las Normas Mínimas para la Readaptación Social de Sentenciados* dispone:

“El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos, de periodos de estudio y diagnóstico y de tratamiento, dividido este último en fases de tratamiento en clasificación y de tratamiento preliberacional. El tratamiento se fundará en los resultados de los estudios de personalidad que se practiquen al reo, los que deberán ser actualizados periódicamente.

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

Se antoja la confrontación entre el segundo párrafo de este artículo y lo registrado en *Los Anormales*, de Michel Foucault, respecto a este tipo de estudios. Él señala que los mismos pretenden “mostrar cómo el individuo se parecía ya a su crimen antes de haberlo cometido” (p. 32).

⁸ *Gustavo Zagrebelsky, op. cit.*, p. 125.

Debe advertirse que el nuevo lenguaje constitucional mexicano ha rebasado al usado por diversos instrumentos internacionales en la materia. Entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos,⁹ en cuyo artículo 5, numeral 6, se dispone: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y readaptación social de los condenados”. En el mismo sentido, el artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰ dispone: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la *reforma* y la *readaptación* social de los penados”. Por su parte, la Regla 59 de las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos,¹¹ admite que para cumplir con el *tratamiento* son admisibles “todos los medios curativos, educativos, morales, espirituales y de otra naturaleza”. (Énfasis agregado).

El pensamiento de Luigi Ferrajoli nos permite entender la inspiración correccional de los instrumentos internacionales (y de numerosos textos constitucionales en el mundo) por “[la convergencia de] las tres corrientes políticas y culturales que han contribuido a la formación del texto constitucional [italiano] y a la subsiguiente reforma penitenciaria: la católica, portadora de la concepción de la pena como enmienda del reo; la liberal-conservadora, autora de la función terapéutica e integracionista de la pena; la comunista, en sus vertientes leninistas y gramscianas, inspirada en proyectos penales de tipo pedagógico y resocializante”.¹²

Las Naciones Unidas, como proyecto humano al fin y al cabo, no fueron ni son ajenas a las corrientes políticas y culturales a las que alude Ferrajoli y asumieron el pensamiento correccionalista. Sin embargo, ello no invalida lo aquí sostenido por dos razones:

En primer lugar, porque los preceptos generados en el sistema de Naciones Unidas (o en el Sistema Interamericano) han de ser interpretados de manera acorde con el resto de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), lo que implica respetar límites como la dignidad de la persona, que está en el corazón de todos los derechos humanos o las garantías de debido proceso adoptadas tanto por la propia Convención Americana y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En este sentido son aplicables las cláusulas de salvedad o armonización contenidas en los instrumentos convencionales referidos, así como en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la que se dispone: “Artículo 30. Nada en la presente declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

⁹ Adoptada en 1969 y en vigor desde 1978.

¹⁰ Adoptado en 1966 y en vigor desde 1976.

¹¹ Adoptadas en 1955. No se considera una fecha de entrada en vigor por tratarse de un documento declarativo o de *soft law*.

¹² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid, 1995, p. 720.

En segundo lugar, porque ante cualquier contradicción entre el DIDH y el derecho de origen nacional, habría que aplicar el principio *pro homine* y atenerse a la norma que mejor proteja a la persona de manera que, por ejemplo, un tratamiento psicológico sin el libre consentimiento del recluso, o la negativa a la reducción parcial de la pena a partir del resultado de sus estudios de personalidad,¹³ no podrían considerarse como medidas benéficas para el interno. En este sentido, la propia Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su visita *in loco* a México, consideró que los estudios de personalidad aplicados en el sistema penitenciario de nuestro país contravienen disposiciones de la Convención Americana:¹⁴

270. [El derecho a la libertad personal]. El artículo 18 de la Carta Magna establece que “los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación, como medios para la readaptación social de los delincuentes”.

271. Al decir “sistema penal” y “readaptación social de los delincuentes”, la Constitución, conforme a los estándares universales, se está refiriendo a las cárceles de ejecución de penas y a las personas que ya han sido sentenciadas condenatoriamente, y a las cuales se les llama “delincuentes”. Las otras personas reclusas pero no sentenciadas se llaman “procesados, presuntos responsables o imputados”, a quienes no se está refiriendo el artículo 18 en mención.

