

UACM

Universidad Autónoma
de la Ciudad de México

Nada humano me es ajeno

COLEGIO DE HUMANIDADES Y CIENCIAS SOCIALES

LICENCIATURA EN DERECHO

Exacta aplicación de la ley en la ejecución de la pena preventiva de prisión

TRABAJO RECEPCIONAL
PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO
EN DERECHO

PRESENTA

LEONARDO SÁNCHEZ PÉREZ

Director del trabajo recepcional

Dra. Herlinda Enríquez Rubio Hernández

México, D.F. Abril de 2015.

SISTEMA BIBLIOTECARIO DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE LA CIUDAD DE MÉXICO COORDINACIÓN ACADÉMICA

RESTRICCIONES DE USO PARA LAS TESIS DIGITALES

DERECHOS RESERVADOS[©]

La presente obra y cada uno de sus elementos está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor; por la Ley de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México, así como lo dispuesto por el Estatuto General Orgánico de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México; del mismo modo por lo establecido en el Acuerdo por el cual se aprueba la Norma mediante la que se Modifican, Adicionan y Derogan Diversas Disposiciones del Estatuto Orgánico de la Universidad de la Ciudad de México, aprobado por el Consejo de Gobierno el 29 de enero de 2002, con el objeto de definir las atribuciones de las diferentes unidades que forman la estructura de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México como organismo público autónomo y lo establecido en el Reglamento de Titulación de la Universidad Autónoma de la Ciudad de México.

Por lo que el uso de su contenido, así como cada una de las partes que lo integran y que están bajo la tutela de la Ley Federal de Derecho de Autor, obliga a quien haga uso de la presente obra a considerar que solo lo realizará si es para fines educativos, académicos, de investigación o informativos y se compromete a citar esta fuente, así como a su autor ó autores. Por lo tanto, queda prohibida su reproducción total o parcial y cualquier uso diferente a los ya mencionados, los cuales serán reclamados por el titular de los derechos y sancionados conforme a la legislación aplicable.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1.- IMPLICACIONES JURÍDICAS Y DE FACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	
1.1.-Pena de prisión preventiva, definición.....	12
1.1.1.- Importancia, duración y efectos de la prisión preventiva.....	12
1.2.- Finalidad preventiva de la pena de prisión.....	20
1.2.1.-Prisión preventiva y presunción de inocencia.....	23
1.3.- Revisión de las teorías sobre la pena de prisión.....	37
1.3.1.- Teoría retributiva de la pena	37
1.3.2.- teorías de la prevención.....	38
1.3.2.1.- Teoría de la prevención especial positiva.....	39
1.3.2.2.-Teoría de la prevención especial negativa.....	39
1.3.2.3.-Teoría de la Prevención general negativa.....	40
1.3.2.4 Teoría de la prevención general positiva.....	40
1.3.3.-Teorías preventivas de la pena, inconvenientes y críticas.....	41
1.4.- Pena útil: pena justa.....	43
CAPÍTULO 2.- FORMAS DE COMPURGAR LAS PENAS DE PRISIÓN, PRESCRIPCIONES VIGENTES Y ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO SIMULTÁNEO DE PENAS DE PRISIÓN.	
2.1.-Antecedentes jurisprudenciales en relación a las formas de extinción de las penas privativas de libertad.....	47
2.2.-Precedentes legislativos sobre la forma de extinguir las penas de prisión.....	55
2.3.- Diversas formas de compurgar las penas de prisión	59
2.3.1.- Sucesividad o simultaneidad en el cumplimiento de las sanciones penales.....	61
2.4.- Análisis de resoluciones judiciales relativas al cumplimiento simultáneo de penas de prisión.....	64
2.4.1.- Diseño inicial del análisis de resoluciones judiciales sobre la simultaneidad de penas de prisión.....	65
2.4.2.-Indicadores para el análisis exegético de las resoluciones muestra	65
2.4.2.1.- Confusión entre los conceptos de sentencia y el de pena de prisión.....	66
2.4.2.2.- Pena de prisión preventiva o punitiva	69
2.4.2.3.- Delito inicial, se verifica o no, en un concurso	

de delitos.....	71
2.4.2.4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena.....	77
2.4.2.5.-Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad de la pena.....	81
2.4.2.6.-Proceso interpretativo de la norma cuestionada: Literal o sistemático.....	83
2.4.2.7.- Existen varias penas, al efectuarse un concurso de delitos o es una sola.....	86
2.4.2.8- Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados.....	90
2.4.2.9.- Alusión a tratados internacionales.....	91
2.4.2.10.- Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley a favor del justiciable.....	99
2.5.- Seguridad jurídica en la compurgación de la Prisión preventiva.....	102

CAPÍTULO 3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y SIMULTANEIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

3.1.- La posición de garante del Estado frente a las personas privadas de libertad.....	105
3.1.1.- Derechos humanos, garantías y derechos fundamentales.....	107
3.1.2.-Derechos humanos; Derechos subjetivos.	109
3.1.3.-Métodos generales de interpretación y principios interpretativos particulares de los derechos fundamentales.....	111
3.2.- Conflicto o delimitación de derechos fundamentales.....	116
3.2.1.- La protección de derechos fundamentales de las víctimas a través de la imposición de las penas de prisión.....	123
3.3.- Derechos fundamentales involucrados en la compurgación de las penas, considerados como principios.....	126
3.4.- El principio de proporcionalidad en la intervención de derechos fundamentales.....	127
3.5.- Los pasos de la ponderación, relacionado con el cumplimiento de las penas de prisión.....	130
3.6.- Garantías jurídicas en la compurgación de las penas de prisión.....	137
3.7.- Efectos jurídicos y fácticos de la extinción sucesiva de las sanciones penales.....	141
Conclusiones.....	144
Anexos.....	148
Bibliografía.....	159

INTRODUCCIÓN

Es indiscutible que con cualquier decisión judicial resultan vulnerados los intereses de por lo menos una persona, en este sentido la resolución jurídica, expresable en un enunciado normativo singular, no es consecuencia lógicamente, en muchos casos, de las formulaciones de las normas jurídicas que hay que presuponer como vigentes, relacionado con los enunciados empíricos que hay que reconocer como verdaderos o probados. Para esto existen, al menos, cuatro razones. 1) La vaguedad del lenguaje jurídico; 2) La posibilidad de conflictos de normas; 3) El hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe una norma vigente y; 4) la probabilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales.¹

De ahí, que la aplicación del derecho penal puede producir efectos diversos, ya que aun cuando pretende proteger bienes jurídicos vitales, de igual manera, puede llegar a lesionar otros derechos igual de fundamentales; paradoja que acompaña al cumplimiento de la pena de prisión preventiva, toda vez que la justificación de ésta, en última instancia, apela a la protección de derechos esenciales que de manera directa o indirecta pueden llegar a verse afectados por la comisión de un delito, pero al mismo tiempo, la “compurgación” injusta o desmedida de la prisión preventiva representa una vulneración de derechos esenciales.

De tal modo, se advierte que la compurgación de este tipo de prisión provisional o preventiva ha pretendido ser justificada a través de los años por diversas doctrinas normativas, que ya sea a través de la justicia o de la utilidad buscan legitimar el cumplimiento de este tipo de pena, sin embargo, en congruencia con el Constitucionalismo jurídico², en la compurgación de las penas sólo puede ser justificada la aplicación de los medios jurídicos que no lesionen los derechos fundamentales contenidos en la Constitución.

En consecuencia, el motivo para llevar a cabo la presente tesis es señalar las diversas implicaciones que representa la compurgación de la pena de prisión preventiva, ya que aun

¹ ALEXY Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997. p23

² “...El constitucionalismo Jurídico al sujetar la validez de las leyes a la sustancia y, por ello, a los contenidos más allá de la forma de las decisiones, y fundando dicha validez en principios constitucionales como criterios de justicia y no solo en reglas de procedimiento...ha introducido en el derecho una racionalidad sustancial...” Ferrajoli Luigi. *Epistemología jurídica y Garantismo*. Fontamara, México, 2004. p 259

cuando en los últimos años los cuerpos normativos del país han experimentado reformas que intentan dar certidumbre en relación con el cumplimiento de este tipo sanción, la realidad ha demostrado que aun con esas modificaciones a la ley, la compurgación de ese periodo de reclusión presenta una serie de efectos que implican la vulneración de derechos fundamentales.

En relación con los antecedentes normativos del presente objeto de investigación, éstos se remontan a la reforma de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal realizada en el año 2004. En este contexto, es de resaltarse que el texto propuesto en la iniciativa para reformar el artículo 25, párrafo segundo, del Código Penal Federal, en su parte final señalaba: “...*En este caso, las penas impuestas se compurgarán entonces en forma simultánea...*”³

Sin embargo, aun cuando el texto anterior parecía claro que las sanciones punitivas⁴ se extinguirían simultáneamente, con el tiempo se generó una interpretación diferente, la cual determinó que esta parte del precepto aludido, no estaba referida a la punitiva, sino tan solo a la prisión preventiva; como finalmente fue establecido por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia al emitir la jurisprudencia: “PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA”⁵ criterio que sentó las bases de cómo debía interpretarse la prescripción contenida en los numerales del Código Penal Federal relativos a la compurgación simultánea de penas privativas de libertad.

En el Distrito Federal, las normas sobre la simultaneidad de las penas de prisión fueron modificadas en junio del año 2012. Se observa que el proceso legislativo que originó la referida reforma, obedeció, principalmente, al igual que la reforma a los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, a aliviar el problema de sobrepoblación en los centros de reclusión del país y para

³ Iniciativa de reforma del artículo 25, párrafo segundo, del ordenamiento punitivo federal, fue presentada por la Cámara de Diputados, el once de noviembre de dos mil tres

⁴ La pena punitiva es la que se impone como castigo o corrección, mientras la pena preventiva es la que se sufre debido a la sujeción a un proceso penal. Así, aun cuando ambas penas implica una aflicción, la diferencia para este análisis, solo se refiere al momento en que estas penas se compurgan

⁵ tesis de jurisprudencia 1a. /J. 8/2007 Aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS: Primera Sala SCJN. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, septiembre de 2008. Pág. 192.

homologar la legislación local a la federal, en cuanto a la forma de compurgar las penas de prisión.

De tal modo, la hipótesis de este trabajo reside en que la compurgación simultánea de penas de prisión preventivas, comprendida tanto en los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal, así como en el diverso artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, son susceptibles de diversas interpretaciones, que provocan la vulneración de garantías, tal como la Exacta aplicación de la ley y de principios como el de Proporcionalidad, Mínima afectación o lesividad.

El objetivo de este análisis es evidenciar que las acciones en política criminal, llevadas a cabo por el Estado Mexicano, entre las cuales se encuentra la compurgación simultánea de las penas de prisión, aún cuando sólo sea de la prisión preventiva, se enfrenta en los hechos con diversas complicaciones al momento en que los órganos jurisdiccionales interpretan y aplican los artículos referentes a este modo de cumplimiento de las penas; lo que al final representa una afectación de derechos fundamentales.

Para alcanzar el objetivo de este trabajo, fue necesario consolidar de inicio un marco teórico que consistió en la exploración de las diversas teorías de la pena, así se analizó a las teorías absolutas de la pena de prisión, que han pretendido legitimar las sanciones penales consecutivas, sobre la base de la *justicia*, en las cuales se postula básicamente que el mal del delito, se retribuye con el mal de las penas sucesivas. De igual modo, se examinaron las teorías relativas que intentan legitimar las condenas de prisión, desde su *utilidad*, es decir, cumpliendo consecuencias externas al individuo y en apariencia beneficiosas para la sociedad.

Sin embargo, la presente tesis advierte que ninguna de las anteriores perspectivas llega a justificar adecuadamente la negativa para abonar las prisiones preventivas, a la sanción punitiva ya que soslayan el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una intervención en derechos fundamentales, como en este caso es la compurgación consecutiva de penas de prisión preventivas, sólo podrá considerarse válida y sobre todo legítima, siempre y cuando: 1) Persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) Constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) Sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma

finalidad; y por último 4) Exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con dicha intervención.⁶

Así, este trabajo previene que si lo que se pretende en un Estado social y democrático de derecho, en que la pena de prisión preventiva no se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de las personas, ciertamente su legitimación y fundamentación no pueden recaer en la teoría absoluta retribucionista, pero tampoco en la teoría preventiva. Por lo tanto, es necesario buscar alternativas que sean congruentes con el respeto de los derechos fundamentales de los individuos sentenciados, ya que si hay una utilidad, individual y social, de la pena de prisión, es la de garantizar que la sanción penal, no destruya al individuo y con ello al tejido social, además de que si existe un fin justificador del derecho penal y en consecuencia de la pena de prisión, este debe ser, no sólo, prevenir los ilegales delitos, sino también los arbitrarios castigos.⁷

Por lo tanto, con el fin de evidenciar las diversas interpretaciones que se realizan de los referidos artículos relacionados con la simultaneidad de penas de prisión; la tesis cuyos resultados aquí se presentan concentra su atención en la forma en que los órganos jurisdiccionales, tanto locales como federales, resolvieron los diversos recursos interpuestos por los justiciables, en el caso de haber recibido la imposición de varias penas de prisión, sobre la base de tomar una muestra representativa⁸ de los casos judiciales que evidenciaron variadas interpretaciones que implicaron la vulneración de diversos derechos fundamentales. En definitiva se trabajó sobre cincuenta resoluciones relativas a la compurgación simultánea de penas de prisión(ver Anexo 2).

De tal modo, al momento de formular el diseño inicial del análisis exegético de las resoluciones revisadas, los aspectos sobre los cuales se decidió poner atención en un primer momento fueron:

1. Tratamiento dispensado a los hechos del caso y su valoración a través de la actividad de análisis que realizaron los órganos jurisdiccionales sobre los elementos en litigio.
2. Fuentes normativas usadas y criterios de interpretación utilizados.

⁶LOPERA Mesa Gloria Patricia. Arias Holguín Diana Patricia. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Consejo de la Judicatura. Colombia 2010. P 26

⁷ FERRAJOLI Luigi. *Derecho Penal Mínimo*. S.l. S. e. S.f. p 9.

⁸ La muestra se consideró representativa porque tras revisar las resoluciones judiciales mencionadas ya no se obtuvo ningún dato que arrojara mayor información a la conseguida en ese número de casos, llegando a un punto de saturación.

3. Razonabilidad de la decisión, entendida como la base técnica sobre la cual la respuesta judicial es capaz de generar convicción.

En consecuencia, si bien en la mayoría de las resoluciones estudiadas se realizó una adecuada aplicación de las normas referentes a la simultaneidad de las penas de prisión, por otro lado, se advirtió un número, si no excesivo, sí importante de casos en los cuales la aplicación de la ley no era la adecuada. En este sentido, se observó que la estructuración de estas resoluciones mostraba un patrón similar, produciéndose la presencia de las mismas consideraciones y los mismos motivos por los cuales se negaba la pretensión de los justiciables en relación con el beneficio de la compurgación simultánea de penas de prisión preventiva, evidenciando con ello la lesión de derechos esenciales.

Así, en el capítulo inicial se aborda el significado de la imposición de la pena de prisión, así como el principio de presunción de inocencia y su relación con la prisión preventiva, de igual modo, se realiza una revisión de las diversas teorías normativas, comenzando con una exploración histórica, en donde se presenta de forma sintética las diversas perspectivas teóricas, filosóficas, doctrinales e ideológicas sobre el fin y la función de la pena de prisión, para identificar, diferenciar y ponderar las diversas manifestaciones de estas teorías en las resoluciones analizadas y su efecto en los derechos fundamentales de las personas que tengan que extinguir penas simultáneas de prisión, para lo cual fue fundamental el aporte teórico de Raúl Eugenio Zaffaroni, quien ha señalado que la prisión preventiva es una institución penal, más que una medida cautelar.

En el segundo capítulo, se realiza una descripción de lo que significa la compurgación simultánea y la extinción sucesiva de las penas de prisión: cuándo es aplicable una u otra forma de cumplimiento de las sanciones penales, así como sus implicaciones jurídicas y fácticas. Asimismo, se realiza un recorrido por los antecedentes jurisprudenciales sobre las formas de compurgar las penas de prisión, con el objeto de señalar las razones por las cuales estos criterios han variado su contenido.

De igual manera, en el capítulo dos se precisan las ambigüedades, vaguedades⁹ e imprecisiones halladas en los marcos normativos, referentes a la compurgación simultánea de penas de prisión, y su impacto en la esfera jurídica de los justiciables, a través del análisis de diversas resoluciones judiciales en las cuales se identificaron las heterogéneas interpretaciones del marco jurídico aplicable, para señalar de qué forma estas interpretaciones originan la vulneración de derechos fundamentales, para esto se aplicó el enfoque teórico de Luigi Ferrajoli, quien considera que cualquiera que sean los elementos constitutivos de las formulaciones legales, debe existir en todo caso un vínculo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación y, por tanto, entre legalidad y verificabilidad, entre convencionalismo y empirismo penal.

En el capítulo tres se realiza una revisión de la perspectiva de derechos fundamentales denominada “*conflictivista*”,¹⁰ que sostiene que la garantía de los derechos fundamentales plantea conflictos con otras normas, igual de esenciales, del sistema jurídico; con la finalidad de establecer que la determinación del contenido de estos derechos requiere de herramientas argumentativas que permitan resolver tales conflictos, mediante la ponderación de principios, tarea en la cual el trabajo de Robert Alexy, resulta aplicable al formular la ley de proporcionalidad que determina que *“La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro.”*¹¹

De igual modo, en este capítulo final se evidencia la efectividad de la estructura argumentativa que entre otras denominaciones se conoce como el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una intervención en derechos fundamentales, como en este caso, la negación de la compurgación simultánea de penas de prisión, podrá considerarse válida y por supuesto legítima, siempre y cuando persiga un fin constitucionalmente legítimo; constituya un medio idóneo; sea necesaria y exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con dicha intervención.

⁹ “...La vaguedad es una característica más compleja que la ambigüedad, ya que atañe al significado de las expresiones lingüísticas (o de los conceptos), y no a éstas en sí. A diferencia de la ambigüedad, cuyo origen se encuentra en fenómenos como la polisemia, la homonimia o en equivocidades sintácticas, la vaguedad tiene que ver con los “límites” de las palabras...” Enrique Inzunza Cazares *Exacta aplicación de la ley y el mandato de determinación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. 2009. p100

¹⁰ MENDONCA, Daniel, en “*Los Derechos en Juego*”. Editorial Tecnos, Madrid, 2003, p. 41

¹¹ ALEXY Robert. *Teoría de los derechos fundamentales...* p 161

Por otro lado, sobre el paradigma científico de investigación en el que se apuntala el presente trabajo, sin duda se relaciona con el Hermenéutico,¹² ya que este modelo de exploración permite revelar el contenido ideológico, presente en los marcos normativos sobre la forma de compurgar las penas de prisión, para así evidenciar el significado atribuido a la pena de prisión, en el discurso normativo imperante, ya que la interpretación es algo que hacemos connaturalmente, por el hecho de existir, pues existimos comprendiendo, e interpretar es comprender.¹³

En cuanto a la metodología utilizada, se empleó el método cualitativo, que consiste básicamente en desentrañar el significado de los diversos fenómenos y situaciones sociales analizados, en este caso las distintas formas de compurgar las sanciones penales, ya que la intención final es la explicación de éstas, a través del análisis del lenguaje y de la interpretación a partir del discurso del Derecho Penal sobre las formas de compurgar las penas de prisión en México. De igual manera, se empleó el método exegético jurídico, al ir más allá de la interpretación literal de los contenidos normativos, procurando descubrir la intención final del legislador al elaborar las normas analizadas.

Con relación a las técnicas de investigación, se utilizó el análisis del discurso al revisar las exposiciones de motivos de las reformas, tanto local como federal, a los diversos artículos sobre la forma de compurgación de penas de prisión, así como el análisis exegético de diversas resoluciones judiciales de casos referentes a la compurgación simultánea de penas de prisión, de casos determinados tanto por juzgados locales, como federales. Cabe señalar, que inicialmente se recopiló un número importante de resoluciones judiciales relativas a la forma de compurgar diversas sanciones penales, para enseguida realizar un análisis comparativo entre éstas, para observar similitudes y diferencias, así se consolidaron diez indicadores que se consideraron relevantes para llevar a cabo el análisis de las resoluciones judiciales, información que aparece esquemáticamente en los anexos 2 y 3.

De igual modo, se realizó una entrevista a un pequeño grupo de internos para indagar a modo de exploración, el tiempo aproximado que estos permanecieron en prisión preventiva. De

¹² “...La hermenéutica es la disciplina de la interpretación de textos...” M. Ferraris, *La hermenéutica*, México: Taurus, 2001 p 23

¹³ BEUCHOT Mauricio. *Hermenéutica, analogía y derechos Humanos*. Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispát, A.C, México 2010 p13

tal modo se entrevistó a internos distribuidos en los diversos dormitorios del Reclusorio Preventivo Varonil Oriente. Cabe destacar que la muestra incluyó a internos con una antigüedad menor a cinco años de reclusión, con la finalidad de que los datos aportados por los entrevistados reflejaran el tiempo de reclusión preventiva compurgada en la actualidad.

Finalmente, en relación con el paradigma epistemológico de derecho en que se enmarca la presente tesis, evidentemente es el del Derecho positivo contemporáneo, ya que éste supone como principio la protección de los derechos fundamentales de los individuos contenidos en los tratados internacionales y en las constituciones rígidas, para concretizarse en una postura de un normativismo no ensimismado, sino realista y crítico, capaz de dar cuenta de la compleja naturaleza del derecho actual, incluidas las divergencias entre su realidad empírica y el deber ser jurídico-constitucional al que ésta debería ceñirse. Planteamiento que cobra cuerpo en una articulada concepción del garantismo penal.

CAPÍTULO 1.- IMPLICACIONES TEÓRICAS Y DE FACTO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

Sumario: 1.1.-Pena de prisión preventiva, definición 1.1.1.- Importancia, duración y efectos de la prisión preventiva 1.2.- Finalidad preventiva de la pena de prisión 1.2.1 prisión preventiva y presunción de inocencia 1.3.- Revisión de las teorías sobre la pena de prisión 1.3.1.- Teoría retributiva de la pena 1.3.2.- teorías de la prevención 1.3.2.1.- Teoría de la prevención especial positiva 1.3.2.2-Teoría de la prevención especial negativa 1.3.2.3.-teoría de la Prevención general negativa. 1.3.2.4- Teoría de la prevención general positiva. 1.3.3- Teorías preventiva de la pena, inconvenientes y críticas 1.4.- Pena útil: pena justa.