272. No puede, por tanto, aplicarse el “estudio de personalidad” tendiente a justificar seudocientíficamente la peligrosidad social de un procesado, para sacarlo del grupo social de los “buenos”, aplicarle la etiqueta y entregarlo desnudo al juez, para que tenga más elementos de condena y para justificar aun más la decisión judicial. Ello resulta contrario a los derechos humanos, y en particular a los principios de legalidad penal, presunción de inocencia y garantías judiciales.

¹³ En este sentido, *la Ley de Ejecución de Sanciones Penales para el Distrito Federal* replica una disposición federal, como lo hacen todas las entidades federativas, en los siguientes términos:

Artículo 50. Por cada dos días de trabajo se hará remisión de uno de prisión, siempre que el recluso observe buena conducta, participe regularmente en las actividades educativas que se organicen en el establecimiento y *revele por otros datos efectiva readaptación social*. Esta última será, en todo caso, el factor determinante para la concesión o negativa de la remisión parcial de la pena, *que no podrá fundarse exclusivamente en los días de trabajo, en la participación en actividades educativas y en el buen comportamiento del sentenciado*. [Énfasis agregado.]

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Informe sobre la situación de derechos humanos en México*, 1998. Consultada en <http://www.cidh.org/countryrep/mexico98sp/indice.htm> el 16 de septiembre de 2010.

273. Es así como la Ley de “Normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de mayo de 1971, establece que el tratamiento basado en el estudio de la personalidad podía agravar la incriminación, procurándose iniciar el mismo desde que la persona quede sujeta a proceso, en cuyo caso se turnará copia de dicho estudio a la autoridad jurisdiccional de la que el procesado dependa.

274. En esta norma que viola el principio de la presunción de inocencia, por cuanto aún no se ha comprobado la responsabilidad del indiciado, no se tuvo en cuenta la técnica jurídica, pues la ley se llama de “Readaptación Social de sentenciados” y, sin embargo, se aplica también a los procesados.

715. [Conclusiones y recomendaciones finales. El derecho a la libertad personal]. Que [el Estado mexicano] elimine el sistema de estudios tendientes a determinar el índice de peligrosidad de un individuo y los llamados “estudios de personalidad”, por ser contrarios a la Convención Americana.

A continuación analizaremos el concepto de reinserción social a la luz de algunas de las normas constitucionales aplicables en materia de ejecución de sanciones penales.

II. Extensión del concepto de reinserción social

1. La reinserción social ha de ser compatible con la comisión de cualquier tipo de delito: los culposos y los dolosos; los de dolo directo y los de dolo eventual; aquellos en los que medió culpa con representación y en los que sólo hubo culpa sin representación; los de resultado material y los llamados delitos formales; los que se persiguen de oficio y los que se persiguen por querrela de parte; los considerados como graves y los que no lo son; los instantáneos, los continuados y los continuos; los previstos en los códigos penales y los determinados por toda clase de leyes secundarias; los que protegen la vida y la integridad personal y los que protegen cualquier otro bien jurídico; los cometidos por acción y los cometidos por acción por omisión, así como los de mera omisión; los cometidos bajo las distintas formas de autoría y participación.

2. La reinserción social se debe poder predicar respecto a todo tipo de sanciones penales; es decir, desde la reclusión hasta aquellas que afectan bienes jurídicos distintos a la libertad personal y que imponen obligaciones de dar, hacer o no hacer.

Cuando se adoptaron los conceptos constitucionales de regeneración y de readaptación social, así como cuando se adoptaron los instrumentos internacionales en la materia antes señalados, la prisión era la reina de las penas y si bien había

otras penas no privativas de la libertad, como la prohibición de ir a un lugar determinado, éstas eran generalmente accesorias, y no se había producido un desarrollo de las penas autónomas distintas a la prisión, como la del trabajo en favor de la comunidad. De ahí que los fines de la pena en general se asocien con la pena de prisión, siendo que deben ser validados respecto a cualquier tipo de pena, tanto la principal como las accesorias, incluyendo la reparación del daño, así como las impuestas de manera directa o en forma de sustitutivos penales.