"...El castigo es una expresión simbólica, no puede volverse igual al crimen cometido sobre una relación de uno por uno, y no puede ser usado como una vara de medición expresando el valor de la víctima. El castigo es primero y antes que nada una declaración de que un acto ha dañado un valor importante, un valor que debe ser restablecido. Condenar no puede ser equivalente a dañar..."¹⁴

De inicio, en este capítulo se realiza una exploración del concepto de prisión preventiva, con el objeto de precisar sus implicaciones teóricas y prácticas. De igual modo, se precisa el desarrollo histórico de las teorías sobre la pena de prisión, con la intención de advertir la evolución de la finalidad de las sanciones penales y observar los diversos argumentos por los cuales se pretende justificar la imposición de la pena de prisión. Asimismo se señalan los inconvenientes y críticas a las teorías preventivas de la pena, para determinar en qué grado la pena socialmente útil y eficaz puede ser además lógica y justa.

1.1.- Pena de prisión preventiva, definición.

La pena ha sido un elemento fundamental en el Derecho Penal, incluso, su propio nombre deviene de ella. Por medio de esta categoría se permitió observar las distintas vertientes de sus orígenes, pasando por las ordalías –prueba de Dios–, hasta llegar al período de la venganza pública, en la cual la víctima u ofendido decidía por su propia cuenta el “hacer justicia”. Sin embargo, el Derecho Penal –“derecho a sancionar” o *ius puniendi*–, entendido como el conjunto de directrices normativas que revisten efectos coercitivos, nació cuando se endosó esa fuerza

¹⁴ NILS Christie. *Una sensata cantidad de delito*. 1° ed. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004 p 126.

sancionadora al Estado, entelequia bajo la cual se organizó política y jurídicamente a la comunidad¹⁵

La prisión preventiva tiene infinidad de implicaciones, desde su naturaleza jurídica, pasando por su duración, hasta sus efectos jurídicos y fácticos. De tal modo, para intentar definir a la prisión preventiva, es necesario referirse al artículo 20, apartado B, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece la garantía de todo inculcado para que en toda pena de prisión impuesta, le sea computado el tiempo de la detención, esto es, desde que fue aprehendido con motivo de los hechos que se le atribuyen, hasta el día del dictado de la sentencia de segundo grado (apelación) para el efecto de que esta se abone a la pena de prisión punitiva.

En otras palabras, la prisión preventiva en términos generales es el lapso efectivo de privación de la libertad, desde la detención con motivo de los hechos imputados a la persona sujeta al procedimiento penal, hasta que la sentencia de primera instancia cause estado o se dicte la resolución de segundo grado que dirima en definitiva su situación jurídica.¹⁶

1.1.1.- Importancia, duración y efectos de la prisión preventiva

En el sistema penitenciario se encuentran varios tipos de personas en estado de reclusión, en un primer grupo se hallan los procesados, es decir individuos vinculados a un proceso legal, en donde su situación legal no ha sido resuelta, por otro lado existen personas que ya han sido oídas y vencidas en juicio, a quienes se ha dictado una sentencia que ha causado ejecutoria. En este contexto, a procesados y sentenciados, los une un denominador común, que resulta ser la compurgación de la prisión preventiva. Asimismo, esa pena de prisión deja de ser preventiva cuando la sentencia causa ejecutoria.

Cabe señalar que en estricto derecho los sujetos procesados no están sujetos a una pena de prisión aun, sin embargo la prisión preventiva constituye en los hechos una pena porque vulnera

¹⁵ PALADINES Jorge Vicente Rodríguez. *“Razón jurídica o barbarie: Sobre la jurisdicción en la ejecución penal”*. Ejecución penal y derechos humanos. Compiladora Carolina Silva Portero. Ecuador. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008. p165

¹⁶ Tesis de jurisprudencia 35/2012 (10a.). Aprobada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión de ocho de febrero de dos mil doce.

el derecho a la libertad personal ya que ninguna otra medida cautelar restringe tanto los derechos de la o el imputado, privándole de su libertad como si fuera verdaderamente responsable por la comisión de un delito, aun cuando todavía no se haya determinado que sea jurídicamente responsable. De igual modo, viola el derecho a la presunción de inocencia porque al quedar privada de su libertad, a la persona se le está anticipando un tratamiento restrictivo como si ya fuera jurídicamente responsable del ilícito por el que se le acusa.

En este sentido, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, fracción VII, establece que un juicio penal debe concluir antes de cuatro meses si se están procesando delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión. Asimismo, debe concluir antes de un año si el delito que se juzga tiene una pena que excede de ese tiempo, salvo que la o el procesado solicitara un mayor plazo para su defensa.

Por otra parte, los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos no establecen un plazo límite para la resolución de los juicios penales, pero sí exigen que éstos puedan ser resueltos con la mayor brevedad posible; Es el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 9.3,¹⁷ y de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en sus artículos 7.5 y 8.1,¹⁸ los cuales establecen que toda persona sometida a un juicio penal como probable responsable de un delito, debe ser juzgada en un plazo razonable.

De tal manera, para constatar en los hechos el tiempo en que se resuelve un proceso penal, dentro de este trabajo de investigación se realizó una sencilla entrevista (ver anexo 1) en donde se consultó a internos en el Distrito Federal acerca del tiempo en que se resolvió su situación legal,

¹⁷ PIDCP 9.3.- *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

¹⁸ 7.5 CADH.- *Toda persona detenida o retenida debe ser llevada sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.*

8.1 CADH.- *Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter*

desde que fue radicada en un Juzgado Penal del Distrito Federal, hasta que se dictó sentencia de primera instancia, así como el tiempo que transcurrió hasta que se dictó sentencia de segundo grado, causando ejecutoria la causa penal (Periodo de prisión preventiva)¹⁹

Las respuestas de estas entrevistas²⁰ evidenciaron que 21 personas señalaron haber sido sentenciadas en menos de un año; otras 91 personas afirmaron que su proceso había durado de uno a dos años, las 13 restantes, afirmaron que después de tres años continuaban en la etapa del proceso en primera instancia (Ver anexo 1) De tal modo, los resultados de estas entrevistas mostraron que el segmento más amplio (91 personas) coincidió en señalar que estuvo de uno a dos años en prisión preventiva.

Asimismo, no puede soslayarse que en los resultados expuestos se deben considerar aquellos casos en que los abogados hacen un uso excesivo de los recursos jurídicos, impugnaciones y juicios de amparo, lo que hace que el juicio penal se alargue de manera indefinida, por lo que esta responsabilidad no es atribuible de manera exclusiva a las y los funcionarios del Poder Judicial, sino a la institución misma de la prisión preventiva.

Además, existen también muchos casos en los que se dicta sentencia absolutoria a una persona en el Juzgado Penal de primera instancia, pero el Ministerio Público apela esa sentencia y el inculcado debe esperar más tiempo, para que se dicte una resolución de la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. También están aquellos casos en los que una persona no obtiene una sentencia absolutoria sino hasta después de que se analiza su asunto en un juicio de Amparo Directo. Todo esto provoca que se prolongue el tiempo de incertidumbre, espera y encierro en prisión preventiva.

Esta situación implica considerar los casos en los que una persona es acusada injustamente de un delito grave que no le permite obtener su libertad bajo caución, por lo que se dicta un auto de formal prisión en su contra, quedando privado o privada de su libertad por meses, o incluso años, hasta que se le absuelve en una sentencia de primera o segunda instancia o, en su defecto, hasta que en un juicio de amparo se decreta su libertad. No obstante es imposible

¹⁹ Información recabada mediante una breve entrevista a diversos reclusos que se encuentran internos en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente.

²⁰ Ver anexo 1 hoja 2

eludir que aun cuando esta persona pueda obtener una sentencia absolutoria, ya fue afectado su proyecto de vida.

En cuanto a los datos sobre la situación de la prisión preventiva en el país, se encontró que el 41 por ciento de la población penitenciaria total de México, está sujeta a prisión preventiva, contrastando con la situación de países como España, donde solo el 22 por ciento de los internos se encuentra bajo el régimen de prisión preventiva, o Costa Rica, donde tal índice ha llegado a ubicarse en solo 18 por ciento.²¹

Al respecto, en el informe de reclusorios elaborado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se estableció que en promedio, el tiempo que tarda en resolverse un proceso penal en el Distrito Federal excede el término establecido en el artículo 20, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²² Esto crea una afectación muy grave para una persona inocente que fue privada de su libertad mientras es procesada tanto por el tiempo que se le hizo perder como por la afectación en sus derechos fundamentales.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su *Informe sobre la situación de los derechos humanos en México* retomó los datos proporcionados por la Comisión Nacional de Derechos Humanos para denunciar que el tiempo promedio en prisión de las y los procesados en el país, es de un año y diez meses, para quienes están siendo juzgados en primera instancia, mientras el tiempo promedio de prisión entre quienes esperan la sentencia de segunda instancia es de dos años cinco meses.²³

En este contexto, se ha señalado que la prisión preventiva o provisional de la persona procesada: “(...) es una medida cautelar consistente en la privación de la libertad del imputado, que tiene como función asegurar la presencia del imputado durante el proceso penal y la efectividad de la ejecución de una eventual sentencia condenatoria”.²⁴ Sin embargo la prisión cautelar, de hecho tiene claros efectos aflictivos.

²¹ ZEPEDA Lecuona, Guillermo. *Seminario-Taller de justicia penal y derechos humanos*. Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., (CIDAC), (México) < <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=bol1> > (12 de febrero de 2013)

²² CDHDF. *Informe especial sobre la situación de los centros de reclusión en el Distrito Federal 2005*.

²³ CDHDF. *Ob cit.* p 182

²⁴ CIVERA Torres, Enri María. *Irresponsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional injusta*, Valencia, España, 1999 < <http://www.uv.es/~ripi/2enri.htm> > (12 de enero 2013)

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha establecido, que la prisión preventiva como regla de aplicación general en los procesos penales, es contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al violar el derecho a la libertad personal y a la presunción de la inocencia.²⁵

De tal modo, se advierte que la prisión preventiva debe restringirse a los casos particulares, donde así lo aconsejen las condiciones individualizadas, junto con la amenaza fundada contra la sociedad y el orden público, en este sentido se expresa el artículo 9.3 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos al establecer que la prisión preventiva no debe ser la regla general, sino la excepción.

En el mismo sentido, el artículo 7.5, de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos refiere que toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso, quedando condicionada su libertad a las garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Por otra parte, la jurisprudencia universal ha establecido diversos precedentes sobre la prisión preventiva, tal como que la detención de una persona acusada o sospechosa de la comisión de un delito es ilegal, si dicha detención es motivada por “razones que no están claramente establecidas en las leyes nacionales.”²⁶ Las razones reconocidas como válidas son las tradicionalmente previstas por el derecho penal comparado, tales como medidas para evitar la fuga del acusado, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito.²⁷ Asimismo, el hecho de que una persona sea mantenida en prisión preventiva y sea condenada posteriormente, no significa que la privación de libertad anterior al proceso fuese justificada²⁸

Cabe destacar que los razonamientos que legitiman la imposición de esta medida cautelar, vinculados tanto a la gravedad de la infracción como a la severidad de la pena amenazada, se inspiran en criterios de franca retribución penal que desvirtúan el fin procesal de esta medida cautelar y la convierten en una auténtica pena anticipada. La magnitud de la pena es un parámetro

²⁵ CDHDF. *Ob. cit.* p187

²⁶ Comité de Derechos Humanos, caso McLawrence c. Jamaica, párr. 5.5 (1997).

²⁷ Comité de Derechos Humanos, caso W.B.E. c. Países Bajos, párr. 6.3 (1992); Mukong c. Camerún, párr. 9.8 (1994).

²⁸ Comité de Derechos Humanos, caso Giry c. República Dominicana, párr. 5.3 (1990).

ilegítimo para evaluar la existencia concreta del peligro de fuga y, no existiendo tal peligro, el Estado no puede disponer el encarcelamiento preventivo de ningún ciudadano.

La jurisprudencia universal en el caso Mukong, a través del Comité de Derechos Humanos reafirmó el principio en el sentido de que los criterios de legalidad y arbitrariedad son distintos y complementarios, habiendo manifestado al respecto:

Queda, sin embargo, por determinar si otros factores convertirían en “arbitraria” a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 una detención y una reclusión legítimas en otros aspectos. La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de “arbitrariedad” con el de “contrario a la ley”, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las “garantías procesales”. Como ha advertido el Comité en una ocasión anterior, ello significa que la prisión preventiva consiguiente a una detención lícita debe ser no sólo lícita sino además razonable en toda circunstancia.²⁹

En consecuencia, a la luz del anterior criterio, la prisión preventiva puede ser legal, pero no por eso menos arbitraria al contener elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad incumpliendo con criterios razonables en su aplicación, ya que la prisión preventiva debe además ser necesaria en toda circunstancia, por ejemplo, para impedir la fuga, la alteración de las pruebas o la reincidencia en el delito.

Por otro lado, en el sistema interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana desde su sentencia en el caso Gangaram Panday reconoce claramente que la privación de libertad además de ser legal, no debe ser arbitraria, es decir debe cumplir con criterios tales como: razonable, previsible y proporcionada. La legalidad de la medida es analizada cuidadosamente en muchas sentencias de la Corte y decisiones de la CIDH, a la luz de las disposiciones pertinentes de la constitución del país respectivo, los códigos y otras leyes concernientes.³⁰

Asimismo, en el caso Suárez Rosero, la Corte Interamericana señaló que los requisitos de “razonabilidad, previsibilidad y proporcionalidad” se aplican no sólo a las medidas que afectan la libertad, sino también a las normas de derecho interno que autorizan la privación de libertad.³¹

²⁹ Comité de Derechos Humanos, caso Mukong c. Camerún, párr. 9.8.

³⁰ Véase, por ejemplo, Corte Interamericana, casos Castillo Páez (Fondo), párr. 75 (1996); Suárez Rosero c. Ecuador (Fondo) (1997); Levoyer Jiménez c. Ecuador (2001).

³¹ Corte Interamericana, caso Suárez Rosero (Fondo), párr. 98-99 (1997).

La siguiente decisión de la CIDH contiene la síntesis de su jurisprudencia sobre la legalidad y la arbitrariedad de una detención:

“...El análisis de la compatibilidad de una privación de libertad con las normas de los párrafos 2 y 3 del artículo 7 de la Convención Americana debe efectuarse siguiendo tres pasos. El primero de ellos consiste en la determinación de la legalidad de la detención en sentido material y formal, a cuyo efecto se debe constatar si es compatible con la legislación interna del Estado en cuestión. El segundo paso se cumple mediante el análisis de dichas normas internas a la luz de las garantías establecidas en la Convención Americana, a fin de establecer si aquéllas son arbitrarias. Finalmente, ante una detención que cumpla los requisitos de una norma de derecho interno compatible con la Convención Americana, corresponde determinar si la aplicación de la ley al caso concreto ha sido arbitraria...”³²

En este sentido, la jurisprudencia de la CIDH, al igual que la del Comité de Derechos Humanos, reconoce la *prevención de la fuga, la prevención de la alteración de pruebas y de la reincidencia como fines legítimos de la detención.*³³ Algunas de sus decisiones proporcionan criterios más concretos sobre la aplicación de estos supuestos, así como del principio de necesidad y, en particular, sobre la necesidad de la detención para evitar la fuga.

En el caso *Garcés Valladares*, la CIDH declaró que, *“en principio, la privación provisional de libertad sólo se justifica en relación proporcional al riesgo de que el acusado se dé a la fuga, desoyendo otras medidas no privativas de libertad que pudieran ser adoptadas para asegurar su comparecencia en juicio o con relación a la peligrosidad del acusado.”*³⁴ Agrega en seguida: *“La seriedad de la infracción y la severidad de la pena son elementos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de evaluar el riesgo de que la persona acusada se evada de la justicia. La privación de libertad sin sentencia, sin embargo, no debiera estar basada exclusivamente en el hecho de que el detenido ha sido acusado de un delito particularmente objetable desde el punto de vista social.”*³⁵ Caso contrario, la medida cautelar, en efecto, se convertiría en pena. En otra ocasión, la CIDH comentó al respecto:

Tanto el argumento de seriedad de la infracción como el de severidad de la pena pueden, en principio, ser tomados en consideración cuando se analiza el riesgo de evasión del detenido.

³² CIDH, caso *González c. México*, párr. 22.

³³ CIDH, caso *Giménez c. Argentina*, párr. 84 (1996).

³⁴ CIDH, caso *Garcés Valladares c. Ecuador*, párr. 54 (1999).

³⁵ CIDH, caso *Garcés Valladares c. Ecuador*, párr. 55. Véase también *Giménez c. Argentina*, párr. 89 (esta observación fue adoptada en el marco del párrafo 5 del artículo 7, que consagra el derecho “a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad”, pero también es perfectamente aplicable a la decisión inicial relativa a la necesidad de la detención de un acusado).

La Comisión considera, sin embargo, que debido a que ambos argumentos se inspiran en criterios de retribución penal, su utilización para justificar una prolongada prisión previa a la condena produce el efecto de desvirtuar la finalidad de la medida cautelar, convirtiéndola, prácticamente, en un sustituto de la pena privativa de libertad. La proporcionalidad que debe existir entre el interés general de la sociedad en reprimir el delito y el interés del individuo en que se respeten sus derechos fundamentales se rompe en perjuicio de este último, a quien se le impone un mayor sacrificio³⁶

Lo anterior, es retomado por Eugenio Raúl Zaffaroni quien señala: “...se debe reconocer que la prisión preventiva no es una institución procesal, es una institución penal. De tal manera la prisión preventiva y el principio de inocencia son dos cosas que se enfrentan de una manera irreductible...”³⁷

En consecuencia, considerar que la prisión preventiva es un medio precautorio, con efectos parecidos a los que cumplen las medidas cautelares en el derecho civil, es insostenible, ya que si bien es cierto, cuando se toma alguna medida cautelar limitativa de libertad en el derecho civil, se obliga a arraigar, de modo que el arraigo en la rama civil es una garantía patrimonial.³⁸ Sin embargo, en el derecho civil, si la medida cautelar que se aplicó no resultó justificada, se repara con un bien de la misma naturaleza; empero en el derecho penal, si se encierra por tres años en prisión preventiva a una persona, eso en términos de libertad, no lo puede reparar nadie, porque como restituir la libertad perdida. Por lo tanto, equiparar la prisión preventiva con una medida cautelar no encuentra sustento de ningún modo.

1.2.- Finalidad preventiva de la pena de prisión

Los sistemas de justicia penal modernos han buscado legitimarse con finalidades de prevención, ya sea porque se confía en que el castigo del delincuente pueda detener a los potenciales violadores de la norma penal en sus intenciones de cometer delitos (prevención general negativa) o bien porque se considera que la sanción penal hace imposible que quien ha sido judicialmente

³⁶ CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 86.

³⁷ ZAFFARONI Raúl Eugenio "La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias", Encuentro internacional celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México, bajo la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

³⁸ “... El arraigo en las materias penal y civil participa de características diversas pues, a través del primero, se busca asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, mientras que en el segundo, la medida precautoria pretende evitar que el arraigado se ausente del lugar del juicio, sin dejar a alguien que lo pueda representar en él...” Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXI, mayo 2010. Pág. 1925. Tesis Aislada.

reconocido como culpable de un delito vuelva a delinquir (prevención especial negativa); y asimismo se piensa que la pena puede consistir en un tratamiento dirigido a la reeducación del infractor (prevención especial positiva) y por último, porque se confía en la función expresiva de la pena, en la producción de integración social (prevención general positiva)³⁹

En este contexto es posible ubicar a la prisión preventiva, la cual aun cuando en sentido estricto no está orientada a fines de prevención del delito, si es una medida de prevención especial que limita la libertad personal y por consiguiente, es sufrida como pena de facto, impuestas sobre quien es susceptible de ser *socialmente peligroso*, sin que se le haya probado judicialmente alguna acción delictiva. En suma es una pena aplicada antes de probarse el delito imputado.

De tal manera, es conveniente señalar los elementos que forman parte de la estructura de la prisión preventiva, para evidenciar su carácter idéntico con la pena punitiva, así de inicio la prisión provisional o preventiva tiene:

A) *Un carácter aflictivo*. Esto es que limita al sujeto el ejercicio de derechos y/o la satisfacción de deseos.

B) *Carácter programático*. Esto es que la limitación de derechos y la represión de deseos se producen con una intencionalidad declarada o implícita en las modalidades de las sanciones que crean una relación de desaprobación, entre la instancia que aplica el castigo y el castigado. De tal modo, la sanción va precedida de una amenaza generalizada de pena que la vuelve previsible como consecuencia de ciertas clases de conducta; es decir se trata de una amenaza contenida en previsiones legales.

C) *El carácter declarativo de la pena*. Es decir el ejercicio de la función punitiva constituye una acción *simbólica* dirigida a expresar la pretensión de autoridad de quien tiene el poder y a subrayar la validez de reglas jurídicas o sociales.

D) *El carácter estratégico de la pena*. La función sancionadora se ejerce en el ámbito de la *economía* del poder efectivo, legítimo. Se trata de una función del poder que sirve para asegurar la estabilidad del poder mismo y del sistema de la distribución de los recursos que de dicho poder dependen.

³⁹ PAVARINI Massimo. *Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad*. Quito, Ecuador S.e 2009 p 229

E) *El carácter institucional de la pena.* El ejercicio de la función punitiva presupone la organización del grupo social y del poder dentro de este grupo. En el interior de sociedades complejas es una tarea que deben desarrollar los aparatos estatales dotados de un cierto grado de estabilidad y competencia que funcionan según reglas o prácticas sociales⁴⁰

Como se advierte, lo substancial de la prisión preventiva no reside en creer o no en el logro de finalidades de defensa social respecto del delito a través del sistema de justicia penal, sino tan sólo interesa aclarar que las finalidades de defensa social frente al delito son perseguidas por el sistema penal a través de una acción de disuasión y no de prevención, en donde la pena de prisión preventiva juega un rol principal.

Por otro lado, es innegable que a través de la formulación de la pena de prisión preventiva, se actualiza la eficacia instrumental del derecho penal, que reside en la aptitud para prevenir la realización de ciertos comportamientos, mientras que a través de la función simbólica se logra una aptitud para producir un cierto número de representaciones individuales o colectivas, valorizantes o desvalorizantes. Luego, la función simbólica de la pena es inseparable de la instrumental a la que sirve de complemento.⁴¹

Sin embargo, dentro de la punición existe un riesgo que consiste en limitarse a potenciar esa función simbólica de la pena, ya que cuando las normas y las conminaciones penales carecen de operatividad frente al delito, sólo pueden tener el sentido de que el sistema penal demuestre la apariencia de efectividad y protección social, lo cual evidencia que un derecho penal que en muchos de sus ámbitos tenga puramente un efecto simbólico no será capaz, a la larga, a ser efectivo, puesto que habrá perdido toda credibilidad.

En este contexto, es entendible las implicaciones de la prisión preventiva dentro del derecho penal mexicano, originalmente introducida para lograr una apariencia de efectividad y que está destinada a acallar una genuina demanda social, como es la lucha contra la criminalidad, empero esta institución penal al final releva al estado a enfrentar la demanda de seguridad

⁴⁰ BARATTA Alessandro. *"Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal"*. *Prevención y teoría de la pena*. Editorial jurídica Conosur, Santiago de Chile. 1995. p78

⁴¹ TERRADILLOS Basoco Juan. *"Función simbólica y objeto de protección del derecho penal"*. *Pena y Estado, función simbólica de la pena*, Editorial jurídica Cono Sur. Santiago de Chile. 1995. P10.

pública, recurriendo a fáciles medidas de política criminal, en lugar de acometer programas más amplios de política social.

De tal modo, la función simbólica de la pena contribuye a crear la falsa imagen de que reforzar el poder represivo es la respuesta adecuada al delito, o lo que es lo mismo que el crimen no responde a factores sociales, a los que se debe hacer frente con amplios programas de renovadora política social, sino tal sólo a decisiones del delincuente; frente a las que no queda otra salida que la reacción Institucional enérgica a través del endurecimiento de las penas.

Asimismo, es de destacarse que cuando los preceptos penales, teóricamente dirigidos a la tutela de bienes jurídicos en los que todos los miembros de la sociedad estarían interesados, como es la seguridad pública, asumen términos en apología del *statu quo* están sobrepasando la función simbólica *stricto sensu*, para acometer de lleno una mistificadora función *ideológica*. En efecto, si sometemos a un más detenido estudio a instituciones penales fundamentales, como lo es la prisión preventiva, podemos advertir que su función real es ante todo, ideológica y no instrumental.

Como se observa la prisión preventiva, inadecuada para cumplir su función instrumental, que es la prevención de nuevos delitos, desempeña una función predominantemente ideológica, porque en el fondo se están persiguiendo objetivos muy distintos a la tutela de los bienes jurídicos.

1.2.1 Prisión preventiva y Presunción de inocencia

La presunción de inocencia tiene uno de sus primeros antecedentes en el Derecho Romano con Ulpiano quien sostenía que:”*nadie debe de ser condenado por sospechas, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable que condenar a un inocente*”. Así el sistema de regulación romano, en sus distintas etapas, no obstante haber comprendido en sus disposiciones el principio descrito, poca efectividad pudo tener para su implementación en el orbe que regía, en principio por la autorización a los pueblos sometidos por voluntad para conservar su derecho, que permitía la supervivencia de instituciones contrarias al mismo; Lo que no deja a dudas para concluir que la presunción de inocencia en esta etapa histórica fue prácticamente nula. ⁴²

⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Cuarta edición. Trotta. Valladolid España, 2000. p 627

Durante la Edad Media este principio fue invertido por las prácticas inquisitivas desarrolladas en la Baja Edad Media; Baste recordar que en el proceso penal medieval ante la insuficiencia de prueba, cuando se dejaba subsistente una sospecha o una duda de culpabilidad, esto equivalía a una semi-prueba, que comportaba un juicio de semi-culpabilidad y la semi-condena a una pena leve.⁴³

Al respecto, Cárdenas Rioseco, sostiene que el principio de presunción de inocencia también lo encontramos, en el antiguo derecho anglosajón, ya que al iniciar el siglo XIII la nobleza inglesa se rebeló contra los excesos de la monarquía, proclamando en la Abadía de Pontigny la Magna Carta Libertatum; y en relación a la libertad de las personas se estableció que ningún hombre libre sería detenido o encarcelado, como no sea en virtud de un juicio legal de sus pares o de la ley del país”⁴⁴

Especial referencia requiere la XIV enmienda a la Constitución norteamericana, la cual se encontraba relacionada con el acta de Derechos, después de la guerra civil, ya que ésta aseguraba a los particulares la posibilidad de recurrir a las Cortes Federales contra las violaciones de los derechos garantizados por el debido proceso. Es de señalarse que de acuerdo con el sistema jurídico de ese país se requería un elevado ingrediente de certeza para poder formular un veredicto condenatorio: lo que se traduce en el principio anglosajón de *beyond any reasonable doubt*. (Más allá de toda duda razonable)⁴⁵

De igual manera, la presunción de inocencia entre los países latinos nace en la reunión de los Estados Generales y en especial del ascenso de la burguesía al plano nacional como principal fuerza política, así surge la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que consagra por primera vez la presunción de inocencia en su artículo noveno.⁴⁶

Así, irrumpe en la historia el derecho penal científico, ubicado temporalmente entre los siglos XVIII y mitad del siglo XIX, la escuela clásica del derecho penal, representa una corriente filosófica jurídica que siguió a la Revolución Francesa, recogiendo la tradición del Iluminismo-

⁴³ FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón...* p.550

⁴⁴ CÁRDENAS Rioseco Raúl F. *La Presunción de Inocencia*. Primera edición. Porrúa. México, D. F. 2003. p 6.

⁴⁵ CÁRDENAS Rioseco Raúl. Ob cit. *La presunción...* p.7.

⁴⁶ Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano (1789): Artículo 9.- *Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.*

Liberal, imponiendo una serie de reformas en el campo penal, tanto sustantivo como adjetivo, como reacción frente a los excesos punitivos de la justicia penal en la edad media, estableciendo los límites del derecho a punir del estado, preocupándose por elaborar un sistema que sirviera a la tutela de las posiciones de libertad del individuo más allá de toda conveniencia o utilidad práctica.⁴⁷

De tal modo, la aportación básica al derecho penal de esta corriente consistió en centrar al individuo como el eje del sistema jurídico liberal, protegiéndolo de la intervención absoluta del Estado, obligándolo a ceñir su actividad en los límites estrictos de la ley, cuyo contenido estará altamente embebido de principios iusracionalistas.

Por lo tanto, el delito para esta corriente es un ente jurídico porque es una violación del derecho, que como tal se debe sancionar. Luego, el delito establecido en la ley, es también un derecho a la libertad, ya que al exigir la norma jurídica el respeto del ciudadano y del Estado, trae como consecuencia la garantía a la libertad ciudadana, ya que con ello sujeta a los hombres a la ley, en virtud de que no se podrá castigar sino en los términos y límites que la propia ley señala.⁴⁸

Sin embargo, no toda teoría jurídica ha abonado a la evolución del concepto de presunción de inocencia, así tenemos la Escuela Positivista, que postuló al delito como un fenómeno natural y social producto de factores antropológicos, sociales y físicos. De tal manera el delincuente al encontrarse determinado por esos factores, debe ser sujeto de medidas de seguridad y no a penas, porque en él carece de sentido la pena con medidas represivas, puesto que si no pudo obrar libremente, no puede ser motivado a obrar conforme a la ley por la amenaza de la pena, y si lo hace, la pena no va en sí misma a variar los factores que determinaron esa conducta.⁴⁹

Se observa que esta escuela sostenía que el derecho penal debe tener una finalidad eminentemente preventiva, es decir, un propósito de defensa social. En consecuencia teóricos como Rafael Garófalo y Enrico Ferri, en coherencia con sus tendencias naturalistas, consideraron

⁴⁷ CÁRDENAS Rioseco, Raúl F. Ob cit. *La presunción...* p. 3.

⁴⁸ CARRARA. Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. S. e. Bogotá, Colombia, 1991. p42.

⁴⁹ ORELLANA Wiarco Octavio Alberto. *Teoría del delito*. Porrúa. México, 1998. p 6

vacía, absurda e ilógica la fórmula misma de la presunción de inocencia, exigiendo primero la prisión provisional obligatoria y generalizada para los delitos más graves⁵⁰

En el Derecho Penal Mexicano, el principio de presunción de inocencia fue tomado de la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, e insertado por primera vez en el artículo 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, promulgado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814⁵¹, sin que tuviera algún otra mención en las Constituciones que siguieron en la azarosa historia nacional de los siglos XIX y XX. Fue hasta las reformas a la Constitución General de la República publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, que instauran el nuevo sistema penal acusatorio, cuando el principio de presunción de inocencia fue reconocido como un derecho de toda persona imputada.⁵²

En la historia moderna, el Código Penal Mexicano de 1931, siguiendo la teoría positiva de defensa social ante el delito, rechazaba de plano la presunción de inocencia al postular la presunción de culpabilidad dolosa, liquidando a aquélla, al considerarla como una extravagancia de otros tiempos; Por ello, con toda razón, autores como Calderón Cerezo y Choclan Montalvo, sostienen “...*que la escuela positivista con sus postulados preventistas ha significado una agresión científica contra el Derecho Penal Liberal*”⁵³

En la etapa contemporánea el Estado Mexicano, durante el siglo XX suscribió varios tratados internacionales en donde se incluyen diversas disposiciones sobre la presunción de inocencia y la pena preventiva tales como: La Declaración Universal de Derechos Humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. La Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁴

⁵⁰ FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón*... p.550.

⁵¹ Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana: Artículo 30: “*Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado.*”

⁵² Artículo 20 constitucional, apartado B, fracción I: *De los derechos de toda persona imputada: A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa.*

⁵³ CALDERÓN Cerezo, A y Choclan Montalvo, J. A. *Derecho Penal. Tomo I Parte General*. Primera edición. Bosch. Barcelona, España. 1999. p.11

⁵⁴ Artículo 11 Declaración Universal de Derechos Humanos.1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Artículo 9 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La

Por otro lado, en la práctica jurisprudencial la presunción de inocencia se reconoce de forma expresa en criterios tales como: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL⁵⁵ ya que como se menciona la Constitución instauro de forma expresa dicho principio hasta el año 2008.

Asimismo, la jurisprudencia americana sobre el derecho a ser puesto en libertad hace énfasis en la presunción de inocencia, al respecto, la CIDH estableció:

*“La presunción de inocencia se torna cada vez más vacía y finalmente se convierte en una burla cuando la detención previa al juicio es excesivamente prolongada dado que, a pesar de la presunción, se está privando de la libertad a una persona todavía inocente, castigo severo que legítimamente se impone a los que aun no han sido condenados.”*⁵⁶

Como se aprecia. el concepto y significado de la presunción de inocencia modifica sustancialmente la perspectiva del orden jurídico, puesto que uno de los postulados básicos del sistema de justicia penal moderno, es que nadie puede ser considerado culpable mientras una sentencia firme no lo declare como tal, es decir, durante el procedimiento penal se considera que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario; precisamente mediante el juicio previo se determinará si el imputado mantiene ese estado de inocencia o si, por el contrario, se lo declara culpable.

De tal modo, con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales, sobre derechos humanos el estado de inocencia (presunción de inocencia), se convierte en una nueva garantía, que afecta forzosamente a las materias sustantiva y procesal, al ser un derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito, para ser considerada y tratada como inocente, en

prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Artículo 8 Convención americana sobre Derechos Humanos. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad

⁵⁵ Materia(s): Constitucional, Penal, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVI, Agosto de 2002, Tesis: P. XXXV/2002, Página: 14, Amparo en revisión 1293/2000. 15 de agosto de 2002. Once votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot y Arnulfo Moreno Flores. El Tribunal Pleno, en su sesión pública celebrada el quince de agosto en curso, aprobó, con el número XXXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a dieciséis de agosto de dos mil dos.

⁵⁶ CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 80. Véase también la decisión en el caso Pinheiro y Dos Santos c. Paraguay en la cual la CIDH considera que la detención prolongada sin condena viola el artículo 8(2) de la Convención Americana y el artículo XXVI de la Declaración Americana, párr. 86 (2002).

tanto se establezca legalmente su culpabilidad por los órganos encargados de ello, a través de un sistema de corte acusatorio.

Así, la razón de ser de este principio, es la de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin que existan pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad, que destruyan tal presunción y que justifiquen una sentencia condenatoria definitiva. En consecuencia, se convierte en una garantía de la libertad personal, tanto contra la arbitrariedad de los poderes públicos, como contra la reacción vindicativa de la víctima, garantía que en todo caso, debe beneficiar a cualquier persona.

Por lo tanto, este principio sostiene que toda persona se presume inocente, cualesquiera que sean las sospechas o los cargos que sobre ella recaigan, por lo cual debe ser considerada y tratada como tal, en tanto su culpabilidad no haya sido probada y declarada mediante una sentencia definitiva. Esta presunción, en esencia, es una construcción jurídica que no necesita edificarse, sino, en tal caso, derribarse, para poder condenar a una persona.⁵⁷

En consecuencia, se advierte que no basta así que el conflicto lo resuelva un juez imparcial, a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también, que ese juez, al tomar su decisión parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla de juicio.

Como se advierte, esta regla rechaza que el acusado llegue al juicio con una conducta indefinida respecto de su culpabilidad penal, que el juez haya de concretar en función de los argumentos que resulten más abundantes o convincentes, por el contrario “...*El acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable, si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación*”.⁵⁸

En este sentido, Luigi Ferrajoli la considera como la primera y fundamental garantía que el procedimiento asegura al ciudadano: *presunción juris*, como suele decirse, esto es, hasta prueba en contrario: “...*La culpa y no la inocencia debe de ser demostrada; y es la prueba de la*

⁵⁷ BORTHWICK Adolfo E. C. *Principios Procesales*. Primera edición, MAVE, Argentina, 2003. p130.

⁵⁸ CORDÓN Moreno Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Segunda edición. Aranzandi. Navarra España, 2002. p 173

*culpa –y no la de la inocencia, que se presume desde el principio- la que forma el objeto del juicio”*⁵⁹

Luego, la presunción de inocencia se convierte en una garantía fundamental que posee eficacia en varios planos, ya que en un primer momento opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo; En un segundo nivel, la referida garantía opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de apreciación de la prueba.⁶⁰

Así, la presunción de inocencia actúa como criterio normativo del derecho penal sustantivo y adjetivo, porque constituye en el ámbito legislativo un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que impliquen una presunción de culpabilidad y conlleven para el inculpado la carga de probar su inocencia; asimismo para el poder judicial crea una obligación racional, lógica y jurídica filosófica, al momento de resolver cualquier controversia sometida a su conocimiento.

En este sentido, se advierte que no desaparecen los efectos de la presunción de inocencia en una persona, ni siquiera si se dicta en su contra sentencia condenatoria, cuando se interponga algún recurso que le impida quedar firme; Por lo tanto, es apenas en el momento en que una sentencia causa ejecutoria, cuando es posible afirmar que la presunción ha desaparecido y que estamos ante un sentenciado, al cual se le puede privar de algunos de sus derechos, en los términos de la decisión jurisdiccional.

⁵⁹ FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón...* p549

⁶⁰ Tesis Aislada PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO ESTÁNDAR DE PRUEBA. La presunción de inocencia es un derecho que puede calificarse de "poliédrico", en el sentido de que tiene múltiples manifestaciones o vertientes relacionadas con garantías encaminadas a regular distintos aspectos del proceso penal. Una de esas vertientes se manifiesta como "estándar de prueba" o "regla de juicio", en la medida en que este derecho establece una norma que ordena a los jueces la absolución de los inculpados cuando durante el proceso no se hayan aportado pruebas de cargo suficientes para acreditar la existencia del delito y la responsabilidad de la persona; mandato que es aplicable al momento de la valoración de la prueba. Dicho de forma más precisa, la presunción de inocencia como estándar de prueba o regla de juicio comporta dos normas: la que establece las condiciones que tiene que satisfacer la prueba de cargo para considerar que es suficiente para condenar; y una regla de carga de la prueba, entendida como la norma que establece a cuál de las partes perjudica el hecho de que no se satisfaga el estándar de prueba, conforme a la cual se ordena absolver al imputado cuando no se satisfaga dicho estándar para condenar.

1a. XCVI/2013 (10a.)

Amparo en revisión 349/2012. Clemente Luna Arriaga y otros. 26 de septiembre de 2012. Cinco votos. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Epoca. Libro XIX, Abril de 2013. p. 966

Como se advierte, presumir la inocencia del imputado, significa un reconocimiento de los derechos de vida, libertad y patrimonio, en tanto el Estado podrá privarlo de tales derechos únicamente cuando, seguido un proceso penal en su contra, el juez pronuncie sentencia declarándolo culpable y cuando esa sentencia quede firme.⁶¹

Entonces, bajo el principio de la presunción de inocencia se derivan varias consecuencias: Primero, que la persona acusada no está obligada a probar que es inocente, sino que es a la parte acusadora, Ministerio Público o víctima, a quien le incumbe la carga de la prueba de los elementos constitutivos del delito y de la culpabilidad del imputado; Segundo, que el acusado no puede ser obligado a confesar en su contra, razón por la cual las legislaciones internas no sólo prohíben recurrir a cualquier tipo de coacción, presión o amenaza tendiente a provocar la confesión del inculpado, sino que determinan que las confesiones obtenidas por tales medios se encuentran afectadas y por lo tanto son invalidadas; Tercero, que en caso de duda, ésta beneficia al acusado, principio que expresa el axioma *in dubio pro reo*; y Cuarto, que la persona acusada pero puesta en libertad, sea por falta de méritos, sea bajo caución, debe continuar en libertad a pesar de que se hubiese interpuesto apelación contra la decisión judicial correspondiente.

Por otra parte, la presunción de inocencia tiene vigencia durante todas las etapas de un procedimiento judicial, así el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales publicado en marzo de 2014 señala dentro de sus principios esenciales la presunción de inocencia⁶². De tal modo, durante la primera etapa del procedimiento penal, la *investigación*,⁶³ viene a ser la piedra angular de ese edificio denominado procedimiento penal, puesto que con ella el Ministerio Público, debe plasmar las bases sobre las que se ha de fincar la jurisdicción del juez.⁶⁴

⁶¹ Artículo 58 del Código Penal para el Distrito Federal: "... (*suspensión de derechos como consecuencia de la pena de prisión*) La pena de prisión produce la suspensión de derechos políticos, en los términos previstos en la constitución política de los estados unidos mexicanos..."

⁶² Artículo 13 CNPP. Principio de presunción de inocencia

Toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el Órgano jurisdiccional, en los términos señalados en este Código.

⁶³ Artículo 211 CNPP. Etapas del procedimiento penal

El procedimiento penal comprende las siguientes etapas. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

a) Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación

⁶⁴ Artículo 213.CNPP. Objeto de la investigación

Asimismo, durante las siguientes etapas del proceso penal: *La intermedia o de preparación del juicio*, que va desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y *la del juicio*, que comprende a partir de que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento⁶⁵, la presunción de inocencia se encuentra presente, en tanto que lo esencial del proceso penal propio de un Estado democrático, no es sólo, que el conflicto lo resuelva un juez imparcial a través de un diálogo igualitario, racional e informado entre las partes enfrentadas, sino también, que ese juez al tomar su decisión, parta de la presunción de la inocencia del acusado como regla del juicio.⁶⁶

De igual modo, otros preceptos relacionados con la presunción de inocencia contenidos en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales disponen que sólo por delito que merezca pena privativa de libertad se hará efectiva la prisión preventiva.⁶⁷ De tal modo, en este cuerpo normativo se señalan los casos en los cuales, si procederá la prisión preventiva oficiosa.⁶⁸

La investigación tiene por objeto que el Ministerio Público reúna indicios para el esclarecimiento de los hechos y, en su caso, los datos de prueba para sustentar el ejercicio de la acción penal, la acusación contra el imputado y la reparación del daño.

⁶⁵ Artículo 211, inciso II y III del Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶⁶ Artículo 19 CNPP. Derecho al respeto a la libertad personal: La autoridad judicial sólo podrá autorizar como medidas cautelares, o providencias precautorias restrictivas de la libertad, las que estén establecidas en este Código y en las leyes especiales. La prisión preventiva será de carácter excepcional y su aplicación se regirá en los términos previstos en este Código

⁶⁷ Artículo 165 Código Nacional de Procedimientos Penales.

⁶⁸ Artículo 167.CNPP. Se consideran delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa, los previstos en el Código Penal Federal de la manera siguiente:

I. Homicidio doloso previsto en los artículos 302 en relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

II. Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

III. Violación prevista en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

IV. Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

V. Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

VI. Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

VII. Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

VIII. Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

IX. Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo

Como se advierte : “... *el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si aquella condición de inocente resulta plenamente desvirtuada por el Juez a partir de las pruebas aportadas por la acusación...*”⁶⁹; Pruebas que deben de ser analizadas en la sentencia con base en dos ideas esenciales: de un lado, el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal, que corresponde efectuar a los Jueces o Tribunales, y de otro, que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos actos de prueba y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal, la convicción, no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción de inocencia inicial.

Es decir, antes, durante e incluso al término del proceso penal en su primera instancia, debiera de considerarse que la persona es inocente; precisamente porque mediante el juicio se determinara si el inculpado mantiene ese estado de inocencia, o sí por el contrario, se le declara culpable. De tal modo, la proyección de este estado se refleja básicamente dentro del sistema probatorio penal que tiene incidencia con relación a la carga de la prueba⁷⁰ y el momento de valoración de la misma.

Sin embargo, es oportuno destacar que otros actos como son la orden de aprehensión, comparecencia y el auto de plazo constitucional, no protegen el estado jurídico de inocencia, sino los principios de seguridad jurídica y orden público, establecidos en los artículos 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que implica una disfunción sistémica, puesto que, existe una presunción de culpabilidad, antes que de inocencia.⁷¹

209 Bis; X. Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter; XI. Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198,

⁶⁹ CORDÓN Moreno, Faustino. *Ob. Cit. Las Garantías...* p.174.

⁷⁰ Artículo 130. CNPP: Carga de la prueba: La carga de la prueba para demostrar la culpabilidad corresponde a la parte acusadora, conforme lo establezca el tipo penal.

⁷¹ Tesis aislada, Materia(s): Penal, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XVIII, Octubre de 2003, Tesis: II.2o.P.115 P, Página: 1086, que a la letra dice: PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO NO SE TRANSGREDE CUANDO SE DICTA ORDEN DE APREHENSIÓN POR ENCONTRARSE ACREDITADOS LOS ELEMENTOS DEL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INDICIADO. En atención a que los datos que arrojó la averiguación previa, así como las probanzas aportadas por el Ministerio Público se consideran aptas y suficientes para tener por acreditados los elementos del cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad penal del quejoso en su comisión, no existe potencial repercusión en detrimento del principio de presunción de inocencia, con todo y que éste se contenga implícitamente en la Constitución Federal. Y es que al justificarse los extremos exigidos constitucionalmente para el libramiento legal del acto que se reclama (orden de aprehensión), es evidente que para efectos de la etapa procesal de que se trata, resulta inaplicable la argumentación relativa al aludido principio de presunción de

De tal modo, se puede apreciar que la prisión preventiva niega toda presunción de inocencia, puesto que la primera debería de tener el carácter excepcional. Así, la presunción de inocencia resulta incompatible con las medidas de coerción personal, como la prisión preventiva y el arraigo, por citar solamente algunas de ellas, a las cuales queda sometido el indiciado, medidas estas que se fundamentan en una presunción de culpabilidad, antes que en una presunción de inocencia.

Como ya se estableció, la presunción de inocencia, es una presunción *juris tantum*,⁷² que exige que toda acusación debe de acreditarse con la prueba de los hechos en que se fundamenta, a falta de tales pruebas, el juez o tribunal que conozca del proceso deberá declarar la inocencia del acusado. En este sentido, se afirma que con la prisión preventiva como medida general, no se establece una presunción de inocencia; si fuera así, quizá no podría concebirse la coerción personal del imputado, la cual se basa en una presunción contraria.⁷³

La prisión provisional o preventiva, como es bien sabido, es concebida como una medida cautelar de naturaleza personal. En esa perspectiva, se le atribuye un lugar secundario dentro del proceso, como instituto de carácter instrumental predisposto para asegurar el normal desarrollo de aquél y, eventualmente, en un momento posterior, la aplicación de una pena privativa de libertad.