En el mismo sentido, cuando se trata de la pena de prisión, la reinserción social debe tener una explicación razonable, tanto para las que tienen una duración de pocos meses como para las que se prolongan por varias décadas, incluyendo a aquellas que, tras su acumulación, se traducen en *cadena perpetua*.

3. La reinserción social debe igualmente ser aplicable a todo tipo de autores, incluyendo, por ejemplo, a aquellos que cuentan con estudios de posgrado, empresarios acaudalados, artistas y deportistas profesionales, por señalar algunas categorías que saldrían del estereotipo subyacente en una interpretación restrictiva del artículo 18 constitucional, al referirse a las condiciones de desvalimiento social que parecieran caracterizar a todos los que delinquen.

III. Estándares constitucionales en el cumplimiento de las sanciones penales

Para analizar el contenido de la sanción penal es útil tener en cuenta la siguiente distinción:¹⁵

1. ¿Por qué y cuándo castigar? En este sentido, Luigi Ferrajoli señala que los fines del Derecho penal son los de proteger a la sociedad del delito y de las penas informales, como la venganza privada; es decir, se refiere a la filosofía de justificación de las sanciones penales.
2. ¿Cómo juzgar? La respuesta a esta pregunta tiene que ver con las condiciones de debido proceso para imponer una pena; es decir, se trata de los principios constitucionales del proceso penal y las normas procesales que de ellos derivan y que serán aplicadas por los jueces de conocimiento.
3. ¿Cómo castigar? Esta pregunta comprende, por un lado, la elección por parte del legislador de las penas previstas para cada delito y su medida y, por el otro, las normas que regulan la aplicación fáctica de las penas que se impongan; es decir, al *debido proceso* en la ejecución penal.

¹⁵ Véase Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, cap. 7.

La reinserción social es precisamente un modo de castigar que tiene como contenido el *debido proceso penitenciario*, en relación con la pena de prisión o de cualquier otra. Este debido proceso comprende dos aspectos:

A. Sustantivo o material, es decir, que se refiere al contenido mismo de los derechos que implica la imposición de una pena, ya sea que éstos se conserven, se restrinjan, se suspendan, se pierdan o se adquieran.

B. Instrumental, que comprende el conjunto de procedimientos y condiciones impuestas a la autoridad para preservar, otorgar o afectar los derechos sustantivos, según corresponda en cada caso.

IV. Debido proceso sustantivo respecto a las personas penalmente sancionadas

La ejecución penal implica derechos para los internos de distinto tipo. Estos derechos son en particular relevantes en la ejecución de la pena privativa de la libertad o la imposición de la prisión preventiva, aunque algunos de ellos, como el de legalidad, son aplicables a todo tipo de sanciones penales. Estos derechos se clasifican en: a) derechos que se conservan. Entre éstos pueden identificarse algunos que se toman particularmente vulnerables, como el derecho a la integridad personal; b) derechos que se pierden o suspenden con motivo de la pena o del proceso en reclusión; c) derechos que se restringen durante la ejecución de la pena o la reclusión durante el proceso, y d) derechos que se adquieren con la imposición de la sanción penal o de la reclusión durante el proceso.

Si bien la adscripción de los distintos derechos de las personas penalmente sancionadas de acuerdo con las categorías propuestas no es excluyente, puesto que un mismo derecho, como el derecho a la libertad de expresión, puede verse restringido en ciertos aspectos (como para utilizar altavoces) y en otros se conserva íntegro (como para enviar una carta abierta a un diario), consideramos que es útil agruparlos bajo cada uno de los cuatro rubros propuestos.

Del mismo modo estimamos conveniente agrupar los derechos al debido proceso sustantivo e instrumental por separado, conscientes de que en ocasiones un mismo derecho se puede ubicar bajo ambos aspectos, como ocurre con la publicidad en la ejecución de la pena de prisión, que comprende tanto el acceso de la sociedad civil a la prisión como la publicidad de las audiencias en los procesos penitenciarios, cual sería el caso de la que tuviere por objeto la revisión de la necesidad y proporcionalidad del traslado de un recluso.