Sin embargo, esta consideración formal del asunto, oculta un aspecto central de la institución, que consiste en que en la práctica de la generalidad de los países y aunque varíen las magnitudes estadísticas y la significación porcentual, la prisión provisional ocupa un lugar privilegiado en los recursos del sistema penal. De tal modo, desborda funcionalmente los límites que le están asignados formalmente, marcados en apariencia por las notas de provisionalidad y

inocencia, pues éste no se transgrede de forma alguna, en tal supuesto. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEGUNDO CIRCUITO. Amparo en revisión 27/2003. 20 de febrero de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: José Nieves Luna Castro. Secretaria: Alma Jeanina Córdoba Díaz. Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XVI, agosto de 2002, página 14, tesis P. XXXV/2002, de rubro: "PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. EL PRINCIPIO RELATIVO SE CONTIENE DE MANERA IMPLÍCITA EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL."

⁷² "...Lo que resulta del propio derecho; mientras el derecho no sea controvertido. Se designa así las presunciones legales contra las cuales cabe prueba en contrario..." CABANELAS Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*, Torres Ediciones p 256

⁷³ EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantías Constitucionales en materia Penal*. Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires Argentina, 1996. p125.

accesoriedad, puesto que no sólo cumple fines procesales, sino que en su función efectiva aparece dotada de connotaciones sustantivas de penalización inmediata.

En consecuencia, la prisión provisional o preventiva, además de ser un instrumento esencial, como lo sugiere lo expresado anteriormente, es también una contradicción por antonomasia del proceso penal. Sobre todo del proceso penal de los países, que como México se han dotado de una disciplina constitucional que gira formalmente en torno al principio de presunción de inocencia.

En este contexto y a pesar de que través de la historia del derecho se ha denunciado con fuerza la arbitrariedad de la prisión provisional, reclamando su limitación, tanto en la duración como en los presupuestos. No obstante, teóricos como Thomas Hobbes justificaron el encarcelamiento preventivo con la necesidad de la custodia segura de un acusado, afirmando que en tal caso, ésta no constituía un castigo, puesto que se supone que ningún hombre es castigado antes de haber sido sometido a audiencia pública.⁷⁴

Como se ha venido sosteniendo la perversión más grave de la pena preventiva de prisión, ha sido su transformación de instrumento exclusivamente procesal, dirigido a estrictas necesidades procedimentales; A una herramienta de prevención y defensa social, motivado por la aparente necesidad de impedir la ejecución de otros delitos.

Es claro, que tal argumento, al hacer recaer sobre el imputado una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha del delito cometido, equivale de hecho a una presunción de culpabilidad; que asigna a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo de la pena punitiva, lo cual evidencia el sofisma de que la pena preventiva es una medida procesal o cautelar y la descubre como lo que realmente es; una ilegítima pena sin juicio.⁷⁵

Se advierte que en los modernos Códigos del siglo XX la prisión preventiva se extendió rápidamente, constituyendo el único mecanismo preventivo, así la tutela del inocente quedó confiada a la vigilancia interna de los Centros de Reclusión. La prisión provisional asume de esta

⁷⁴ FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón...* p552

⁷⁵ Ídem. p.553.

forma la estructura de una verdadera medida preventiva frente a los peligrosos y a los sospechosos, aún más de una ejecución provisional o anticipada de la pena.

En este sentido se enmarca la escuela positivista, después conocida como escuela técnico-jurídica que contribuyó eficazmente a aportar claridad a la polémica cuestión de las relaciones entre la prisión provisional y el principio de presunción de inocencia. De tal modo, la solución para esta escuela consistió en prescindir del elemento problemático del asunto: la presunción de inocencia. Poniéndola en discusión o bien propugnando abiertamente su eliminación.

Por otra parte, se evidencia que sistematizando las posiciones doctrinales que concurren en este punto acerca de las funciones que suelen atribuirse a la prisión provisional, es posible distinguir una especial preventiva y otra cautelar; y dentro de ésta, diferenciar la que constituiría una cautela de tipo instrumental, en orden al desarrollo del proceso y otra de tipo final, en atención a la ejecución de la eventual condena.

De tal modo, es posible establecer que la Prisión provisional está íntimamente relacionada con la prevención especial. De tal modo, quienes asocian ambos términos establecen entre ellos una relación de funcionalidad, lo hacen asociando a la condición de justiciable el valor de indicador de una peligrosidad específica, en cierto modo ya acreditada, que es la que justificaría la medida cautelar. En esta óptica, la prisión preventiva responde a una finalidad de prevención de la realización de otros delitos por parte del imputado, y al mismo tiempo desempeña también una función ejemplarizadora.

Por otro lado, la Prisión provisional vinculada con el aseguramiento del desarrollo del proceso, asigna a la institución, el papel de cautela instrumental y de carácter específicamente procesal, puesto que lo pretendido con ella es garantizar la fluidez en el desarrollo de las actuaciones del proceso; De una parte, manteniendo al imputado a disposición del juez o, bajo la autoridad de éste, a disposición del órgano encargado de la investigación, donde la misma corra a cargo del ministerio público y, por otra, evitando eventuales acciones del imputado orientadas a la destrucción o contaminación de las fuentes de prueba utilizables.

En consecuencia, una vez concluida la fase de investigación y asegurada con ella en lo esencial la futura productividad de las fuentes de prueba, la función cautelar-procesal de la prisión preventiva podría, al menos en teoría, carecer de fundamento o perderlo en términos

estimables. Pero tampoco parece descabellado contemplar la posibilidad de cierta implicación necesaria entre ambas modalidades o dimensiones de la institución (cautelar-instrumental y cautelar-final), puesto que un efectivo aseguramiento de fuentes de prueba, claramente de cargo, obtenido durante el mantenimiento, y sobre todo si merced al mantenimiento, del imputado en prisión, reforzaría los motivos para prolongar ésta ante el riesgo de fuga que podría generar en él, el miedo real a una ya más previsible condena.⁷⁶

En todo caso, se observa que el espacio natural de juego de esta dimensión de la prisión provisional como garantía de sometimiento del imputado a una pena eventual, siempre sería la fase del enjuiciamiento, convirtiéndose de esa forma la presunción de inocencia en infortunado sofisma que contradice el principio *nulla poena sine iudicio* (no hay pena sin juicio)⁷⁷ porque según se establece, no es una pena sino una medida cautelar, procesal o en todo caso no penal, sino administrativa.

A nivel Constitucional este problema fue planteado por primera vez por los Constituyentes de 1917, en los artículos 18, 19 y 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adquiriendo desde entonces la prisión preventiva el carácter de medida

⁷⁶ Tesis aislada, Materia(s): Penal, Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: VII, Marzo de 1998, Tesis: P. XIX/98, Página: 94, que a la letra dice: PRISIÓN PREVENTIVA. SU NO CONTRADICCIÓN CON LA GARANTÍA DE AUDIENCIA DERIVA DE LOS FINES QUE PERSIGUE Y NO DE SU CARÁCTER CAUTELAR. Independientemente de que la prisión preventiva sea una medida cautelar y provisional, no está en contradicción con la garantía de audiencia; en efecto, debe advertirse que su no contradicción con dicha garantía y con el principio de presunción de inocencia deriva más bien de los fines que persigue y no de su carácter provisional. Fines que son preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad. No puede atenderse únicamente a que la prisión preventiva es una medida provisional porque aquí, a diferencia de las medidas cautelares de carácter real, se afecta un bien de alta jerarquía axiológica, como lo es la libertad, y no obstante que, en efecto, a veces tiene ese carácter -cuando no se impone pena- debe reconocerse que su ejecución afecta de manera inmediata y directa al derecho sustantivo de la libertad. Además, esa privación provisional puede convertirse en parte de la pena, como lo reconoce el propio legislador constitucional en el artículo 20, fracción X, párrafo tercero, de la Ley Fundamental al decir que "En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.". Es decir, en esta hipótesis la prisión preventiva pierde su carácter provisional; se reconoce que ésta y la prisión punitiva son idénticas. Amparo en revisión 1028/96. Carlos Mendoza Santos. 13 de enero de 1998. Unanimidad de diez votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Manuel Rojas Fonseca. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintiséis de febrero en curso, aprobó, con el número XIX/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

⁷⁷ *Diccionario* latino jurídico. Universidad católica de Santa María

cautelar cuya finalidad es preservar el desarrollo adecuado del proceso y asegurar la ejecución de la pena, además de evitar un grave e irreparable daño al ofendido y a la sociedad.⁷⁸

Llegados a este punto, es conveniente preguntarnos si disminuir el tiempo de encarcelamiento, sea el de la prisión preventiva o de la punitiva; es tan sólo una aspiración idealista, ante esto la presente tesis plantea que la relación entre la seguridad pública y el respeto a los derechos humanos de los procesados y sentenciados, debe ser objeto de un análisis mucho más profundo, que demostrará precisamente lo contrario; que la seguridad pública y los derechos humanos, entre ellos el respeto a la libertad, son conceptos complementarios e interdependientes.

1.3. Revisión de las teorías sobre la pena de prisión

La exposición de las doctrinas de justificación del castigo suele tomar como punto de partida la contraposición entre teorías absolutas y relativas de la pena, siendo las primeras todas las doctrinas retribucionistas que conciben la pena como una “compensación” o “reparación” que se impone como retribución por el mal causado por el delito, renunciando a justificar el castigo debido a su utilidad o beneficio social, para en su lugar considerarlo como una práctica intrínsecamente valiosa, sobre la base de entender que las malas acciones merecen castigo y que es justo devolver mal por mal.

Por el contrario, las teorías relativas son todas aquellas doctrinas de raíz utilitarista que justifican la pena, sólo como un medio al servicio de la prevención de futuros delitos. Finalmente, las teorías unitarias o mixtas, dominantes en la doctrina actual, son aquellas que integran elementos retributivos y preventivos, a fin de proponer teorías de justificación aptas para limitar los excesos en los cuales puede incurrir la prevención y superar las carencias del retribucionismo puro.

Ahora bien, conviene hacer una revisión de las teorías sobre la pena de prisión, con el fin de evidenciar cual ha sido la evolución y el tránsito de estas teorías, así como mostrar cuáles han sido las principales justificaciones para la imposición de las sanciones penales.

1.3.1 Teoría retributiva de la pena

⁷⁸ ROJAS Caballero Ariel Alberto. *Las Garantías Individuales en México*. Primera edición. Porrúa. México. p 412,413.

Inicialmente, la teoría de la pena se sustentó en la *retribución*, difícil de defender, puesto que rebasa los propósitos socialmente aceptables del Estado. En este sentido, Claus Roxin afirma sobre la teoría de los fines de la pena, que ésta se formuló en un primer momento histórico, principalmente a partir de la filosofía idealista que estaba ligada a las doctrinas de la Iglesia, conforme a ello, la pena sirvió a la realización de la Justicia, en la medida en que compensaba la culpabilidad del autor o la eliminaba,⁷⁹ y de esta manera se pretendía restaurar el Derecho transgredido dando origen a la máxima (*punitur, quia peccatum es*)⁸⁰

Las teorías absolutas o retributivas (de represión) de la pena encuentran sustento en el razonamiento de que si el delito es la negación del derecho, la pena sería la negación del delito, es decir, la reafirmación de la norma. En palabras de Welzel esto sería como “*la retribución justa de la infracción culpable del derecho*”⁸¹

1.3.2 Teorías de la Prevención

En un segundo momento histórico, la pena de prisión se caracteriza por un considerable alejamiento de la fundamentación filosófica y teológica del Derecho penal, para dirigirse a una concepción secular y pragmática del mismo, como instrumento de dominio y control social. De esta forma pasan a primer plano los conceptos preventivos del Derecho penal (*punitur, ne peccetur*)⁸²

Las teorías relativas (de protección) sostenida por el Escuela Positiva pretenden afianzar, en cambio, un Derecho Penal en virtud de la utilidad, intentan contestar a la pregunta de: *¿para qué sirven las penas?* . Comienza a aparecer la idea de prevención, es decir, del establecimiento de una preocupación social del delito futuro. La conducta delictiva revela en el autor una fenomenología de futuras lesiones al ordenamiento jurídico. Se va abriendo paso a una teoría que construye en el derecho la función de utilidad social de la pena.⁸³

⁷⁹ ROXIN, Claus; *La evolución de la política criminal, El derecho penal y el Proceso penal*, Traducción de Carmen Gómez Rivero y María del Carmen García Cantizano. Ed. Tirant lo Blach, Valencia España, 2000. p 19

⁸⁰ «*El individuo debe ser castigado porque infringió las leyes*»

⁸¹ PALADINES Rodríguez Jorge Vicente. “Razón jurídica o barbarie Sobre la jurisdicción en la ejecución penal” *Ejecución Penal y Derechos Humanos*. Editora, Carolina Silva. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador. 2000. p170.

⁸² *El individuo debe ser castigado de modo que él y los demás ya no infrinjan las leyes.*

⁸³ Paladines Rodríguez Jorge Vicente. Ob cit. *Razón jurídica...* p 171

1.3.2.1 Teoría de la Prevención Especial Positiva

La *Prevención Especial Positiva* sustenta que el castigo puede ser un instrumento para la rehabilitación o resocialización de los delincuentes, el problema con esta posición teórica no está en la falta de legitimación social, sino con la experiencia de que las instituciones carcelarias son incapaces de alcanzar ese objetivo, sobre todo cuando en los hechos existen pruebas de este fracaso, como lo demuestra el alto índice de reincidencia de las personas que han sufrido encarcelamiento.⁸⁴

Como se aprecia, el fin de la pena se desplaza en esta fase, de la retribución, a la prevención. La idea metafísica de que la culpa puede expiarse mediante la retribución es sustituida ahora por la tarea social de la prevención de delitos. Esta reorientación de la teoría de los fines de la pena tuvo importantes repercusiones en el derecho penal de los países occidentales, incluido el marco jurídico mexicano, al introducir en ellos la finalidad preventiva de la pena como medio para su justificación.

La *prevención especial positiva* persigue la recomposición ética del reo. Se mira al condenado como un enfermo, en el que la pena actuaría como la medicina que asegure su potencial curación. Emerge la idea de “readaptar” al delincuente a través del método del *tratamiento*, es decir, de transformar la personalidad de quien quebrantó con su conducta la norma. En este sentido, Franz von Liszt sostenía que la pena podía servir, además de *corrección*, para *intimidación* e *inocuidación* del delincuente. Se corregirá al delincuente capaz de corregirse; se intimidará al delincuente que no requiere corrección; y, finalmente, se inocuizará al delincuente que carece de capacidad de corrección, es decir, al delincuente habitual.⁸⁵

1.3.2.2 Teoría de la Prevención Especial Negativa

La *prevención especial negativa*, pretende la neutralización o eliminación del delincuente. Busca aislar al reo de la comunidad, pues su sola presencia equivale el riesgo de contagiarla criminalmente. El ánimo de la comunidad sería anular al delincuente, como un ser al que se le niegan sus derechos por representar la descomposición o enfermedad social, el delito.

⁸⁴ Cfr. ENRÍQUEZ RUBIO H. HERLINDA, *El pluralismo jurídico Intercarcelario*. Porrúa México. 2008.

⁸⁵ PALADINES Rodríguez Jorge Vicente. Ob cit. *Razón jurídica...* p 172

La teoría de la prevención especial negativa se cimenta en la *incapacitación selectiva o neutralización*, en tanto que plantea que si la resocialización no funciona, por lo menos se puede hacer que el infractor sea incapaz de cometer nuevos delitos. De tal modo, aun cuando *a priori* este objetivo no parece legítimo, como de hecho no lo es, lo cierto es que algunas penas vigentes, se ajustan dentro de este paradigma, tal es el caso de la prisión perpetua establecida recientemente en varios Códigos penales locales.⁸⁶

1.3.2.3 Teoría de la Prevención General Negativa

La *prevención general negativa* también tiene su centro en lo social. No obstante, esta variable busca intimidar al *des-asociado* por medio del castigo. Se trata de “ejemplarizarlo” mediante la amenaza de una pena, en cuyo castigo se escarmienta y advierte a los individuos en la sociedad acerca de la coerción de su posible desviación. La teoría de la prevención general negativa, descansa en la idea de que el ejemplo del delincuente sancionado puede ser utilizado para disuadir o intimidar a otros infractores potenciales, sin embargo resulta evidente que la intimidación sólo resulta útil para alcanzar objetivos muy limitados, lo cual se evidencia con el hecho de que aun cuando las penas de prisión tienden a ser más severas, los índices de criminalidad no parecen disminuir en automático.

1.3.2.4 Teoría de la Prevención General Positiva

La *prevención general positiva* observa en la lesión del derecho, el daño a la generalidad de la comunidad. No importa el delincuente, sino la sociedad, en la que, en definitiva, repercute el mal ocasionado. El delito es el *daño social*, una vulneración al ordenamiento jurídico. Esta variable “preventiva” pretende construir una sociedad homogénea de individuos “normales” que respeten la ley, su esencia es el carácter positivo, es decir, no se dirige a los delincuentes potenciales ni consumados, puesto que su propósito es llegar al público en general sobre todo al que es respetuoso de las normas.

⁸⁶ CÓDIGO PENAL DEL ESTADO DE CHIHUAHUA 2006

Artículo 32.- De la prisión

“...La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Puede ser temporal o vitalicia, según lo disponga este Código. En el primer caso, su duración no será menor de seis meses ni mayor de setenta años. En el segundo caso, se denominará cadena perpetua o prisión vitalicia, y consiste en la privación de la libertad personal por todo el tiempo de vida del responsable del delito...”

Además, el castigo en esta teoría representa una reafirmación simbólica de la norma quebrantada, es decir el significado de la pena descansa en la percepción que la gente tiene de que a todo crimen le sigue una sanción. Asimismo, este modelo opta por el delito, más que por el delincuente, es decir la sentencia debe ser referida al delito y no a las necesidades del delincuente (como el tratamiento o la educación) esto significa que la pena se aleja de la pretensión de prevenir o pronosticar.

De esta forma, se presentan algunas variables, aglomeradas positiva o negativamente, en las categorías preventivas generales o especiales, que se presentan a continuación:

- Prevenición
- a) *General positiva*: Obediencia social del derecho y Cohesión social.
 - b) *General negativa*: Intimidación a la sociedad
 - c) *Especial positiva*: Resocialización del delincuente
 - d) *Especial negativa*: Neutralización del delincuente

1.3.3. Teorías Preventivas de la pena, inconvenientes y críticas.

Como se advierte, para la corriente utilitaria (teorías preventivas) el concepto material de delito ya no se basa en la ley ética, sino en las necesidades sociales. De esta forma, la tarea del Derecho penal se sitúa, aunque sólo de manera formal, en la protección de la libertad y la seguridad social del individuo, así como en las condiciones de existencia de la sociedad; dicho de otra forma el presupuesto de cada sanción penal no surge de la contravención a la moral sino de un daño a la sociedad, es decir, el derecho se vuelve instrumento de control y disciplina social.

Sin embargo, en la práctica se observa que la tarea del Estado, aun cuando debería mejorar las relaciones sociales, esto es, la libertad, la seguridad y el bienestar de sus ciudadanos, a lo más que ha llegado es a orientar la finalidad de la pena a la evitación de comportamientos delictivos mediante la incidencia en el delincuente y en la conciencia jurídica de la comunidad. Sin embargo, el problema con estas posiciones teóricas no transita por la falta de legitimización social, sino con la experiencia de que las instituciones carcelarias son incapaces de alcanzar los

objetivos resocializadores, sobre todo cuando existen pruebas de este fracaso, como lo demuestra la investigación realizada por Herlinda Enríquez en las prisiones del Distrito Federal⁸⁷

Los abusos de la teoría de la prevención general son evidentes. Al igual que en el caso de la prevención especial, puesto que ambas carecen de una pauta que limite la duración de la pena, ya que del mismo modo, se podrían justificar penas excesivamente rigurosas, en función de sus claros efectos disuasivos. Por lo mismo, el individuo corre el riesgo de ser utilizado como medio para alcanzar un propósito social colectivo, lo que es éticamente cuestionable.⁸⁸ En estos términos, el sentenciado, sería degradado a la condición de simple objeto de la persecución estatal de finalidades preventivas.

Por otro lado, la teoría de la prevención positiva que utiliza la concepción del derecho como instrumento de estabilización del sistema social, olvida de hecho el concepto de bien jurídico, ya que todo el sistema social es objeto de protección por el derecho penal, y en consecuencia lo relevante es la oposición al funcionamiento de la sociedad entera, en tal sentido el castigo del culpable disfuncional sirve para demostrar la validez de la norma como modelo de referencia para la interacción social, de tal modo que los miembros de la sociedad consoliden su confianza en la norma, lo que a su vez, reforzará su determinación a comportarse conforme a derecho, es decir se trata de una variación del plano de interés, que pasa de la protección de bienes jurídicos, a la integración de la sociedad.⁸⁹

A través de esta teoría de la pena, cuando se traslada a ordenamientos jurídicos, no se pretende combatir las lesiones a bienes jurídicos, sino confirmar simbólicamente la norma y crear y reforzar el consenso entre los miembros de la sociedad, esto en sí mismo plantea una nueva dirección en donde los derechos individuales abandonan su puesto prioritario en el horizonte de los proyectos del estado, que se dedica principalmente a la defensa del modelo globalmente considerado, mas no, a sus componentes individuales, sobre todo cuando son indiferentes o incluso contrarios a la consolidación del modelo, como es el caso de los jurídicamente imputados.

⁸⁷ Cfr. ENRÍQUEZ RUBIO H. Herlinda, *La acción social en la prisión y sus códigos*. Publicia, México, 2013.

⁸⁸ "...El hombre no debe jamás ser tratado como un puro medio al servicio de los fines de otro..." (I. KANT) FERRAJOLI, Luigi. Ob cit. *El derecho Penal...* P11

⁸⁹ TERRADILLOS Basoco Juan. *función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. S.e S.l. p15

De tal manera, bajo esta premisa las leyes penales tienen como efecto asegurar el consenso en torno a valores e intereses, más que castigar la infracción de la norma o evitar la lesión de bienes jurídicos. Por lo tanto, el castigo cuando sea necesario, lo será no para defender estos últimos, sino para fortalecer la confianza en el sistema, cuyos ejes han venido definidos al margen de esos bienes jurídicos individuales.

En tales circunstancias, irrumpe el necesario examen entre medios y fines penales, ya que si no se somete a estos a crítica, lo que se está ponderando es un proceso de funcionalización de la ley penal, dentro de un *status quo* que se acepta y se pretende reforzar, con la inevitable consecuencia de soslayar el pensamiento ilustrado que veía en la coherencia del discurso jurídico, el desarrollo del principio de legalidad, es decir en el respeto, en última instancia, de la voluntad popular, que es la base de la legitimidad; en contrario la teoría de la prevención positiva en sus dos vertientes la general y la especial, se orientan más por criterios de eficacia y utilidad.

Como se advierte, en la teoría preventiva la determinación de los comportamientos que deben estar conminados con una pena ha experimentado un desplazamiento, desde la defensa individual, a la protección de la colectividad. De tal modo, en cuanto a los fines de la pena, se advierte que ha prevalecido la teoría de la prevención general, positiva y negativa, en gran parte de la doctrina.

El fundamento de la intervención penal, a través de la imposición de la pena de prisión, es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, sin embargo es innegable que no toda pena es admisible y necesaria para la prevención de delitos en un Estado democrático de derecho respetuoso de la dignidad del hombre; Por lo tanto, debe restringirse el uso del derecho penal, mediante una serie de límites, al momento de determinar las penas de prisión aplicables a sus ciudadanos, tales como: legalidad, humanidad y proporcionalidad.

En suma, no se trata de admitir la internalización del Derecho Penal por el simple hecho de que éste proceda, aparentemente, de un Estado social y democrático de derecho, ya que ello encerraría una grave contradicción con este modelo de Estado, que no debería busca imponer por la fuerza una actitud interna de adhesión de sus ciudadanos, ya que no es lícito castigar para forjar una conciencia jurídica, por progresiva que ésta sea.

1.4. Pena útil. Pena justa.

Con todo lo expuesto, es posible señalar que en la actualidad la pena de prisión sólo es posible fundamentarla en la finalidad racional y en el éxito de la realización de ese fin. De tal modo, sólo la pena socialmente útil y eficaz puede ser lógica y justa. Sin embargo, ahora sólo resta confirmar que la praxis corrobore la verdad y la validez de los fines preventivos por ellos propagados.

En consecuencia, el punto medular de la teoría relativa de la pena de prisión, es la verificación de la consecuencia externa beneficiosa para la sociedad, lo cual quiere decir que el acento se encuentra en la praxis de la ejecución penal y del sistema penitenciario (la compurgación de las penas) en otras palabras la tendencia preventivo-especial entiende que la esencia de la pena se deriva de la realidad que se refleja de la práctica y por ello se exige al legislador que las disposiciones sobre clases de pena y medición de ésta, se configuren en función del sentido y del fin de su ejecución. Asimismo se espera del juez que oriente sus decisiones en función de las consecuencias de la pena.

De tal modo, la evolución histórica del Derecho Penal en este país evidencia que las esperanzas optimistas que se han puesto en el paradigma preventivo, y que hoy todavía se mantiene, no se han cumplido del todo, con base en experiencias representadas por las investigaciones sociológicas que han demostrado que el sistema penitenciario no está en condiciones de realizar su misión resocializadora, dado que en las prisiones existe lo que podríamos llamar el «mito resocializador» que consiste en hacer que se está evaluando y colaborando con la recuperación de los internos. Y, por otro lado, los internos actúan de acuerdo con lo que se espera de ellos en este proceso «rehabilitador». Esto también es conocido como «ficciones de evaluación», en las que los sujetos actúan de acuerdo a roles esperados ⁹⁰

Sin duda, el modelo de la prevención ocupa un puesto progresivo en la lucha por un derecho penal más efectivo y mejor, pero su significado desde el punto de vista político criminal es limitado. En este sentido, una valoración histórica global demuestra que la teoría relativa de la pena no ha superado en México, la prueba de fuego de la confirmación práctica y como consecuencia de esta carencia de pruebas de su efectividad, su validez práctica general es puesta en duda.

⁹⁰ MARTÍNEZ Felipe. "Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las «instituciones totales» encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving Goffman". *Mitologías y Discursos Sobre el castigo*. Coord. Iñaki Rivera Beiras. Anthropos, Barcelona, 2004. p202

Empero, el esquema recogido por los instrumentos de protección de Derechos Humanos sería el de la prevención especial, es decir, el de rehabilitación social. Para 1955, el mundo vería nacer las *Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos*, en las que se impregnan fuertemente la teoría relativa de prevención especial, y también, se incorporan los axiomas de la prevención general, en tal sentido el Art. 58 del mencionado ordenamiento expresa:

El fin y la justificación de las penas y medidas privativas de libertad son, en definitiva, proteger a la sociedad contra el crimen. Sólo se alcanzará este fin si se aprovecha el período de privación de la libertad para lograr, en lo posible que el delincuente una vez liberado no solamente quiera respetar la ley y proveer a sus necesidades, sino también que sea capaz de hacerlo.

Como se observa, la directriz universal para la aplicación de la pena es el *tratamiento* del delincuente. Sin embargo, esta tendencia no ocurre casualmente en el seno de las Naciones Unidas. Para ello, hay que hacer un breve ejercicio de memoria y encontrar en la Escuela Positiva (Lombroso-Ferri-Garófalo) a su principal precursora. Ya en la segunda mitad del siglo XIX, Cesare Lombroso relacionaba al crimen con la personalidad del delincuente, como una de las primeras formas que, posteriormente, impulsarían la estructura del *tratamiento* como pena. Para Lombroso, los rasgos de la personalidad dividían a la sociedad en individuos proclives a delinquir y en individuos que encarnaban la ética.⁹¹

Basta con reflexionar sobre lo mencionado en líneas anteriores para darse cuenta que nuestra ejecución penal, considera al individuo como determinado moral, biológico y psicológicamente al delito, lo cual constituye una criminalización *ex ante crimen*. Se trata de la aplicación de un abierto *derecho penal de autor* en la fase ejecutiva que reproduce, posiblemente, la misma estructura empleada en la fase procesal penal.

De tal manera, tanto la idea de prevención del delito, como la de retribución del castigo, «contaminan» al castigo y arrastran a sus justificaciones a las peores políticas de severidad penal. Es la propia justificación del castigo (cualquiera de ellas, pero mucho peor cuando se presentan en forma «dual», combinadas o mixtas y al servicio de las prácticas punitivas concretas) la que nos lleva a la negación del proyecto ilustrado.⁹²

⁹¹ PALADINES Rodríguez Jorge Vicente. *Razón jurídica*. Ob cit... p173.

⁹² ANITUA Gabriel Ignacio. "contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración". *Mitologías y Discursos sobre el castigo*. Antropos. Barcelona 2004 p29

Finalmente, queda abierta de nuevo la cuestión sobre el sentido de la pena, donde el paradigma de la prevención como tal se encuentra sometido a debate, porque las cárceles son en realidad funcionalizadas no como instituciones de resocialización, sino como lugares de destrucción Psico-física y de internamiento. Por lo tanto, la prisión que se instituyera a comienzos del siglo XIX y se prolonga hasta la actualidad, trasladó a su interior el mecanismo de la orientación terapéutica y correctora del castigo, buscando por medio de la privación de la libertad y de la omnidisciplina, la dominación corporal y física del cuerpo y la modificación del espíritu del delincuente. De tal manera, lejos de adecuarse a la minimización del dolor que propugnan las teorías penales modernas, la prisión se ha convertido en un instrumento de reparto ordenado del mismo.⁹³

Es por lo anterior, que es en la instancia de la aplicación de la pena, donde posiblemente con mayor claridad se pueden poner de manifiesto los aspectos ideológicos del Derecho Penal y se puede descubrir el carácter expiatorio e infamante que la pena puede llegar a tener. Luego, la superación de estos inconvenientes pasa por integrar el tema de la ejecución penal, tanto dentro del Derecho Penal como de la realidad social; lo cual supone dejar en definitiva de considerar el problema de la aplicación concreta de la pena como un objeto ajeno y extraño a la realidad social y normativa.

⁹³ SARMIENTO Bemol Camilo Ernesto. "Michel Foucault: desenmascarando las tecnologías del castigo". *Mitologías y Discursos Sobre el castigo*. Coord. Iñaki Rivera Beiras. Anthropos, Barcelona, 2004 p 219

CAPÍTULO 2.- FORMAS DE COMPURGAR LAS PENAS DE PRISIÓN, PRESCRIPCIONES VIGENTES Y ANÁLISIS DE RESOLUCIONES JUDICIALES.

Sumario: 2.1.- Antecedentes jurisprudenciales en relación a las formas de extinción de las penas privativas de libertad: 2.2.- Precedentes legislativos sobre la forma de extinguir las penas de prisión 2.3.- Diversas formas de compurgar las penas de prisión 2.3.1.- Sucesividad o simultaneidad en el cumplimiento de las sanciones penales 2.4.-Análisis de resoluciones judiciales relativas al cumplimiento simultáneo de penas de prisión 2.5.- Seguridad jurídica en la compurgación de la prisión preventiva.

*In claris non fit interpretatio*⁹⁴

Como se estableció en el capítulo anterior los fines de la pena de prisión vigentes actualmente son de naturaleza preventivos, ahora bien, en el presente apartado lo que se pretende es evidenciar, cómo estos fines se ven de alguna manera reflejados en las distintas formas de compurgar las penas de prisión en el sistema penal mexicano, a través de una exploración por la práctica jurisprudencial relativa al tema, así como del análisis de los trabajos legislativos que impulsaron los cambios al marco jurídico relacionado a la compurgación simultánea de las penas de prisión.

Asimismo se identificarán los dos tipos de posiciones sobre la compurgación de las penas de prisión, para determinar los efectos jurídicos y fácticos de uno u otro modelo de extinción de sanciones penales. Finalmente, se realizara el análisis de resoluciones judiciales que se pronunciaron sobre el cumplimiento de la prisión preventiva, en caso de haber sido procesado por varios hechos delictivos.

2.1.- Antecedentes de las diversas formas de extinción de las penas privativas de libertad.

Algunos de los antecedentes más próximos acerca de la forma de compurgar las penas de prisión, en el caso de sufrir la imposición de varias penas privativas de libertad, se evidencia en el contenido de los criterios jurisprudenciales de las diversas épocas del Derecho Penal Mexicano, siendo esto claro, en un primer momento, en el contenido del criterio jurisprudencial

⁹⁴ Ante una norma clara no cabe ninguna interpretación

del año 1969 con el rubro: PRISIÓN, COMPUTO DE LA EN CASO DE DOS CONDENAS,⁹⁵ el cual establecía:

“...Si el acusado ha sido condenado a sufrir dos penas privativas de libertad, el cumplimiento de ambas no puede ser simultáneo; en consecuencia, no es violatoria de garantías la sentencia en la cual se señala una fecha a partir de la cual debe cumplirse la pena privativa de libertad, porque ello queda sujeto a la situación real, como es que el inculcado esté en condiciones de cumplir dicha condena, lo cual no es dable si se encuentra compurgando una anterior, por lo que no puede contarse el comienzo del cumplimiento de la segunda pena sino hasta que haya sido satisfecha la primera...”

Del anterior criterio jurisprudencial del año 1969 se hace evidente que no contemplaba la posibilidad de la compurgación simultánea de penas de prisión, aduciendo que no era posible estar en condiciones de cumplir una condena, cuando aún restaba por extinguir una anterior, por lo que no era factible cumplir una segunda pena, sino hasta compurgar la primera sanción, lo cual refleja claramente la naturaleza sucesiva de las sanciones penales vigente en la década de los sesentas en el Derecho Penal Mexicano.

Posteriormente, en el año 1973 el criterio jurisprudencial en relación con la forma en que debían de cumplirse las sanciones penales, no experimentó grandes modificaciones, salvo algunos cambios de acento en cuanto a las razones de por qué las penas deberían ser compurgadas de forma sucesiva, esto es así, al observar el contenido del criterio: PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD, EXTINCIÓN DE LAS,⁹⁶ en el cual se precisaba:

“...Las condenas privativas de libertad se computan en forma sucesiva una a continuación de la total extinción de la otra. Es principio general de derecho que informa toda la Legislación relacionada con la ejecución de sentencia en materia penal, que las condenas a sufrir privación de libertad, cuando se trata de las impuestas por diversos delitos, materia de juicios diversos, se computen en forma sucesiva, una a continuación de la total extinción de la otra, pues resultaría contrario a derecho y a la finalidad que justifica la imposición de sanciones de la especie, el que dos diversas sanciones provenientes de la comisión de dos diversos delitos autónomos y totalmente independientes, se computarán simultáneamente, lo que haría nugatoria la imposición de una de las dos sanciones...”

⁹⁵ Tesis Aislada. TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. T.C. Amparo en revisión 57/69. Rodolfo Ordóñez Navarrete. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 24 Sexta Parte. p 44.

⁹⁶ Tesis Aislada TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. T.C. R. P. 236/73. Isidro Hernández García. 30 de marzo de 1973. Ponente: Darío Córdoba L. de Guevara. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época. Volumen 54 Sexta Parte. p. 89.

Como se advierte, en el anterior criterio jurisprudencial, se dispone la compurgación sucesiva de las penas de prisión, pero ahora funda esta prescripción en la finalidad que justifica la imposición de sanciones de la misma especie, la cual según el anterior criterio jurisprudencial, considerar lo contrario, esto es la compurgación simultánea, haría ilusoria la imposición de una de las dos sanciones impuestas al sentenciado. Cabe destacar que este criterio siguió imperando hasta la década de los noventa, pero ahora con la tesis aislada PENAS IMPUESTAS AL QUEJOSO EN DIVERSOS JUICIOS. DEBEN COMPUTARSE EN FORMA SUCESIVA Y NO SIMULTÁNEA,⁹⁷ que en lo substancial prescribía:

“...Cuando se trate de penas impuestas al peticionario por diversos delitos, materia de diferentes juicios, las sanciones privativas de libertad deben computarse en forma sucesiva, una a continuación de la total extinción de la otra, pues resultaría contrario a derecho y a la finalidad que justifica la imposición de sanciones el que dos diversas condenas por la comisión de dos diversos delitos autónomos y totalmente independientes se computaran simultáneamente, y se haría nugatoria la imposición de una de las dos sanciones...”

La tesis aislada evidencia que en la década de los noventa los órganos jurisdiccionales, aún consideraban procedente la compurgación sucesiva de las sanciones penales, argumentando que no era posible la extinción simultánea de dos diversas condenas por la comisión de dos diversos delitos autónomos e independientes, sin embargo este criterio jurisprudencial abría la posibilidad que al interpretarlo a *contrario sensu*, es decir cuando se actualizaba la imposición de dos diversas penas de prisión, derivados de dos diversos delitos, que se encontraran en conexidad o vinculados de alguna manera, entonces era factible la compurgación simultánea de las penas de prisión. Este criterio resultó sobresaliente porque de algún modo contribuyó para que en posteriores casos se contemplara la posibilidad de la extinción simultánea de las penas de prisión.

Así, en el año 2003 un año antes de ser reformado el artículo 25 y 64 del Código Penal federal, disposiciones que regula la forma de cumplir las penas privativas de libertad, en el ámbito federal, irrumpe el criterio jurisprudencial PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SU CUMPLIMIENTO DEBE SER EN FORMA SUCESIVA, AUN CUANDO SEAN

⁹⁷ Tesis Aislada TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO. T.C. Amparo directo 80/91. Pedro Jiménez Montoya. 20 de marzo de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Ángel Mandujano Gordillo. Secretaria: Julieta María Elena Anguas Carrasco. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación, Octava Época. Tomo IX, febrero de 1992. p. 232.

IMPUESTAS POR DELITOS DISTINTOS EN CAUSAS PENALES DE DIVERSO FUERO ⁹⁸

el cual seguía relegando la posibilidad del cómputo simultáneo de las penas de prisión, llegando aun más allá, al negar la posibilidad de descontar el lapso de la prisión preventiva a cada una de las penas impuestas, siendo que esta tesis aislada señalaba:

“...Si se trata de penas privativas de libertad impuestas por diversos delitos, en diferentes causas penales de distintos fueros y los hechos son concomitantes, debe atenderse a lo establecido en el artículo 25 del Código Penal Federal y así, las sanciones privativas de libertad deben computarse en forma sucesiva, esto es, la segunda a partir de la extinción de la primera, pues resultaría contrario a la finalidad que justifica la imposición de sanciones por la comisión de diversos delitos que el cómputo se hiciera en forma simultánea, ya que se haría nugatoria la imposición de alguna de las sanciones; además, se correría el riesgo de que quienes compurguen una pena de prisión considerable pudieran delinquir nuevamente en o desde el interior del reclusorio con total impunidad; lo anterior, sin que se tome en consideración para el cómputo de la segunda el lapso en que el sentenciado estuvo en prisión preventiva ni el de la detención, ya que ésta se computó al compurgar la primera pena, lo que no contravendría lo dispuesto en la fracción X del apartado A del artículo 20 constitucional...”

Como se aprecia, el anterior criterio jurisprudencial era aún más restrictivo, porque negaba la posibilidad de realizar el descuento de la prisión preventiva sufrida por diversas causas penales, ya que sólo consideraba procedente el descuento sobre la primera pena compurgada y no así por las posteriores, lo cual evidencia la tendencia estricta de este momento en el Derecho Penal Mexicano, situación que resultaría superada con la publicación de las reformas a los artículos 25 y 64 del Código Punitivo Federal y con la emisión de criterios jurisprudenciales que interpretarían el contenido de los referidos preceptos legales, tal como la tesis aislada PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD. SU CUMPLIMIENTO CONFORME A LOS ARTÍCULOS 25 Y 64 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL (INTERPRETACIÓN A LAS REFORMAS PUBLICADAS EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DE 26 DE MAYO DE 2004).⁹⁹ La cual precisaba:

⁹⁸ Tesis aislada .SÉPTIMO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.I.7o.P.42 P Amparo en revisión 937/2003. 26 de junio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Ricardo Ojeda Bohórquez. Secretario: Alejandro Gómez Sánchez.: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XIX, enero de 2004. p. 1581.

⁹⁹ Tesis Aislada TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO. X.3o.37 P. Amparo en revisión 268/2005. 11 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Manuel Bautista Soto. Secretario: David Gustavo León Hernández. Amparo en revisión 269/2005. 11 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Manuel

“...Para determinar la forma en que deben compurgarse las penas impuestas por la autoridad judicial se debe interpretar el Código Penal Federal, como un conjunto de normas reguladoras de los diversos supuestos de la ley, atendiendo a los motivos que el legislador propone al respecto; por ello, de una correcta interpretación gramatical, lógica y sistemática de la reforma a los artículos 25 y 64, del citado código, publicada en el Diario Oficial de la Federación el veintiséis de mayo de dos mil cuatro, se obtienen los siguientes supuestos a aplicar al momento de compurgar las penas de prisión: a) La expresión "en este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea", contenida en el segundo párrafo del mencionado artículo 25, no se refiere al cumplimiento simultáneo de la totalidad de las sanciones de prisión impuestas en diversos juicios, sino únicamente al tiempo de privación de la libertad preventiva, es decir, la parte correspondiente de la pena impuesta relativa al cuántum de la prisión preventiva, la que debe darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, aunque hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión; b) El diverso artículo 64 del citado ordenamiento, en su segundo párrafo, establece que en caso de concurso real, esto es, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, si las penas se imponen en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos o similares, o derivado uno del otro, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito, esto es, las penas impuestas se compurgarán simultáneamente; y c) En el caso de que las penas privativas de libertad hayan sido impuestas por diversos delitos, en diferentes causas penales y los hechos no sean conexos o similares, o derivado uno del otro, las sanciones deben computarse en forma sucesiva, esto es, la segunda a partir de la extinción de la primera, con excepción de la prisión preventiva, la cual debe darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, o dicho de otra forma, debe descontarse de la pena impuesta, como lo establece el segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal...”

Del contenido del anterior criterio jurisprudencial se observan diversos aspectos a resaltar. De inicio se determinaba claramente que: la expresión *"en este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea"*, contenida en el segundo párrafo del mencionado artículo 25, no se refería al cumplimiento simultáneo de la totalidad de las sanciones de prisión impuestas en diversos juicios, sino únicamente al tiempo de privación de la libertad preventiva, la cual debería de darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, en las cuales fue sentenciado el justiciable.

Asimismo, el anterior criterio estableció que el diverso artículo 64 del Código Penal Federal, en su segundo párrafo, determinaba que en caso de concurso real, esto es, cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos, si las penas se imponen en el mismo proceso o

Bautista Soto. Secretario: David Gustavo León Hernández. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXII, octubre de 2005. p. 2439.

en distintos, pero si los hechos resultan conexos o similares, o derivado uno del otro, las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad por el primer delito, esto es, las penas impuestas se compurgarán simultáneamente. Lo anterior es relevante, porque este criterio jurisprudencial consideraba en ese momento procedente la compurgación simultánea de las penas punitivas, sólo con la condición de que éstas fueran resultado de la ejecución de hechos conexos, similares o derivados.

De igual manera, esta tesis aislada determinó que en el caso de que las penas privativas de libertad fueran impuestas por diversos delitos, en diferentes causas penales y los hechos fueran conexos o similares, o derivado uno del otro, las sanciones debían computarse en forma sucesiva; esto es la segunda a partir de la extinción de la primera, con excepción de la prisión preventiva, la cual debía darse por compurgada de manera simultánea en todas las causas, o dicho de otra forma, el lapso de tiempo en que se estuvo en prisión preventiva debería descontarse de la pena punitiva.

En este sentido, se observa que la práctica jurisprudencial ha adoptado diversas interpretaciones de la ley sobre la forma en que deberían de compurgarse las penas de prisión, esto es evidente si se remite al contenido del siguiente criterio Jurisprudencial del año 2006, **PENAS DE PRISIÓN IMPUESTAS. DEBEN COMPURGARSE EN FORMA SIMULTÁNEA (CÓDIGO PENAL FEDERAL¹⁰⁰**, en el cual se establecía:

“...Del análisis del proceso legislativo se advierte que el legislador para reformar el segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el veintiséis de mayo de dos mil cuatro, en vigor el día siguiente, consideraron como causas fundamentales las relativas a la sobrepoblación existente en las cárceles del país, y por tanto, su finalidad fue la disminución del número de internos que albergan tales centros de reclusión, de tal forma que en la parte final del párrafo segundo de tal precepto estableció "En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea", por lo que, debe interpretarse, que se refirió a la compurgación simultánea de sanciones privativas de libertad y no a la prisión preventiva, ya que este último aspecto está contenido en la parte inicial del precepto en análisis y, si la parte in fine del mismo alude a penas y a su compurgación, ello denota que este apartado no tiene

¹⁰⁰ Tesis Aislada. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.I.5o.P.55 P Amparo directo 225/2006. 16 de febrero de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: María Elena Jiménez Carrillo. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXIII, marzo de 2006. p. 2059

relación con la prisión preventiva sino con el cumplimiento de las sanciones privativas de libertad impuestas...”