Dado que estamos analizando aspectos del sistema penitenciario bajo la perspectiva de un régimen constitucional de garantías, adoptamos una perspectiva desde los derechos. Ello desde luego no implica desconocer que las personas internas y las penalmente sancionadas tienen deberes y responsabilidades cuyo cumplimiento es indispensable para garantizar los derechos de los otros, además de la obligación básica de cumplir con su sanción.

En el siguiente listado no pretendemos hacer una enumeración exhaustiva de los derechos. Se trata, por el contrario, de una propuesta de organización de los mismos presentada a la manera de un modelo a armar, que podrá ser integrado por los profesionales del sistema penitenciario, defensores, jueces, visitantes de las comisiones públicas de derechos humanos, integrantes de organismos no gubernamentales, académicos, internas e internos, así como por estudiantes y las demás personas interesadas en contar con un régimen constitucional en la ejecución de la pena para sustraer al sistema penitenciario y, en particular a las prisiones, de los *poderes salvajes*.¹⁶

1. *Derechos que se conservan con la reclusión o la imposición de la prisión preventiva*

A. Dignidad de la persona. En abstracto, es una verdad de Perogrullo que la persona interna no pierde su dignidad, pero veamos los alcances de este derecho a la luz de la interpretación de la Suprema Corte:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona *a ser individualmente como quiere ser*, sin coacción *ni controles injustificados*, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente. (Énfasis agregado).¹⁷

¹⁶ Expresión tomada de Luigi Ferrajoli.

¹⁷ Novena Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7, registro: 165,822.

¿Hasta dónde se puede limitar el libre desarrollo de la personalidad en prisión? La respuesta parece evidente: hasta dónde sea necesario para cumplirse con la pena o medida impuesta. Sin embargo, el sistema penitenciario suele ir mucho más lejos, como se aprecia en la intervención realizada por un psicólogo de un centro de reclusión, según el mismo profesional lo refiere en su bitácora de “Asistencia psicológica en ‘conductas especiales”:

Se encuentra al interno irritable, no presenta malestares físicos. Duerme y tiene apetito normal. Continúa con sus actitudes demandantes y devaluantes de las figuras de autoridad. Ante el hecho de que se encontraba presente un oficial en el momento de asistirlo psicológicamente, el interno reprimió sus demandas [y] mostró una actitud que no le caracteriza.

Siete días después escribe:

El interno continúa en su misma postura de no aceptar a su psicólogo, se le hizo ver que si rechaza a su psicólogo está rechazando la atención psicológica en sí, como táctica se le mencionó que debe de firmar un documento que avale su decisión y aun esto no resultó, afirmó que él es un “reo” y como tal debe de obedecer todo lo que se le ordene, menos el de firmar un documento, que nadie lo puede obligar, al agregar esto se le mencionó que si no firmaba ese documento quería decir que seguía aceptando la asistencia y él contestó que asistirá a todos los lugares en que se le llame pero permanecerá inmutable.¹⁸

La actitud de la persona interna en este caso, marcó muy bien los límites: él obedecería las órdenes de la autoridad, pero seguiría mandando sobre su conciencia, puesto que ésta es intocable para el poder público. Su dignidad se afectaría al pretender corregir su personalidad e imponerle una forma de ser. El encerramiento no implica la pérdida del derecho a ser tratado como sujeto y no como objeto, aun cuando fuere con las mejores intenciones. De la misma forma la dignidad humana se violenta al aplicarle a las personas internas calificativos propios del derecho penal de autor, como los de “sujeto peligroso”, cuando lo único que se puede decir es “sujeto responsable”.

B. Igualdad y no discriminación, tanto en sentido material como jurídico. Las y los internos deben recibir el mismo trato ante los mismos supuestos de hecho, por lo que se contraviene este principio al otorgar reductivos de la pena (beneficios de ley¹⁹) a algunos internos con base en consideraciones sobre su

¹⁸ Expediente del interno N.N. en el Cefereso de La Palma, Estado de México.

¹⁹ El término tiene un sentido de dádiva discrecional que no corresponde al lenguaje de derechos y obligaciones propio del nuevo sistema.

personalidad y negárselo a otros que han observado el mismo comportamiento. Las áreas de privilegios dentro de las prisiones constituyen una negación del Estado de derecho y una afrenta para el resto de los internos que no gozan de las mismas.

La igualdad implica garantizar en todo momento el respeto a las necesidades específicas de la mujer interna de la mujer dentro del marco de la equidad de género y, de manera similar, en el caso de las personas con discapacidad o en situación de vulnerabilidad por razón de su salud o edad, avanzada, la igualdad implica la realización de las acciones positivas necesarias por parte de la autoridad para que no se agrave su situación con motivo del internamiento.

C. Legalidad. La autoridad debe someterse a la ley en la aplicación de sanciones a quienes se determina que han violado la ley o se encuentran sujetos a prisión preventiva o como pena. Como en el caso de otros principios, éste es aplicable a los distintos tipos de sanciones penales, pero es particularmente importante para la pena de prisión por la pérdida de legitimidad que implica constatar la violación sistemática a la legalidad en reclusión.

D. Ejecución plena. La incorporación de este principio al artículo 17 constitucional determina que las sentencias judiciales deben cumplirse cabalmente en todos los ámbitos y que, en la esfera de lo penal, las sanciones impuestas por la autoridad judicial han de acatarse en sus términos; esto es, sin privilegios para unos o aflicciones adicionales para otros.

Este mandato implica, entre otras cosas, que las condiciones de seguridad no deben traducirse en una agravación de la intensidad de las sanciones en prisión, puesto que rebasaría lo establecido en la sentencia como el título jurídico que justifica la imposición de toda pena.

E. Proporcionalidad. Si bien este principio está implícito en todo nuestro sistema constitucional, el artículo 22 de la Constitución Política establece, ahora expresamente para el ámbito penal, que “toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado”. Esto naturalmente es aplicable no sólo al momento de la individualización judicial de la pena, sino durante la ejecución de la misma y constituye un criterio orientador decisivo para el caso de los derechos distintos a la privación de la libertad que son restringidos al imponerse la pena, así como respecto a los derechos que son limitados durante la ejecución penal.

De la misma manera, únicamente listamos los siguientes derechos y libertades:

- F. Integridad personal y prohibición de actos de tratos o penas crueles.
- G. Autonomía de la conciencia.
- H. Seguridad personal.
- I. Seguridad jurídica.

- J. La privacidad de sus comunicaciones.
- K. La libertad contractual.
- L. La libertad sexual.
- M. La libertad de procrear.
- N. El derecho a un nombre propio.
- Ñ. El derecho a estar exento de ataques ilegales a la honra o reputación.

2. *Derechos que se pierden o suspenden con motivo de la imposición de la pena o de la reclusión durante el proceso*

En este grupo quedan comprendidos desde luego los derechos a los que directamente se refiere la resolución judicial, como puede ser la libertad personal en el caso de la pena de prisión o de la prisión preventiva, o cualquier otro derecho afectado por la sentencia, como la pérdida de la patria potestad, la pérdida de derechos hereditario o la suspensión para ejercer una actividad específica por un plazo determinado.

3. *Derechos que implícitamente se ven afectados en la sentencia o resolución que constituye el título jurídico de la reclusión o de la imposición de otras penas*

Hay derechos que, en particular en prisión, son necesariamente restringidos por la situación de sujeción especial que guarda el recluso respecto a la administración. Entre ellos están los típicos derechos civiles o de libertad, como:

- La libertad de reunión;
- La libertad de expresión;
- La libertad de asociación;
- La inviolabilidad del domicilio (intimidad domiciliaria, al considerar la celda como domicilio);
- El derecho a la legalidad, entendida como necesidad de un mandamiento escrito que funde y motive todo acto de molestia;
- El derecho a la información y a la transparencia;
- El interés superior del niño o niña (en relación con sus padres en reclusión);
- La prohibición de la trascendencia de las penas hacia terceras personas.