El anterior criterio jurisprudencial resulta relevante, ya que hace patente que los órganos jurisdiccionales llegaron a interpretar, que debido a la finalidad de la mencionada reforma, que era la disminución del número de internos que albergaban los centros de reclusión, entonces, la parte final del párrafo segundo del artículo 25 del Código Penal Federal que establecía "*En este caso, las penas se compurgarán en forma simultánea*", debía entenderse, que este precepto se refería a la compurgación simultánea de sanciones privativas de libertad y no a la prisión preventiva, ya que este último aspecto está contenido en la parte inicial del artículo 25 del Código Penal Federal, por lo tanto, en el anterior criterio se alegó que si la parte final del mismo aludía a penas y a su compurgación, ello denotaba que este párrafo no tenía relación con la prisión preventiva, sino con el cumplimiento de las sanciones punitivas.

Consecuentemente, al ser notorio que existía una contradicción entre las tesis sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto; En el año 2007, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió la Tesis de jurisprudencia 8/2007: PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA,¹⁰¹ la cual constituye, hasta ahora, el criterio imperante relativo a la forma de compurgar las penas de prisión, siendo que este criterio instituyó:

“...Del proceso legislativo que originó la reforma del segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2004, se advierte que ésta obedeció al problema de sobrepoblación en los centros de reclusión del país, ante lo cual el legislador atendió, por una parte, el reemplazo de las penas de prisión por penas sustitutivas y, por otra, el tiempo que dura la prisión preventiva en los delitos cometidos por hechos anteriores al ingreso a prisión. Ahora bien, de la interpretación sistemática de dicho artículo y del numeral 64 del citado código -también reformado en la fecha indicada-, se colige que en caso de que se impongan penas privativas

¹⁰¹ Tesis de Jurisprudencia 1a. /J. 8/2007 Contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 10 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Tesis de jurisprudencia 8/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de enero de dos mil siete. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXV, mayo de 2007, p 452.

de la libertad por diversos delitos en diferentes causas penales en las cuales los hechos no son conexos, similares o derivados unos de otros, aquéllas deben compurgarse sucesivamente, mientras que la prisión preventiva debe tenerse por cumplida simultáneamente en todas las causas, lo que equivale a descontar el cuántum de la prisión preventiva en todas las penas impuestas al mismo sujeto. En congruencia con lo anterior, se concluye que el referido artículo 25, al contener la expresión "las penas se compurgarán en forma simultánea", se refiere al tiempo de duración de la prisión preventiva, el cual debe tomarse en cuenta para todas las causas seguidas en contra del inculcado, sobre todo porque con ello se atiende al objetivo de la pena, como medida aflictiva para quien realiza una conducta delictuosa, la cual también debe ser preventiva e inhibir las conductas antisociales, pues estimar lo contrario, es decir, que la compurgación simultánea de las penas se refiere a las que son impuestas como sanción, las haría nugatorias en tanto que de manera indebida se reduciría considerablemente el tiempo de reclusión..."

Lo anterior, fue reforzado por la aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito, de fecha 11 de junio de 2008 con el rubro PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.¹⁰² La cual determinó:

*"...Del proceso legislativo que originó la reforma del segundo párrafo del artículo 25 del Código Penal Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2004, se advierte que ésta obedeció al problema de sobrepoblación en los centros de reclusión del país, ante lo cual el legislador atendió, por una parte, el reemplazo de las penas de prisión por penas sustitutivas y, por otra, el tiempo que dura la prisión preventiva en los delitos cometidos por hechos anteriores al ingreso a prisión. Ahora bien, de la interpretación sistemática de dicho artículo y del numeral 64 del citado código -también reformado en la fecha indicada-, se colige que en caso de que se impongan penas privativas de la libertad por diversos delitos en diferentes causas penales en las cuales los hechos no son conexos, similares o derivados unos de otros, aquéllas deben compurgarse sucesivamente, mientras que la prisión preventiva debe tenerse por cumplida simultáneamente en todas las causas, **lo que equivale a descontar el cuántum de la prisión preventiva en todas las penas impuestas al mismo sujeto, de esta manera tratándose de prisión preventiva operará la simultaneidad mientras que en la imposición de penas operará la sucesividad de las mismas.** En congruencia con lo anterior, se concluye que el*

¹⁰² 1a. /J. 8/2007. Aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 11 de junio de 2008. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, septiembre de 2008, p. 192. Tesis de Jurisprudencia.

referido artículo 25, al contener la expresión "las penas se purgarán en forma simultánea", se refiere al tiempo de duración de la prisión preventiva, el cual debe tomarse en cuenta para todas las causas seguidas en contra del inculpado, sobre todo porque con ello se atiende al objetivo de la pena, como medida aflictiva para quien realiza una conducta delictuosa, la cual también debe ser preventiva e inhibir las conductas antisociales, pues estimar lo contrario, es decir, que la purgación simultánea de las penas se refiere a las que son impuestas como sanción, las haría nugatorias en tanto que de manera indebida se reduciría considerablemente el tiempo de reclusión..."

Como puede advertirse, hasta este momento sigue imperando la anterior interpretación jurisprudencial de los artículos que determinan la forma de cumplir de manera sucesiva las sanciones penales, lo cual supone que los individuos sentenciados con diversas penas de prisión, deben extinguir éstas invariablemente de forma continuada, es decir al término de una sanción privativa de la libertad, debe proseguir con la ejecución de la pena diversa impuesta por la realización del diferente hecho delictivo. Sin embargo, este criterio de la corte es importante porque determina la simultaneidad en el cumplimiento de la prisión preventiva, lo que equivale a descontar el cuántum de la prisión preventiva en todas las penas impuestas al mismo sujeto, es decir las penas preventivas se extinguen de manera simultánea, siempre y cuando se cumplan con diversas condiciones tales como: que los hechos sean conexos, derivados o similares.

2.2. Precedentes legislativos sobre la forma de extinguir las penas de prisión

Los antecedentes legislativos de este objeto de investigación tienen su origen en la reforma que se llevó a cabo en el año 2004 de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal. En tal sentido, debe precisarse que la iniciativa de reformas, entre otros, del artículo 25, párrafo segundo, del ordenamiento punitivo federal, fue presentada por la Cámara de Diputados, el once de noviembre de dos mil tres, En este acto, en la exposición de motivos, los diputados impulsores de la iniciativa, en lo sustancial señalaron la conveniencia de reformar el artículo 25 del Código Penal Federal para quedar de la siguiente forma:

*Artículo 25. El tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas, en la causa en que dicha privación haya sido acordada, o en su defecto de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión. **En este caso, las penas impuestas se purgaran entonces en forma simultánea...***

De lo anterior, es de resaltarse que el texto propuesto en la iniciativa para reformar el artículo 25, párrafo segundo, del Código Penal Federal, en su parte final señalaba: ‘...En este

caso, las penas impuestas se compurgarán entonces en forma simultánea...”. Como se observa la redacción referida, aparentemente no dejaba lugar a dudas, respecto a que las penas que debían compurgarse en forma simultánea, aunque hubieran tenido por objeto hechos anteriores al ingreso a prisión, eran las punitivas, ya que como se expuso anteriormente la prisión preventiva no es una pena en estricto derecho, sino tan solo es una medida cautelar.

Sin embargo, con la práctica se puso de manifiesto que esta parte del precepto estaba referida, únicamente, a la prisión preventiva, como finalmente fue determinada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de justicia al emitir la jurisprudencia: PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA,¹⁰³ la cual sentó las bases de cómo debía entenderse la prescripción contenida en los numerales relativos a la compurgación simultánea de penas de prisión.

Por otra parte, entre los antecedentes del objeto de investigación, ahora ya en el plano de la legislación local, éstos se remiten al 15 de marzo de 2012, fecha en que el diputado Carlos Fabián Pizano, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional, presentó al pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, V legislatura, la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reformarían los artículos 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal y el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal.

Dentro de esta serie de innovaciones, es donde se inserta la reforma realizada al artículo 33 del Código Penal del Distrito Federal. Para comprender más su significado y alcances, es necesario remitirse al documento original elaborado por asambleístas del Distrito Federal, en el cual se hace evidente la intención de la referida reforma. Así es prudente transcribir íntegramente algunas partes de este documento, para evidenciar la confrontación entre la intención original y el alcance en los hechos de la referida reforma.

¹⁰³Tesis de Jurisprudencia 1a. /J. 8/2007 Aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 11 de junio de 2008. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, septiembre de 2008. p. 192.

De tal manera, la iniciativa con proyecto de decreto, por el cual se reforman los artículos 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal y el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, señalaba los siguientes puntos medulares:

“...TERCERO. Que uno de los temas de mayor preocupación para esta Asamblea Legislativa que motivó a la creación de la Ley antes señalada, es la sobrepoblación existente en los centros de Reclusión Del Distrito Federal, por lo que se prevén diferentes formas de compurgar las penas y medidas de seguridad impuesta por la autoridad judicial.

CUARTO. Que el sistema de compurgación simultáneo de penas, está dirigido al abatimiento de la sobrepoblación penitenciaria en los centros de reclusión y las cárceles del país...”

Se observa, que la iniciativa local coincide con los motivos expuestos años antes por el legislativo federal, que consideró que con la finalidad de abatir la sobrepoblación en los centros de reclusión, era necesario implementar un sistema de compurgación simultáneo de penas de prisión. Más adelante, en la exposición de motivos aludida, se subraya el aspecto más importante de la reforma Federal, ya que según este documento, la reforma emprendida años antes por los legisladores federales podía considerarse sumamente valiosa, ética y culturalmente. Así se puede leer en la exposición de motivos de la iniciativa para reformar los artículos locales:

“La reforma que nos ofrece la minuta es breve, pero en él se encierran los ideales del más alto valor ético y cultural, al referirse de este que la lucha contra la delincuencia y la impunidad no cruza necesariamente en todo los casos, con el endurecimiento de las penas, o la severidad en la restricción de la libertad personal...”

En esta lógica, la reforma propuesta por la Asamblea local consistió en modificar el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, a fin de precisar en qué supuestos se cumplirán las penas de forma simultánea, las cuales deben ser sólo en el caso de que los hechos son conexos, similares o derivados unos de otros, quedando de este modo homologada la legislación local con la legislación penal federal. De tal modo, en la exposición de motivos aludida se precisaba:

“...La propuesta que en este sentido realiza el promovente es reformar el tercer párrafo del artículo 33 del Código penal para el Distrito federal y adicionar un último párrafo para quedar de la siguiente manera:

ARTÍCULO 33 (Concepto y duración de la prisión) La prisión consiste en la privación de la libertad, su duración no será menor de tres meses ni mayor de setenta años, Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o lugares donde disponga la autoridad ejecutora de

las sanciones penales en el Distrito Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.

En el supuesto de imposición de penas de prisión, emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dicha pena desde el momento en que se detuvo al sujeto, por el delito inicial...”

Por otro lado, la citada iniciativa de reforma, también expresaba la necesidad de llevar a cabo la reforma del artículo 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones para el Distrito Federal. Cabe precisar, que en la exposición de motivos lo que se pretendía era adicionar un segundo párrafo a dicho artículo, a fin de aclarar el tiempo que deberá abonarse como prisión preventiva, en el supuesto de que el sentenciado promoviera juicio de amparo contra la sentencia ejecutoriada, y se concediera el Amparo para que la autoridad judicial dejara insubsistente dicha sentencia y se dictara una nueva resolución en su lugar. Por lo tanto, la propuesta objeto de la iniciativa en dictaminación sugirió que la redacción del citado artículo debería decir:

“...ARTÍCULO 28 CÓMPUTO DE LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD. A toda pena privativa de libertad que sea impuesta mediante sentencia condenatoria, se le abonará el tiempo que el sentenciado haya estado en prisión preventiva, la cual comprenderá desde su detención y hasta que cause ejecutoria la sentencia condenatoria.

Cuando el sentenciado promueva juicio de Amparo contra la sentencia ejecutoriada, y éste se conceda para que la autoridad judicial deje insubsistente dicha sentencia y en su lugar dicte una nueva o bien ordene la reposición del procedimiento, el tiempo que deberá abonarse como prisión preventiva comprenderá desde la detención, y se prolongará hasta el momento en que se dicte la nueva resolución en cumplimiento a la ejecutoria de amparo.

Cuando un sentenciado deba compurgar más de una pena privativa de la libertad, proveniente de sentencias diversas, deben observarse los siguientes criterios:

I. Cuando un sentenciado esté compurgando una pena de prisión impuesta en sentencia ejecutoriada y cometa delito diverso, a la pena impuesta por el nuevo delito, debe sumarse el resto de la pena que tenía pendiente por compurgarse, procediendo a la acumulación de penas;

II. Cuando el sentenciado reporte diversas penas por delitos cometidos antes de su detención, se procederá a la acumulación de ellas, tomando en cuenta para la primera pena impuesta por sentencia ejecutoriada, la del delito cometido el día de su detención y por las restantes, de acuerdo con el orden cronológico en que vayan causando ejecutoria las sentencias que le imponen otras penas de prisión, por lo que se estará a lo establecido en el Código Penal; y

III. Si el sentenciado estuvo sujeto de forma simultánea a dos o más procesos por la comisión de diversos delitos, y en tales casos se haya dictado prisión preventiva y luego sentencia condenatoria, el tiempo que se cumplió con dicha medida cautelar se computará para el descuento de las demás penas de prisión impuestas, contándose a partir de la detención por el primer delito...”

Sin embargo, la reforma no se concretó de la manera en que fue planteada por el diputado promovente, ya que la Comisión Dictaminadora, consideró que el párrafo segundo que pretendía adicionar al numeral 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal, era innecesario en razón de que por disposición Constitucional debe abonarse el lapso de la prisión preventiva, computado desde el momento de la detención y hasta el diverso en el que se dicta la sentencia que deberá cumplir, y si ésta es modificada por algún recurso o juicio de amparo, es lógico que el tiempo que siga en prisión preventiva el procesado, igual deberá computarse, porque de lo contrario se violarían Garantías fundamentales.

Finalmente, la comisión de Administración y Procuración de Justicia de la Asamblea Legislativa del Distrito federal. Integrante de la V Legislatura resolvió:

“...PRIMERO.- Es de aprobarse la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman los artículos 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal y el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal presentada por el diputado Carlo Fabián Pizano Salinas, del grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional para quedar en los siguientes términos.

Artículo único.- Se reforma el tercer párrafo del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal y se adiciona un último párrafo para quedar como sigue:

ARTICULO 33 (Concepto y duración de la prisión)...

...Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes aquellas se cumplirán de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.

*En el supuesto de imposición de penas prisión emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dichas penas desde el momento en que se detuvo al sujeto por el delito inicial.”*¹⁰⁴

De tal modo, desde el año 2011 el Código Penal para el Distrito Federal contiene de manera expresa la compurgación simultánea de penas de prisión, sin embargo se aprecia que no existe una exacta aplicación de dicha ley, debido a las heterogéneas interpretaciones que realizan los órganos jurisdiccionales, de lo cual daremos cuenta posteriormente en esta tesis.

2.3.- Diversas formas de compurgar las penas de prisión.

¹⁰⁴ El texto subrayado es el párrafo adicionado al artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal.

El cumplimiento sucesivo de penas de prisión está definido como la compurgación continuada de las diversas sanciones penales a las cuales pueda ser sujeto un sentenciado, debido a la realización de varias conductas típicas. Así, se aprecia que el Código Penal Federal establece esta forma de ejecutar las penas en su artículo 64 el cual señala:

“...En caso de concurso ideal,¹⁰⁵ se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, que se aumentará hasta una mitad del máximo de su duración...

En caso de concurso real,¹⁰⁶ se impondrán las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos, sin que exceda de las máximas señaladas en el Título Segundo del Libro Primero. Si las penas se impusieran en el mismo proceso o en distintos, pero si los hechos resultan conexos, o similares, o derivado uno del otro, en todo caso las penas deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad por el primer delito...”

De tal modo, de la redacción del artículo aludido se percibe la disposición legal de compurgar las penas de prisión impuestas de manera sucesiva, salvo en el caso que los hechos por los cuales se le condena, sean de naturaleza conexa, derivada o similar; En cuyo caso, las penas deberán contarse desde el momento en que fue privado de la libertad por el primer delito.

Por otro lado, el Código Penal para el Distrito Federal dispone en sus artículos 33 y 79 las reglas para el cumplimiento de las penas de prisión, en donde se evidencia el mandato sucesivo de las sanciones penales. De tal modo, el artículo 33 del Código sustantivo local prescribe:

“...La prisión consiste en la privación de la libertad personal. Su duración no será menor de tres meses ni mayor de setenta años. Su ejecución se llevará a cabo en los establecimientos o lugares donde disponga la autoridad ejecutora de las sanciones penales en el Distrito Federal o del Ejecutivo Federal, conforme a lo dispuesto en la legislación correspondiente, en la resolución judicial respectiva o en los convenios celebrados.

En toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención o del arraigo.

Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán invariablemente de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.

En el supuesto de imposición de penas prisión emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dichas penas desde el momento en que se detuvo al sujeto por el delito inicial...”

¹⁰⁵ Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.

¹⁰⁶ Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

Prescripción legal que se relaciona con el artículo 79 del Código Sustantivo de la materia, el cual determina:

“...En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código. ...”

Como se puede observar los marcos jurídicos, tanto el federal como el de la ciudad de México, disponen la forma sucesiva de compurgar las penas impuestas a los sentenciados que incurran en la comisión de diversos actos típicos.

2.3.1.-Sucesividad o simultaneidad en el cumplimiento de las sanciones penales

Resulta claro que la compurgación sucesiva de penas de prisión tiene aplicación cuando a un sentenciado se le imponen diversas sanciones penales, en este sentido cobra importancia señalar los artículos que describen las figuras jurídicas de concurso real y concurso ideal, para lo cual es necesario remitirse inicialmente a lo que dispone el artículo 28 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual señala:

“... Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos.

Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.

No hay concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado.

En caso de concurso de delitos se estará a lo dispuesto en el artículo 79 de este Código...”

Resulta evidente, que ya sea con la realización de una acción, o de varias, se pueden llegar a cometer diversos actos que ameritan la punición, a través de la imposición de diversas sanciones penales, lo cual finalmente suscita la compurgación de diversas penas de prisión. Por lo tanto, es posible que las penas de prisión se cumplan de manera simultánea, cuando los hechos son resultados de acciones derivadas, conexas o similares, sin embargo, la normativa vigente tan sólo establece, a la prisión preventiva, como la única susceptible de ser cumplida de manera

simultánea, ya que como se señaló la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó el criterio imperante en la materia, el cual estableció que en la prisión preventiva opera la simultaneidad y en la imposición de las penas, rige la sucesividad.

De tal modo, la sucesividad de las penas de prisión, es la disposición normativa por la cual se determina que las sanciones penales impuestas por delitos diversos, deben necesariamente compurgarse de forma progresiva, en atención a que son resultado de diversos delitos cometidos en momentos diferentes o en un mismo acto. Así lo ha dispuesto la práctica jurisprudencial, argumentando que en el caso contrario, la sanción impuesta en la primera causa deduciría de la fijada en la ulterior y ese proceder equivaldría a cumplir una sola sanción por delitos autónomos y diversos.¹⁰⁷

Como puede advertirse, la interpretación jurisprudencial orientó la forma en cómo deben ser entendidos los numerales del Código Penal Federal, que se refieren a la compurgación de las penas de prisión, lo cual también tiene aplicación a la legislación local, siendo que se advierte que la Suprema Corte determinó que el cumplimiento de las penas punitivas deberá ser invariablemente de manera sucesiva, mientras que las penas preventivas serán cumplidas de manera simultánea, siempre que se deriven de hechos conexos, derivados o similares.

De lo anterior, se puede observar que la compurgación sucesiva de penas de prisión está plenamente establecida en los diversos marcos normativos, tanto locales como federales. Como puede apreciarse, de igual forma, el Código Nacional de Procedimientos Penales, dispone la compurgación sucesivamente de las penas de prisión cuando se actualicen las figuras de concurso ideal y concurso real.¹⁰⁸

¹⁰⁷ criterio jurisprudencial con rubro PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA,

¹⁰⁸ Artículo 410 del Código Nacional de Procedimientos Penales. (publicado el 5 de febrero de 2014)

Criterios para la individualización de la sanción penal o medida de seguridad:

"...En caso de concurso real se impondrá la sanción del delito más grave, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda de los máximos señalados en la ley penal aplicable. En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, siempre que las sanciones aplicables sean de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza, podrán imponerse las consecuencias jurídicas señaladas para los restantes delitos. No habrá concurso cuando las conductas constituyan un delito continuado; sin embargo, en estos casos se aumentará la sanción penal hasta en una mitad de la correspondiente al máximo del delito cometido..."

Como ya se señaló, en el plano local el Código Penal para el Distrito Federal dispone en su artículo 33 el mandato expreso del cumplimiento sucesivo de las penas de prisión, ya que este numeral establece:

...Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes, aquellas se cumplirán de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años...

Lo cual se relaciona con lo que determina el artículo 79 del mismo Código Sustantivo para el Distrito Federal, el cual refiere que:

“...En caso de concurso ideal, se impondrán las sanciones correspondientes al delito que merezca la mayor penalidad, las cuales podrán aumentarse sin rebasar la mitad del máximo de la duración de las penas correspondientes de los delitos restantes, si las sanciones aplicables son de la misma naturaleza; cuando sean de diversa naturaleza podrán imponerse las penas correspondientes a los restantes delitos. En ningún caso, la pena aplicable podrá exceder de los máximos señalados en el Título Tercero del Libro Primero de este Código.

En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este Código...”

De tal manera, de los dos artículos del Código Penal local, relacionados de manera sistemática se desprende que estos determinan el mandato de cumplir de manera sucesiva las penas de prisión, derivadas de hechos diversos, lo cual lo homologa al marco normativo federal.

Por lo tanto, resulta claro que tanto el marco normativo local, como el federal disponen el cumplimiento sucesivo de las penas de prisión punitiva, lo cual, aun cuando no sea el tema central de esta tesis, si es necesario dejar claro que en el fondo esta disposición legal representa que las personas sentenciadas con varias sanciones penales tengan que cumplir largas y excesivas condenas, lo cual desafía cualquier intento de *resocializar* al infractor, lo que constituye una contradicción con el fin declarado de la pena de prisión, ya que como Claus Roxin señaló en su momento: *“... el problema de las sanciones de prisión estriba en el hecho de que es apenas posible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparta de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a las de la vida en*

libertad...”¹⁰⁹ Lo que viene a demostrar que ningún intento resocializador puede funcionar con la pena de prisión, como único medio para tal fin.

2.4.-Análisis de resoluciones judiciales relativas al cumplimiento simultáneo de penas de prisión.

La tesis cuyos resultados aquí se presentan concentra su atención, en este punto, en la forma en que los órganos jurisdiccionales interpretan y aplican los diversos artículos sobre la manera de compurgar las penas de prisión preventivas, en caso de la imposición de varias sanciones, con la finalidad de evidenciar las diversas ambigüedades, vaguedades e imprecisiones de las normas aplicables,¹¹⁰ que hacen difícil el mandato constitucional de la exacta aplicación de la ley, por lo que es necesaria una correcta interpretación del marco jurídico aplicable, ya que es indudable que la esencia de la actividad judicial, es la de una continua y permanente interpretación de las normas jurídicas que han de ser aplicadas al caso concreto, ya que por más que el legislador quisiera prever todos los casos posibles y todos sus elementos constitutivos, nunca podría lograr tal cometido.