La cuestión en estos caso no es “de todo o nada”, sino de determinar la medida, el grado, la intensidad de la restricción en cada situación. Se trata de auténticos ejercicios de *juris-prudencia*.

En nuestra tradición jurídica estamos acostumbrados a considerar las conductas de las autoridades bajo el esquema binario de “legal” o “fundada” o “no fundada”. En el ámbito penitenciario, los jueces de ejecución se encontrarán con muchas situaciones en las que la restricción a un derecho encuentre sustento en la ley, pero la dificultad estará en determinar hasta qué grado. Veamos, por ejemplo, la situación resuelta por el Tribunal Constitucional español respecto a si la autoridad penitenciaria administrativa puede revisar las pertenencias que se encuentran en la celda de un interno en su ausencia. Aquí parece sensato que no se le exija contar con una orden judicial para llevar a cabo la revisión; es decir, nuestro derecho a que el cateo cuente con una orden judicial se ve restringido, pero, ¿hasta qué punto? ¿Está facultado un custodio para hurgar en las pertenencias del interno en ausencia del mismo?²⁰

Aquí aparece la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad en el sentido de que opere de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.²¹ En otras palabras, se trata de la optimización de los principios, mediante la prudencia en su ponderación.²² El principio de proporcionalidad se desdobra en tres subprincipios:

1. Idoneidad: la afectación es la adecuada para lograr una finalidad constitucionalmente admisible en el sistema penitenciario. En el ejemplo español propuesto cabría la pregunta: ¿es necesaria la revisión sorpresiva a la celda para saber si el recluso posee objetos prohibidos?
2. Necesidad: no existe la posibilidad de hacer una afectación menos lesiva para conseguir el mismo propósito. Aquí surgirían varias preguntas: ¿se pueden detectar los objetos buscados con un procedimiento menos intrusivo?, ¿se hubiera afectado la eficacia de la diligencia si en vez de hacerla en ausencia del interno se le llamase en el acto para proceder a la revisión?
3. Proporcionalidad en sentido estricto: la afectación al Derecho es recompensada por un bien mayor. ¿Vale la pena afectar el derecho a la intimidad para localizar objetos prohibidos?

²⁰ Véase el análisis del caso en el ensayo de Carmen Juanatey. “Sobre los límites al derecho a la intimidad en el ámbito penitenciario”, consultable en www.miguelsarre.com.

²¹ Carlos Bernal Pulido. *El derecho de los derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 134.

²² *Cfr.* Gustavo Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 125.

4. *Derechos que se adquieren con la imposición de la sanción penal o del proceso en reclusión*

Cuando la sanción es privativa de la libertad, la persona sancionada adquiere derechos que corresponden a actividades prestacionales por parte del Estado cuyo contenido es muy similar al de los derechos sociales, con la diferencia que fuera de los reclusorios esos derechos son progresivos mientras que en reclusión los mismos se vuelven exigibles, como en el caso de los derechos civiles, que no están sujetos a las disponibilidades del Estado (como el derecho a no ser arbitrariamente detenido). Ello es así porque de lo contrario la pena de prisión se vería agravada al privarse a los internos de satisfactores básicos para preservar su dignidad, como se comprenderá de manera más clara al referirnos enseguida a los derechos implícitos.

Estos derechos comprenden los explícitamente establecidos en el artículo 18 constitucional y a los que nos hemos referido: educación, trabajo, capacitación para el trabajo, protección a la salud y deporte, pero también incluyen otros derechos implícitos, como a la alimentación y el agua potable, y a una estancia digna. En efecto, no tendría sentido reconocer el derecho a oportunidades laborales en reclusión, si el interno no estuviese bien alimentado.

En este sentido, desde la promulgación de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, se han venido estableciendo un consenso en la comunidad internacional respecto a la obligación de los Estados de proporcionar los satisfactores básicos ya apuntados, y otros tales como artículos de limpieza personal, ropa de cama, biblioteca, lugares de depósito para sus objetos personales, entre otros.

V. Debido proceso instrumental respecto a las personas penalmente sancionadas

1. Presunción de inocencia. Una vez incorporado de manera explícita en el artículo 20 constitucional, este principio se proyecta sobre el régimen de ejecución penal. Obviamente nos referimos a la presunción de la inocencia que no ha sido derrotada mediante un proceso penal.

Cuando el artículo 18 de la Constitución establece los medios para que el sentenciado “no vuelva a delinquir”, no se puede asumir que lo hará y, por tanto, los servicios deberán prestársele bajo el supuesto de que no se presume que vaya a cometer nuevos delitos, como quien padeciere una tendencia delictiva que haya que revertir o inocular.

Si bien un efecto indirecto deseable de una experiencia de dignidad durante la reclusión, garantizada por el Estado en el marco de la ley, es que la persona que delinquirió no vuelva a hacerlo, semejante transformación no puede ser admitida como premisa para el trato que se preste a los internos.

Desvanecer el principio de presunción de inocencia respecto a delitos futuros e inciertos por la existencia de un antecedente penal, es además violatorio de la prohibición de las marcas prevista en el artículo 22 constitucional, ya por el hecho de que la persona cometió un delito con anterioridad se le etiqueta como presunta culpable de un nuevo delito que puede no haber imaginado siquiera. Igualmente contradice al principio *non bis in idem* (artículo 23 constitucional), puesto que se estaría sancionando a la persona con la pena impuesta por el delito cometido y, además, imponiéndole una sanción moral al considerarlo presunto culpable de un delito incierto.

Se afecta asimismo el derecho a la integridad del recluso al forzarle a recibir tratamientos sin su consentimiento informado, lo que puede ser tan tóxico como administrar un fármaco a quien no lo necesita.

Por último, se contradice al principio *non bis in idem* (art. 23 constitucional), puesto que se estaría sancionando a la persona con la pena impuesta por el delito cometido y, además, considerarla como presunta culpable de un delito no cometido, en demérito de su honra.

Desde luego que el derecho a la presunción de inocencia se aplica también ante cualquier falta administrativa que se atribuya al recluso o respecto a la infracción a obligaciones que le hubiesen sido impuestas como pena no privativa de la libertad.

2. Derecho de petición. Este derecho y su expresión procesal, el derecho de acción, son particularmente significativos durante la reclusión, por lo que deberán ser garantizados de modo pleno ya que contribuyen a hacer efectivos distintos derechos, en especial el derecho de acceso a la jurisdicción penitenciaria.

3. Derechos de audiencia y de defensa. Al extenderse el debido proceso a la ejecución penal se surten ambos derechos como condiciones de todo debido proceso. En cuanto a la defensa, ésta debe entenderse no sólo como la garantía procesal respectiva sino también en su dimensión orgánica; es decir, que la defensa pública debe extender sus servicios tanto durante el proceso penal como en la ejecución de la pena.

4. Igualdad procesal, derecho a ofrecer y desahogar medios de prueba, así como a recurrir las determinaciones que le afecten y, en general, a lo que conocemos como formalidades esenciales del procedimiento.

5. Acceso a la jurisdicción. Éste es un presupuesto para cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, a la que nos hemos referido que es con-

veniente tratar por separado en atención a la modificación al artículo 21 constitucional por la que se establece la jurisdicción penitenciaria.

En efecto, la modificación de las penas en su naturaleza y duración es propia de la autoridad judicial, lo que exige que los jueces especializados en la materia diriman las controversias que se susciten entre los internos y las autoridades penitenciarias, tanto respecto de la situación jurídica del interno como de las condiciones de vida digna en reclusión.

De acuerdo con el dictamen de la Cámara de Diputados respecto a la reforma constitucional de 2008, con la introducción de la jurisdicción penitenciaria el Estado mexicano se propone “limitar la facultad del Ejecutivo únicamente a la administración de las prisiones y otorgar la facultad de ejecutar lo juzgado al Poder Judicial [...] en aras de que la totalidad de las facetas que componen el procedimiento penal queden bajo el control jurisdiccional”.²³

Las autoridades penitenciarias son auxiliares de las jurisdiccionales, por lo que los jueces de ejecución de ninguna manera pueden ser vistos como extraños en el ámbito de ejecución penal, sino como la última autoridad en la ejecución penal, responsables de cumplir y hacer cumplir la ley en este último tramo del sistema de justicia penal. La reforma referida responsabiliza a los tribunales respecto a la ejecución penal, por lo cual los jueces en la materia deben contar con todas las herramientas legales necesarias —incluyendo las medidas cautelares y medios de apremio— para responder al reclamo de internos en el sentido de que la pena que se les impuso de manera legal no corresponde a la que efectivamente se ven obligados a cumplir.