De tal modo, después de realizar una selección entre las resoluciones jurisdiccionales recopiladas, en definitiva se analizaron cincuenta sentencias relativas a la compurgación

¹⁰⁹ JÁGER, Christian; ROXIN, Claus; ORDEIG, Gimbernat; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. Universidad Nacional Autónoma de México. 2002 p92.

¹¹⁰ “...Cattaneo, señala que “Una buena ley es aquella que es necesaria para el bien del pueblo, y, además, clara e inequívoca... la ley se entenderá mejor con pocas palabras que con muchas. Pues todas las palabras están sujetas a la ambigüedad, y, por tanto, la multiplicación de palabras en el cuerpo de la ley es una multiplicación de la ambigüedad... Pertenece, por tanto, al oficio de un legislador... hacer el cuerpo de la ley misma en términos tan breves pero tan propios como sea posible” (Leviatán, cap. XXX). Montesquieu elabora un catálogo de recomendaciones para la elaboración de las leyes, insistiendo en que “Su estilo debe ser conciso... Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres... Después que se han fijado bien las ideas de las cosas en una ley, no hay que explicarlas por medio de otras expresiones vagas... Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de la lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia” (Del espíritu de las leyes, Cap. XXIX). “Que toda ley sea clara, uniforme y precisa: interpretarla es casi siempre corromperla”, sentencia Voltaire en el Diccionario filosófico; “Ése es el medio a través del cual, con unas pocas leyes claras y simples, e incluso con pocas jueces, la justicia puede ser bien administrada... Es necesario hacer tres códigos: uno político, otro civil y otro penal. Los tres claros, breves y precisos cuanto sea posible”, dirá por su parte Rousseau. Para Bentham, “El fin de las leyes es dirigir la conducta de los ciudadanos, y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: 1) que la ley sea clara, esto es, que ofrezca el entendimiento de una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; 2) que la ley sea concisa para que se fije fácilmente en la memoria. Claridad y brevedad son, pues, la dos cualidades esenciales”. Para estas citas, véase FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, pp. 179 y 180, notas 9-14.

simultánea de penas de prisión (Ver anexo 2)¹¹¹ debido a que en ese número de resoluciones se llegó a un punto de saturación ¹¹² de indicadores representativos para el análisis que se pretendía.

2.4.1.- Diseño inicial del análisis de resoluciones judiciales sobre la simultaneidad de penas de prisión.

De inicio, al tratar de formular el diseño de análisis de las resoluciones estudiadas, se decidió poner atención en los siguientes aspectos:

- Apreciación dada a los hechos del caso y su tratamiento a través de la actividad de análisis sobre los elementos en litigio.
- Fuentes normativas y criterios de interpretación utilizados.
- Razonabilidad de la decisión, entendida como la base técnica sobre la cual la respuesta judicial es capaz de generar convicción.

Enseguida, en las sentencias analizadas, se compararon los requisitos legalmente establecidos en los artículos que se refieren a la compurgación simultánea de las penas, con los contenidos de las sentencias examinadas, De tal modo, aun cuando en la mayoría de las resoluciones analizadas los órganos jurisdiccionales aplican adecuadamente el marco normativo referente a la simultaneidad de las sanciones, sin embargo en un número importante, los aplicadores del derecho realizan diversas apreciaciones que evidencian la poca claridad y precisión del precepto normativo que dispone la simultaneidad de las penas de prisión, lo cual al final, vulneran derechos fundamentales de los justiciables, tales como los de libertad e integridad personal, así como la garantía de exacta aplicación de la ley.

2.4.2.- Indicadores para el análisis exegético de las resoluciones analizadas

De tal modo, para ilustrar la vulneración de derechos y garantías se hace necesario señalar cuáles fueron los indicadores que sirvieron de guía para examinar de manera exegética las resoluciones judiciales (ver anexo 3) los cuales a continuación se enlistan:

¹¹¹ Los casos que serán citados a modo ilustrativo, fueron escogidos como ejemplos de ciertos rasgos distintivos, serán identificados de modo referencial, sin señalarse los datos personales del justiciable.

¹¹² Para llevar a cabo el análisis de las resoluciones se logró recabar más de cien fallos jurisdiccionales relativos al cumplimiento simultáneo de penas de prisión, empero sólo se tomaron en cuenta cincuenta de ellas por ejemplificar los indicadores que serían materia de análisis, es decir en ese número de sentencias se encontraron los datos suficientes e idóneos para llevar a cabo el análisis pretendido, llegando a un punto de saturación.

- 1.- Confusión entre los conceptos de *sentencia* y *pena* de prisión.
- 2.- Determinación respecto, a si es la pena de prisión preventiva, o la punitiva, la susceptible de compurgarse simultáneamente.
- 3.- Dudas provocadas, en cuanto a qué se debe entender por el delito inicial, al actualizarse un concurso de delitos.
- 4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena.
- 5.- Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad o función de la pena.
- 6.- Procesos interpretativos explícitos e implícitos de la norma cuestionada: literal o sistemático.
- 7.- Apreciación de los órganos jurisdiccionales, en cuanto a que no existen varias penas al actualizarse un concurso de delitos, sino una sola sanción.
- 8.- Referencia o no, de derechos fundamentales vulnerados en la compurgación de penas de prisión
- 9.- Alusión de tratados internacionales en las resoluciones analizadas.
- 10.- Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable.

2.4.2.1. Confusión entre los conceptos de sentencia y el de pena de prisión.

Inicialmente, al llevar a cabo el análisis de las resoluciones seleccionadas se observó que en dieciocho casos (Ver anexo 3) se presentaba una confusión entre dos conceptos jurídicos distintos. De tal modo, se apreciaba que el órgano jurisdiccional resolvió negar la petición del justiciable para el cumplimiento simultáneo de penas de prisión preventivas, argumentando básicamente que al sentenciado en cuestión, no se le habían impuesto varias penas de prisión, ya que sólo se encontraba cumpliendo una sola sentencia, siendo así que el juzgador en este caso señaló lo siguiente:

“No es procedente el aplicar la hipótesis prevista en el artículo 33 último párrafo, del Código Penal para esta ciudad a la situación jurídica del quejoso, en virtud de que aquella no es ajustable al supuesto en particular, al resultar indispensable que sea derivado de sentencias diferentes. La reforma al último párrafo de dicho dispositivo señala que: la compurgación simultánea...sólo en el caso que se impongan penas privativas de libertad por diversos delitos en diferentes causas penales, en las cuales los hechos sean conexos, similares o derivados unos de otros, ya que en este caso es evidente que el computo deberá

realizarse sucesivamente...advirtiéndose que en el caso no estamos en presencia de sentencias diferentes...”¹¹³

De lo anterior, conviene destacar a modo de contextualización, lo que determina el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, el cual dispone:

“...Si se trata de dos o más penas de prisión impuestas en sentencias diferentes aquellas se cumplirán de manera sucesiva, sin que la suma de ellas sea mayor de setenta años.(penúltimo párrafo)

En el supuesto de imposición de penas de prisión, emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dicha pena desde el momento en que se detuvo al sujeto, por el delito inicial (último párrafo)

Como se advierte, el artículo 33 del Código sustantivo para el Distrito Federal en el penúltimo párrafo señala de forma taxativa, que en caso de ser impuestas varias penas de prisión en *sentencias diferentes*, estas deben cumplirse de manera *sucesiva*; sin embargo en el último párrafo se hace la distinción, que en el supuesto de imposición de las *penas* de prisión, emanadas de hechos conexos, similares, o derivados uno de otro, se deberá computar dichas penas desde el momento en que se detuvo al sujeto, por el delito inicial, pero no señala la necesidad de que estas penas sean impuestas en sentencias diferentes, como lo señala el órgano resolutor en la resolución referida.

De tal manera, es de destacar que el citado numeral dispone dos posibles casos. El primero, contenido en el penúltimo párrafo, el cual prescribe la compurgación sucesiva de las penas cuando éstas se impongan en *sentencias diferentes*. Por otra parte, en el segundo caso, establecido en el último párrafo, se previene que en el supuesto de imposición de varias *penas de prisión* emanadas de hechos conexos, similares o derivados, dichas penas se deberán computar desde la detención por el delito inicial, lo cual supone el cumplimiento simultáneo de la prisión preventiva.

Luego, se advierte que en el supuesto inicial del referido artículo del Código Penal del Distrito Federal, las penas de prisión deben cumplirse de manera sucesiva, pero en el último párrafo lo que se establece es la simultaneidad de las sanciones, aun cuando éstas sean impuestas

¹¹³ resolución del juicio de amparo indirecto 696/2013-V-B, dictada por el Juez Decimocuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal.

en la misma sentencia, ya que el precepto aludido no hace ninguna distinción, produciendo la máxima de derecho, *donde la ley no distingue, no es dado distinguir*.

Por lo tanto, en el caso de referencia se observa que el juzgador, incurre en una apreciación equivocada, ya que confunde dos conceptos jurídicos distintos, porque considera que el concepto de sentencia, es igual al de pena de prisión, confusión de la cual deriva finalmente la negación del derecho alegado por el justiciable en el caso en estudio, esto es así porque estos conceptos jurídicos denotan contenidos distintos, ya que según la dogmática jurídica, una sentencia, es todo acto decisorio que pone fin a las cuestiones de fondo planteadas en el proceso¹¹⁴, mientras por otro lado la pena, es todo castigo impuesto, conforme a la ley, por los jueces o tribunales a los responsables de un delito, pudiendo ser de naturaleza económica, como es la multa o bien privativa de libertad, como es el caso de la prisión, que es la reclusión del sentenciado en un establecimiento penal en el que permanece, en mayor o menor grado, privado de su libertad.¹¹⁵

En consecuencia, se observa que el juzgador, en el caso que se expone, se confunde en la utilización de los conceptos, ya que decide negar la petición del justiciable, aduciendo para ello que a éste, no se le impusieron varias sentencias, sino sólo una. Sin embargo, soslaya que en el caso de referencia, al justiciable efectivamente se le impusieron varias penas de prisión, una por cada conducta imputada, condición necesaria que prescribe el mencionado artículo del Código Penal para el Distrito Federal, lo cual se acredita al revisar la resolución dictada al referido justiciable, en la cual se le impusieron diversas *penas* por actualizarse diversas conductas punibles:

“... Por lo que se refiere al delito de ROBO previsto en el numeral 220 fracción III del código Penal para el Distrito Federal, se impone al encausado....., por los hechos acaecidos el día 23 de marzo de 2006, en agravio de, respectivamente una sanción de 02 dos años 03 tres meses de prisión y 181 ciento ochenta y un días multa , la cual se aumenta por lo que hace a la calificativa de VIOLENCIA MORAL prevista en el numeral 225 fracción I del código penal para el Distrito Federal, con 02 dos años 06 seis meses de prisión...asimismo respecto a la facultad que el numeral 79 del Código Penal para el Distrito Federal concede a esta alzada, se aumentara a la pena anterior , por cuanto hace al delito de ROBO previsto en el numeral 220 fracción III del código penal para el distrito federal ocurrido el día 06 seis de mayo de 2006, en agravio deresultando procedente

¹¹⁴ Diccionario Jurídico Enciclopédico

¹¹⁵ ídem

imponerle al encausadouna sanción de 02 dos años 03 tres meses de prisión y 181 ciento ochenta y un días de multa, la cual se aumentara por lo que hace a la calificativa de VIOLENCIA MORAL prevista en el numeral 225 fracción I del Código Penal para el Distrito federal con 02 dos años 06 seis meses de prisión. Pena que además se aumentara por cuanto hace al delito de ROBO previsto en el numeral 220 fracción III del código penal para el distrito federal ocurrido el día 11 once de mayo de mayo de 2006 , en agravio deresultando procedente imponerle al encausadouna sanción de 02 dos años 03 tres meses de prisión y 181 ciento ochenta y un días de multa, la cual se aumentara por lo que hace a la calificativa de VIOLENCIA MORAL prevista en el numeral 225 fracción I del Código Penal para el Distrito federal con 02 dos años 06 seis meses de prisión. En este orden de ideas, por la comisión del delito de ROBO CALIFICADO DIVERSO (TRES) al haberse actualizado la calificativa de VIOLENCIA MORAL cometido en agravio de....respectivamente se le impone al enjuiciado...la pena total de 14 CATORCE AÑOS 03 TRES MESES DE PRISIÓN...” (El uso de mayúsculas es de origen) ”¹¹⁶

De lo anterior, se observa que el juzgador, al confundir los términos de sentencia, con el de pena de prisión, vulnera la garantía del justiciable a la exacta aplicación de la ley, ya que como resulta evidente la formulación normativa, en este caso el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, no dispone que los sujetos que demanden la simultaneidad de la prisión preventiva deban cumplir con la condición de haber recibido varias sentencias, como equivocadamente algunos juzgadores señalaron en el cuerpo de las resoluciones analizadas, ya que el artículo mencionado tan sólo refiere la circunstancia de haber recibido varias penas de prisión, como exigencia necesaria, para considerar fundada la compurgación simultánea de la prisión preventiva.

2.4.2.2.- Pena de prisión preventiva o punitiva

Por otra lado, en cuanto al segundo indicador observado en las resoluciones analizadas que se refiere a la interpretación realizada por los órganos jurisdiccionales, sobre cuál debe ser la pena de prisión que se debe compurgar simultáneamente, si la preventiva o la punitiva, se evidenció que en diecinueve de las resoluciones analizadas (Ver anexo 3) se dejaba claro que la pena que debía de ser cumplida de manera simultánea, debía ser la pena preventiva de prisión, lo cual resulta relevante, ya que como se observa la redacción de los numerales relativos a la forma de compurgar las penas de prisión derivaron en el pasado del surgimiento de varias interpretaciones de estos preceptos, lo cual se evidencia con la existencia de tesis contrarias a este respecto que

¹¹⁶ PRIMERA SALA PENAL DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, Resolución de segunda instancia, toca penal 1432/2006, derivada de la resolución definitiva de primera instancia dictada por el C. JUEZ TRIGÉSIMO SEXTO PENAL EN EL DISTRITO FEDERAL dentro de la causa 132/2006.

fueron finalmente resueltas mediante la contradicción de tesis efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹¹⁷.

Por lo tanto, es conveniente indicar lo que el órgano jurisdiccional señaló al respecto en una de estas resoluciones:

“...Por lo que se insiste en que el computo, simultáneo sólo se refiere únicamente AL DE LA PRISIÓN PREVENTIVA, ya que resulta indispensable hacer notar que la citada reforma al artículo 33 de la ley sustantiva penal de la materia, también tiene que ver: a) con el COMPUTO SUCESIVO DE PENAS DE PRISIÓN (PÁRRAFO TERCERO DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY SUSTANTIVA PENAL) Y b) con el COMPUTO SIMULTÁNEO pero de LA PRISIÓN PREVENTIVA, Y ESTE ÚLTIMO se realizará para todas las penas impuestas al mismo sujeto, sólo en caso de que se impongan penas privativas de libertad por diversos delitos en diferentes causas penales, en las cuales los hechos sean conexos, similares o derivados uno de otro, este computo consiste en establecer la compurgación simultánea estableciendo la forma en que se debe abonar la prisión preventiva...”¹¹⁸

Del extracto de la resolución transcrito en el párrafo anterior, se puede percibir claramente que la prisión preventiva, es la única que puede ser cumplida de manera simultánea. Esto es así, porque según la mayoría de las resoluciones jurisdiccionales que se analizaron; la aplicación simultánea de las penas punitivas, equivale en la práctica a dejar sin efecto las penas impuestas en sentencias diversas dictadas en los casos en que las sanciones de prisión decretadas sean menores o iguales a la de mayor duración que deba compurgar el reo.

Es decir, si se le impusieron varias penas de prisión, se cumpliría únicamente la penalidad mayor y quedarían sin ejecutarse las demás sanciones impuestas por los otros hechos cometidos, lo cual según la práctica jurisdiccional, no sería congruente con el fin de la punición: que es la *readaptación* del sentenciado mediante la educación y el trabajo. Siendo aplicable al respecto el contenido del criterio 1a./J. 8/2007 Aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS antes aludida que señala:

¹¹⁷ Tesis de Jurisprudencia 1a. /J. 8/2007 Contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 10 de enero de 2007. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo.

Tesis de jurisprudencia 8/2007. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha diecisiete de enero de dos mil siete. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXV, mayo de 2007.

¹¹⁸ Resolución incidental, dictada por el C. Juez Decimo Octavo Penal en el Distrito Federal, dentro de la causa penal 260/2005.

“...En congruencia con lo anterior, se concluye que el referido artículo 25, al contener la expresión "las penas se purgarán en forma simultánea", se refiere al tiempo de duración de la prisión preventiva, el cual debe tomarse en cuenta para todas las causas seguidas en contra del inculpado, sobre todo porque con ello se atiende al objetivo de la pena, como medida aflictiva para quien realiza una conducta delictuosa, la cual también debe ser preventiva e inhibir las conductas antisociales, pues estimar lo contrario, es decir, que la purgación simultánea de las penas se refiere a las que son impuestas como sanción, las haría nugatorias en tanto que de manera indebida se reduciría considerablemente el tiempo de reclusión...”¹¹⁹

2.4.2.3 Delito inicial, en un concurso de delitos.

El tercer indicador, se encontró en diecinueve casos del total de las resoluciones analizado (Ver anexo 3). El indicador se refiere a las implicaciones que surgen debido a las imprecisiones sobre qué debe entenderse por el *delito inicial*, circunstancia referida por el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, para llevar a cabo la simultaneidad de las penas de prisión, puesto que la redacción del mencionado precepto, es un tanto vaga e imprecisa. De tal modo, se observa que este numeral tan sólo determina:

“...En el supuesto de imposición de la pena prisión, emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dicha pena desde el momento en que se detuvo al sujeto, por el delito inicial...”

Lo anterior, resulta relevante, ya que en caso de actualizarse un concurso de delitos no queda claro cuál puede ser el delito inicial, luego en una interpretación estricta de la ley el juzgador puede llegar a negar la simultaneidad de penas, si considera que en el caso a estudio no se llega a acreditar un delito inicial, ya que las conductas reprochadas, desde esta óptica estrecha, se actualizan en un solo momento, tal es el caso de una de las resoluciones estudiadas que señala textualmente:

“...En esa tesitura resulta del todo evidente que no estamos en presencia de SENTENCIAS DIFERENTES en las que se hayan impuesto más de dos penas de prisión emanadas de delitos CONEXOS, SIMILARES O DERIVADOS UNO DEL OTRO, pues como se advierte de las constancias en autos (...) aunque si bien se le siguió un solo proceso por los delitos de ROBO CALIFICADO Y ABUSO SEXUAL AGRAVADO, sin embargo se insiste fue puesto a

¹¹⁹ 1a./J. 8/2007 Aclaración de sentencia en la contradicción de tesis 38/2006-PS. Entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo y Quinto, ambos en Materia Penal del Primer Circuito. 11 de junio de 2008. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Rosaura Rivera Salcedo. Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXVIII, Septiembre de 2008. p. 192. Tesis de Jurisprudencia.

disposición en la misma fecha por los dos delitos, lo que denota que no existe un delito inicial sobre el cual en un momento dado pudiera realizarse el computo simultáneo (El uso de mayúsculas es de origen) ... ”¹²⁰

Como se advierte, la redacción imprecisa del precepto legal, ocasiona que el resolutor negara la concesión de la compurgación simultánea de penas de prisión, aduciendo que en el caso, aun cuando se actualiza un concurso real de delitos, la persona en cuestión fue detenida en un solo momento, aunque posteriormente se le impusieran diversas penas de prisión, por lo cual no podría señalarse un delito inicial, ya que el sentenciado había sido puesto a disposición por las conductas diversas, en una misma fecha, con lo cual finalmente se llega a vulnerar el derecho de los justiciables a la exacta aplicación de la ley, toda vez que el resoluto realiza una interpretación

Esto es así, porque debe considerarse que por principio no puede perjudicarse al justiciable por haber sido juzgado en un solo proceso, por diversos delitos; En principio porque la ley procesal de la materia, es la que establece la disposición de juzgar los delitos cometidos en concurso real en una sola causa.¹²¹

De tal modo, se advierte que si se admite, que sólo puede abonarse la prisión preventiva respecto de penas impuestas en procesos diversos, ello obligaría a los procesados a solicitar la separación de causas, lo que provocaría el dictado de sentencias contradictorias, así como la duplicidad de actuaciones, lo que trasgrediría los principios de celeridad y economía procesal, además de que lesionarían las normas que rigen el concurso de delitos, la conexidad, la acumulación de causas y su separación.

Lo expuesto, encuentra fundamento en los preceptos normativos relacionados con las figuras jurídicas contenidas en el Artículos 28 del Código Penal para el Distrito Federal, así como en los numerales 484,465 y 505 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal¹²², además de los artículos 30 al 35 del Código Nacional de Procedimientos Penales.¹²³

¹²⁰ Resolución incidental, de fecha 06 de marzo de 2013 dictada, dentro de la causa 37/2007, por el C. Juez Decimoctavo Penal del Distrito Federal

¹²¹ artículo 484 CPPDF.

¹²² artículo 28 CPDF.- *Hay concurso ideal, cuando con una sola acción o una sola omisión se cometen varios delitos. Hay concurso real, cuando con pluralidad de acciones u omisiones se cometen varios delitos.*
artículo 484 CPPDF.- *La acumulación, tendrá lugar:*

I.- En los procesos que se instruyan en averiguación de los delitos conexos, aunque sean varios los responsables:

II. En los que se sigan contra los copartícipes de un mismo delito;

III. En los que se sigan en averiguación de un mismo delito, aunque contra diversas personas;

IV. En los que se sigan contra una misma persona, aun cuando se trate de delitos diversos o inconexos

Artículo 485.- La acumulación sólo podrá decretarse cuando los procesos se encuentren en estado de instrucción.

Artículo 505.- El juez o tribunal que conozca de los procesos acumulados, puede ordenar su separación, no obstante lo dispuesto en el capítulo anterior, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que la separación se pida por parte legítima, antes de que esté concluida la instrucción;

II. Que la acumulación se haya decretado en razón de que los procesos se sigan contra una sola persona por delitos diversos e inconexos; y

III. Que el juez o tribunal estime que, de seguir acumulados los procesos, la instrucción se demoraría o dificultaría gravemente, con perjuicio del interés social, o del procesado.

Artículo 505 CPPDF.- El juez o tribunal que conozca de los procesos acumulados, puede ordenar su separación, no obstante lo dispuesto en el capítulo anterior, siempre que concurren las circunstancias siguientes:

I. Que la separación se pida por parte legítima, antes de que esté concluida la instrucción;

II. Que la acumulación se haya decretado en razón de que los procesos se sigan contra una sola persona por delitos diversos e inconexos; y

III. Que el juez o tribunal estime que, de seguir acumulados los procesos, la instrucción se demoraría o dificultaría gravemente, con perjuicio del interés social, o del procesado.