El control jurisdiccional en la ejecución material de la pena implica también garantizar el cumplimiento de las determinaciones jurisdiccionales en lo que respecta a las condiciones materiales, aun en los casos en que ello implique erogaciones presupuestales. El sistema penitenciario es parte del sistema de justicia penal, por lo que el gobierno federal y los del Distrito Federal y los estados están obligados a su sostenimiento y garantía de condiciones decorosas como parte de su responsabilidad de impartir justicia.

La jurisdiccionalidad en cuanto a la situación jurídica del interno comprende no sólo que el juez de ejecución diga la última palabra respecto a la liberación del interno y de cuestiones como los traslados a otros centros o la ubicación en su interior, sino que los elementos para decidir en cada caso puedan ser verificados, refutados o impugnados ante su autoridad, de acuerdo con reglas del debido proceso y no simplemente incorporados al proceso, pues de ser así, los jueces de ejecución se convertirán en amanuenses de las autoridades administrativas.

²³ Dictamen referido de la Cámara de Diputados, *op.cit.* p. 30.

Debe agregarse que la jurisdiccionalidad es una condición necesaria pero no suficiente para garantizar el debido proceso sustantivo e instrumental en la ejecución penal. Considérese el siguiente fragmento de una sentencia de la Quinta Sala de la Corte Suprema de Chile: “8. Que uno de los elementos importantes de la pena o reacción social, además del castigo mismo del culpable y de la prevención de nuevos delitos, es la corrección del delincuente entendida como la reforma o regeneración íntima de la voluntad perversa de éste, de forma que su conducta futura corresponda a una verdadera rectitud interna”.²⁴

6. *Non bis in idem*. La trascendencia de este principio va mucho más allá de no ser juzgado dos veces por un mismo delito, ya que implica la prohibición de tener en cuenta lo que ya fue considerado para afectar la situación jurídica de una persona. En este sentido, salvo que haya razones de seguridad idóneas, necesarias y proporcionadas, los derechos de los sentenciados no pueden verse afectados en razón del delito que se les imputa o se les haya acreditado. La ejecución de sanciones privativas de la libertad se sujeta a la sentencia correspondiente expresada en la duración de la misma y ha de acatarse sin considerar datos diversos, como la naturaleza del delito ni otros hechos ya juzgados que impliquen una doble penalización de la conducta.

7. Publicidad. El efecto penitenciario del principio de publicidad procesal en materia penal, reforzado por virtud de la introducción del sistema oral acusatorio, es el escrutinio público en la ejecución penal. En efecto, no tendría sentido garantizar la transparencia en la impartición de justicia si la ejecución tiene lugar en un espacio inescrutable. Por supuesto que deben cuidarse aspectos de seguridad para realizar ese escrutinio, pero las medidas que al efecto se adopten no deben tener como consecuencia invalidar la posibilidad de observar el modo como se cumplen las penas por parte de personas de la comunidad.

VI. Corolario

La reforma al sistema de justicia penal en México no estará completa mientras el sistema penitenciario no se integre al sistema de justicia penal, y quede sujeto a reglas de debido proceso garantizadas por los jueces de ejecución de la pena. No tendría sentido realizar un enorme esfuerzo emprendido para contar con la garantía de juicios transparentes y justos si en la ejecución de las penas continúa imperando un derecho penal subterráneo o extrajudicial.

²⁴ Corte de Apelaciones. Santiago de Chile. Amparo 56.616-2002. NN vs. Agentes de la Gendarmería de Chile. 3 de octubre de 2002. Ministros Raimundo Díaz Gamboa y Lamberto Cisneros. Abogado integrante Benito Matriz Aymerich. La copia completa de la sentencia puede consultarse en www.miguelsarre.com