¹²³ Artículo 30. Causas de acumulación y conexidad

Para los efectos de este Código, habrá acumulación de procesos cuando:

I. Se trate de concurso de delitos;

II. Se investiguen delitos conexos;

III. En aquellos casos seguidos contra los autores o partícipes de un mismo delito, o

IV. Se investigue un mismo delito cometido en contra de diversas personas. Se entenderá que existe conexidad de delitos cuando se hayan cometido simultáneamente por varias personas reunidas, o por varias personas en diversos tiempos y lugares en virtud de concierto entre ellas, o para procurarse los medios para cometer otro, para facilitar su ejecución, para consumarlo o para asegurar la impunidad. Existe concurso real cuando con pluralidad de conductas se cometen varios delitos. Existe concurso ideal cuando con una sola conducta se cometen varios delitos. No existirá concurso cuando se trate de delito continuado en términos de la legislación aplicable. En estos casos se harán saber los elementos indispensables de cada clasificación jurídica y la clase de concurso correspondiente.

Artículo 31. Competencia en la acumulación

Cuando dos o más procesos sean susceptibles de acumulación, y se sigan por diverso Órgano jurisdiccional, será competente el que corresponda, de conformidad con las reglas generales previstas en este Código, ponderando en todo momento la competencia en razón de seguridad; en caso de que persista la duda, será competente el que conozca del delito cuya punibilidad sea mayor. Si los delitos establecen la misma punibilidad, la competencia será del que conozca de los actos procesales más antiguos, y si éstos comenzaron en la misma fecha, el que previno primero. Para efectos de este artículo, se entenderá que previno quien dictó la primera resolución del procedimiento.

Artículo 32. Término para decretar la acumulación

La acumulación podrá decretarse hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio.

Artículo 33. Sustanciación de la acumulación

Promovida la acumulación, el Juez de control citará a las partes a una audiencia que deberá tener lugar dentro de los tres días siguientes, en la que podrán manifestarse y hacer las observaciones que estimen pertinentes respecto de la cuestión debatida y sin más trámite se resolverá en la misma lo que corresponda.

Artículo 34. Efectos de la acumulación

Si se resuelve la acumulación, el Juez de control solicitará la remisión de los registros, y en su caso, que se ponga a su disposición inmediatamente al imputado o imputados. El Juez de control notificará a aquellos que tienen una medida cautelar diversa a la prisión preventiva la obligación de presentarse en un término perentorio ante él, así como a la víctima u ofendido.

Artículo 35. Separación de los procesos

Podrá ordenarse la separación de procesos cuando concurren las siguientes circunstancias:

I. Cuando la solicite una de las partes antes del auto de apertura al juicio, y

De tal manera, se aprecia que la redacción de artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal es vaga e imprecisa, ya que aun cuando señala que en el supuesto de la imposición de penas de prisión, emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dicha pena desde el momento en que se detuvo al sujeto, por el delito inicial, sin embargo no queda lo suficientemente claro qué se entiende por delito inicial, ya que es evidente que aun cuando es posible el procesamiento del justiciable por varios delitos en una sola causa legal, es inconcuso que de facto debió de actualizarse la realización de un primer delito, que derivó en la consumación de otras conductas delictivas.

Se advierte que sí en un proceso penal puede dictarse una resolución por una pluralidad de delitos cometidos en concurso real, respecto de los cuales, se impone una pena de prisión, por cada uno de ellos, en consecuencia, se deduce que no existe impedimento para descontar la prisión preventiva compurgada respecto de cada una de esas sanciones conforme con lo dispuesto por los artículos 33 del Código penal para el Distrito Federal y 28 de la ley de Ejecución de Sanciones Penales y reinserción Social para el Distrito Federal.

Lo anterior, se encuentra ilustrado por la resolución dictada por el C. Juez Octavo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal en el juicio de amparo número **0021/2013 -1** en el cual se dictó el siguiente punto resolutivo:

“...SEGUNDO.-Resulta procedente descontarse de forma simultánea el tiempo de prisión preventiva ya compurgada por cada una de las penas impuestas a los sentenciados...respecto a (...) el equivalente a 5 cinco meses 26 veintiséis días, respecto de cada una de las penas que les fueron impuestas por los delitos de Corrupción de menores, Asociación delictuosa y Lenocinio, en términos de la presente resolución...”

Como se advierte, en esta resolución contrario a la determinación analizada de inicio, se consideró fundada la petición del justiciable para que la prisión preventiva fuera compurgada simultáneamente, lo cual al final implicó que fuera descontado el tiempo en que el sentenciado

II. Cuando el Juez de control estime que de continuar la acumulación el proceso se demoraría. La separación de procesos se promoverá en la misma forma que la acumulación. La separación se podrá promover hasta antes de la audiencia de juicio. Decretada la separación de procesos, conocerá de cada asunto el Juez de control que conocía antes de haberse efectuado la acumulación. Si dicho juzgador es diverso del que decretó la separación de procesos, no podrá rehusarse a conocer del caso, sin perjuicio de que pueda suscitarse una cuestión de competencia. La resolución del Juez de control que declare improcedente la separación de procesos, no admitirá recurso alguno.

estuvo sujeto a prisión preventiva (5 cinco meses 26 veintiséis días) a cada una de las penas punitivas, que como se advierte fueron tres sanciones diversas, por cada una de las tres conductas imputadas. En otras palabras, al descontarse el lapso de tiempo en que estuvo el justiciable en prisión preventiva, a cada una de las penas punitivas, derivó en que la pena total del sentenciado disminuyó en más de diecisiete meses, lo cual coincide con la intención del legislador para reformar el marco legal.

De tal modo, se aprecia que el vocablo *delito inicial*, es sumamente vago lo cual provoca diversas interpretaciones, debido a que en términos fácticos, aun cuando es posible determinar claramente la actualización de un delito inicial, porque es claro que en el caso que nos ocupa el justiciable el día de los hechos realizó una primera conducta que consistió en el robo a casa habitación, por el cual se le procesó y sentenció, pero en el inter de realizar el robo, además realizó actos que configuraron el tipo penal de abuso sexual, hechos por los cuales fue procesado en una misma causa, al actualizarse un concurso de delitos.

Es claro, que en el caso analizado se realizó un delito inicial, que fue el robo y un delito accesorio que consintió en el abuso sexual, siendo intrascendente que haya sido puesto a disposición en una misma fecha, porque el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal no hace alusión a esta circunstancia referida por el órgano resolutor.

En este asunto, la imprecisión del vocablo *delito inicial* provoca diversas interpretaciones; Las más restrictivas, como el fallo que se estudia en este caso, llevan a dictaminar que no procede la compurgación simultánea de las penas de prisión, ya que el hecho de que se dicte únicamente una sentencia condenatoria, en la que se actualizó un concurso real de delitos, no implica que se hubieran dictado diversos fallos en contra de una misma persona, máxime si la compurgación de la pena inició desde el momento de su detención con motivo de las diversas conductas que cometió, y no sucesivamente, conforme se fueron presentando las conductas delictuosas que integran el concurso, siendo esto ilustrado por el siguiente criterio jurisprudencial:

PENAS DE PRISIÓN. ES IMPROCEDENTE SU COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA SI EN UNA SOLA SENTENCIA SE IMPUSO PENA CORPORAL AL PROCESADO POR UN DELITO QUE SE VERIFICÓ EN CONCURSO REAL DEBIDO A QUE LOS

HECHOS IMPUTADOS NO FUERON CONEXOS, SIMILARES O DERIVARON UNO DE OTRO (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL).

Los párrafos tercero y cuarto del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal establecen dos supuestos específicos para los casos en que un reo es condenado a pena de prisión en distintas causas penales: 1) Si las sentencias que condenan a pena de prisión, lo son por hechos diversos, esto es, que no tienen vinculación alguna, deben computarse de manera sucesiva y; 2) Si lo son por hechos que tienen conexidad, similitud o se trata de hechos derivados unos de otros, la computación de las penas será simultánea y comenzará desde el momento en que se detuvo al reo por el delito inicial. En ese sentido, si en una sola sentencia se impuso pena corporal al procesado por un delito que se verificó en concurso real debido a que los hechos imputados no fueron conexos, similares o derivados uno de otro, es inconcuso que no procede la computación simultánea de las penas de prisión, pues el hecho de que se dicte únicamente una sentencia condenatoria en la que se actualizó un concurso real de delitos, no implica que se hubieran dictado diversos fallos en contra de una misma persona, máxime si la computación de la pena inició desde el momento de su detención con motivo de las diversas conductas que cometió y no sucesivamente conforme se fueron presentando las conductas delictuosas que integran el concurso.¹²⁴

Por otro lado, una interpretación *conforme o en aplicación del control de convencionalidad* atendiendo a lo que más favorezca al reo, supondría la concesión del beneficio del cumplimiento simultáneo de las penas de prisión, esgrimiendo argumentos tales como; que es evidente que si el legislador local de forma expresa señaló que su intención era homologar la legalidad local a la federal, a fin de que se computara de forma simultánea la prisión preventiva sufrida respecto de la pena impuesta por cada delito, incluyéndose el supuesto de concurso real, en el mismo proceso o en diferentes, no puede hacerse una interpretación literal del artículo 79 no reformado, conforme a la cual sólo tendría ligar una aplicación global de las penas.

Entonces, si se siguiera una interpretación literal, tal como la que realiza el órgano jurisdiccional en cuestión, se estaría dando un trato diferenciado a personas que están en la misma situación jurídica, por el simple hecho de que fueran sentenciados por varios delitos en uno o en diversos procesos. Por lo tanto, si se condena a una persona por varios delitos en una misma sentencia, no podría verse beneficiada al computar simultáneamente la prisión preventiva sufrida en cada una de las penas que se acumularon por cada uno de los delitos por los que fuera

¹²⁴ SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.I.6o.P.28 P (10a.) Amparo en revisión 221/2012. 23 de noviembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Roberto Lara Hernández. Secretario: Felipe Gilberto Vázquez Pedraza. Amparo en revisión 238/2012. 6 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguizamón Ferrer. Secretaria: Jacqueline Pineda Mendoza. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XIX, abril de 2013. p. 2226. Tesis Aislada.

condenado. Mientras que por otro lado, si a una persona se le condenara igualmente por varios delitos, pero en diferentes sentencias, sí se vería beneficiada al computar simultáneamente la prisión preventiva sufrida en cada una de las penas impuestas en las sentencias diferentes. Siendo que este trato desigual no encuentra ninguna justificación razonable.

Esto es así, porque si bien los párrafos tercero y cuarto del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal regulan específicamente el supuesto en el que dos o más penas de prisión se impongan en sentencias diferentes, no significa que la aplicación simultánea de la prisión preventiva se excluya de la hipótesis contraria, esto es, que dos o más penas de prisión se impongan en la misma sentencia, y por ende, sólo en el primer supuesto se conceda la compurgación simultánea de la prisión preventiva.

En conclusión, los párrafos tercero y cuarto, del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, no pueden trastocar el precepto constitucional previsto en el artículo 20, apartado A, Fracción X, penúltimo párrafo de la carta Magna, conforme al cual, en toda pena de prisión que se imponga en una sentencia, se computará el tiempo de la detención. El principio de supremacía constitucional es categórico, y la interpretación aislada de los párrafos de un artículo de la legislación ordinaria no puede confrontar un precepto constitucional. Esto es ilustrado por la siguiente tesis de jurisprudencia:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN DE LA LEY CONFORME A LA CONSTITUCIÓN.
La aplicación del principio de interpretación de la ley conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige del órgano jurisdiccional optar por aquella de la que derive un resultado acorde al Texto Supremo, en caso de que la norma secundaria sea oscura y admita dos o más entendimientos posibles. Así, el Juez constitucional, en el despliegue y ejercicio del control judicial de la ley, debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.¹²⁵

2.4.2.4.- Referencia de los motivos de la reforma al marco normativo

Por otro lado, en relación al cuarto indicador que se refiere a la alusión o no, de los motivos de la reforma al mencionado artículo sobre la simultaneidad de penas de prisión, en las resoluciones

¹²⁵. Tesis de jurisprudencia 176/2010. Aprobada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en sesión privada del veintisiete de octubre de dos mil diez. Instancia: Segunda Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXII, diciembre de 2010. p. 646.

analizadas, cabe señalar que este indicador únicamente se encontró en once casos del total de sentencias estudiadas(Ver anexo 3) lo cual resulta relevante en el análisis de las resoluciones, ya que al no estar contenida, la exposición de motivos en las resoluciones analizadas, por consiguiente se soslayan la finalidad de la reforma a los mencionados artículos, sobre la compurgación simultánea de las penas de prisión, ya que como puede observarse la intención del legislador era igualar la legislación local con la federal en cuanto a la compurgación simultánea de las penas de prisión preventiva. En este sentido conviene destacar lo que señala el juzgador en una de las resoluciones que ejemplifica este indicador:

“...Por su relación con el presente asunto, es oportuno transcribir los artículos 33 del Código Penal para el Distrito Federal y 28 de la ley de ejecución de sanciones Penales y reinserción Social para el Distrito Federal, que rigen en relación con el computo simultáneo de la pena de prisión preventiva (...) De los preceptos citados se infiere lo siguiente: a) La privación de la libertad preventiva se computara para el cumplimiento de la pena de prisión impuesta. B) La privación de la libertad preventiva también debe computarse respecto de las penas impuestas en otras causas. C) Las penas de prisión preventivas se cumplirán en forma simultánea) En caso de concurso real, se impondrá de manera sucesiva las penas previstas para cada uno de los delitos cometidos. E) Si las penas de prisión se impusieran en el mismo proceso deberán contarse desde el momento en que se privó de libertad al sentenciado, por el primer delito. F) Si las penas se impusieran en distintos procesos, pero los hechos resultan conexos, similares o derivados, unos de otros, deberán contarse desde el momento en que se privó de la libertad al inculpado por el primer delito. En el orden expuesto, se advierte que la intención del legislador, fue establecer que debe abonarse el tiempo de prisión preventiva, respecto de cada una de las penas que se impongan a un procesado, sin importar que estas deriven de una misma causa o de varias...”¹²⁶

Como puede advertirse, la resolución citada en el extracto anterior, contrario a las otras, que negaron la compurgación simultánea de penas de prisión preventiva, ésta si hace referencia a la intención final del legislador para llevar a cabo la reforma a los artículos referentes a la extinción concurrente de las penas de prisión, la cual, como atinadamente señala el órgano jurisdiccional, es el de abonar el tiempo de prisión preventiva, respecto de cada una de las penas que se le impongan a un procesado.

Lo anterior, implica al final la posibilidad de que las sanciones penales que deban de cumplir los sentenciados, experimenten una reducción, lo cual se presentó en el caso de referencia, ya que en cumplimiento a la ejecutoria de Amparo el Juez de origen, el Sexagésimo

¹²⁶ Resolución de amparo indirecto 714/2012 y su acumulado 715/2012 dictada por el C Juez Octavo de Distrito de Amparo en materia penal en el Distrito Federal, el trece de julio de 2012.

Primero Penal del Distrito Federal, en la causa número 141/2003 y su acumulada 141/2003 dejó sin efecto la sentencia definitiva en la causa citada anteriormente y dictó otra en la cual, resolvió abonar el tiempo de prisión preventiva, respecto de cada una de las penas impuestas por cada uno de los delitos reprochados al justiciable.

Sin embargo, habrá que decir que en la mayoría de las resoluciones analizadas los motivos de la reforma de los artículos referentes a la compurgación simultánea de penas de prisión son soslayados, por gran parte de los resolutores, ya que no aparecen en el cuerpo de las resoluciones, lo cual implica que se pasa por alto la intención final para llevar a cabo estas reformas, luego no se cumple con la intencionalidad de los legisladores, que implica al final dar un trato desigual a personas que se encuentran en condiciones similares.

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporciona suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional¹²⁷

Además, la Corte señala la importancia de acudir a interpretaciones que nos permitan conocer la voluntad del constituyente, por ejemplo en la siguiente tesis; INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR¹²⁸.

Pese a lo anterior, autores como Miguel Carbonell advierten que debe señalarse que la interpretación de carácter histórico dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos, el autor referido indica que esto es importante ya que ha existido una cierta corriente interpretativa

¹²⁷Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. NOVENA ÉPOCA pleno ., t, XL, junio 2000 tesis P/J 61/2000 p.13

¹²⁸ El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el veintitrés de marzo en curso, aprobó, con el número XXVIII/1998, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y ocho. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VII, Abril de 1998. p. 117. Tesis Aislada.

en nuestros tribunales, según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, sino “*lo que quisieron decir*” sus autores.¹²⁹

El mismo autor previene que si se acepta este punto de vista privilegiando la supuesta *voluntas legis*, por encima del propio texto, se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, a la aplicación sesgada e incluso corrupta de la constitución y de las leyes. De tal modo, finaliza Carbonell, por ningún motivo se puede sustituir la letra de la ley (o de la constitución) por el supuesto significado del “espíritu” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.

Como se aprecia, el espíritu de la ley o la intención no pueden suplir la literalidad de la ley, salvo que ésta sea oscura o vaga, como es el caso de la redacción del multicitado artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, lo cual es expresado en la tesis de jurisprudencia siguiente:

INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN.

Para fijar el justo alcance de una disposición contenida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ante la insuficiencia de elementos que derivan de su análisis literal, sistemático, causal y teleológico, es factible acudir tanto a su interpretación histórica tradicional como histórica progresiva. En la primera de ellas, con el fin de averiguar los propósitos que tuvo el Constituyente para establecer una determinada norma constitucional, resulta necesario analizar los antecedentes legislativos que reflejan con mayor claridad en qué términos se reguló anteriormente una situación análoga y cuál fue el objeto de tales disposiciones, dado que por lo regular existe una conexión entre la ley vigente y la anterior; máxime, si a través de los diversos métodos de interpretación del precepto constitucional en estudio se advierte que fue intención de su creador plasmar en él un principio regulado en una disposición antes vigente, pues en tales circunstancias, la verdadera intención del Constituyente se puede ubicar en el mantenimiento del criterio que se sostenía en el ayer, ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia. Ahora bien, de resultar insuficientes los elementos que derivan de esta interpretación, será posible acudir a la diversa histórica progresiva, para lo cual deben tomarse en cuenta tanto las condiciones y necesidades existentes al momento de la sanción del precepto constitucional, como las que se advierten al llevar a cabo su interpretación y aplicación, ya que toda Norma Fundamental constituye un instrumento permanente de gobierno, cuyos preceptos aseguran la estabilidad y certeza necesarias para la existencia del Estado y del orden jurídico; por tanto, ante un precepto constitucional que por su redacción permite la adecuación de su sentido a determinadas

¹²⁹ CARBONELL Miguel. *Derechos fundamentales en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2004. P 126

circunstancias, ya sea jurídicas, o de otra índole, para fijar su alcance, sin imprimirle un cambio sustancial, debe atenderse precisamente a la estabilidad o modificación que han sufrido esas circunstancias, sin que con ello sea válido desconocer o desnaturalizar los propósitos que llevaron al Constituyente a establecer la disposición en estudio.¹³⁰

2.4.2.5.- Utilización de criterios sobre la finalidad de la pena de prisión.

Por otro lado, en cuanto al quinto indicador, que se refiere a la utilización de criterios dogmáticos y teóricos, sobre la finalidad o función de la pena, en la redacción de las decisiones de los órganos jurisdiccionales (Ver anexo 3). Cabe decir que este indicador resulta relevante, ya que al observar las diversas resoluciones analizadas, se pudo observar el tipo de teoría del derecho, que subyace en el cuerpo de los fallos analizados. De tal forma resulta ilustrativo lo que determinó el órgano jurisdiccional en la siguiente resolución que nos sirve de ejemplo:

“Esto es, que las sanciones privativas de libertad deben computarse en forma sucesiva, esto es, la segunda a partir de la extinción de la primera, pues resultaría contrario a la finalidad que justifica la imposición de sanciones por la comisión de diversos delitos que el computo se hiciera en forma simultánea, ya que se haría nugatoria la imposición de alguna de las sanciones ;además, se correría el riesgo de que quienes compurguen una pena de prisión considerable pudieran delinquir nuevamente en o desde el interior de los centros penitenciarios con total impunidad...”¹³¹

Como se advierte, la anterior resolución deja entrever la finalidad aflictiva de la pena de prisión que priva en el Sistema Penal Mexicano, lo cual encuentra sustento en la teoría de la prevención especial negativa, que aspira a obtener un efecto preventivo por medio de la influencia que se ejerce sobre el delincuente en ámbitos diversos.

De tal modo, por medio de esta teoría preventiva de la pena, a través de sus diversas ramificaciones, se aspira: a) A proteger a la comunidad, del delincuente; b) disuadir al infractor de cometer nuevos delitos; y c) durante el proceso de ejecución de la misma, *resocializar* al penado en términos tales que permita evitar su reincidencia.

Sin embargo, es pertinente señalar, aunque sea brevemente, tres importantes objeciones formuladas a este respecto. En primer lugar, es importante hacer notar la divergencia entre la

¹³⁰Tesis de Jurisprudencia P. /J. 61/2000. Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XI, junio de 2000. p. 13.

¹³¹ Resolución incidental dentro de la causa penal 37/2007 de fecha 7 siete de marzo de 2007 dictada por el C Juez Decimoctavo Penal del Distrito Federal.

teoría y la práctica de la resocialización, ya que las expectativas depositadas en la posibilidad de prevenir la reincidencia del delincuente, mediante programas *terapéuticos* apropiados, en la práctica han obtenido, por el momento resultados bastante desalentadores.¹³² En segundo lugar, un planteamiento orientado exclusivamente en los propósitos de la prevención especial, encaminada al castigo y aislamiento de los sentenciados, adolece de una limitación inherente a la severidad de la sanción penal; Finalmente, las implicaciones éticas contenidas en el razonamiento hegeliano continúa gozando de validez, es decir la educación forzada de un adulto es contraria a la dignidad humana.¹³³

En vista de los razonamientos expuestos por los resolutores analizados, se advierte que el Sistema Penal en México, permanece cimentado en el paradigma utilitario de la pena, en donde ésta pretende servir a la reinserción social de los infractores, aun cuando los más recientes avances teóricos, hayan superado esta finalidad de la pena, para concentrarse más en la Prevención General Positiva, que como se sabe no se dirige a los delincuentes potenciales ni consumados, puesto que su propósito es llegar al público en general sobre todo al que es respetuoso de las normas.

Asimismo, la pena de prisión en esta teoría de Prevención General Positiva representa una reafirmación simbólica de la norma quebrantada, es decir el significado de la pena descansa en la percepción que la gente tiene de que a toda transgresión le sigue una pena, es decir la pena debe ser referida al delito y no a las necesidades del delincuente (como el tratamiento o la educación) esto significa que la pena se aleja de la pretensión de prevenir o pronosticar, referida tantas veces en el cuerpo de la resoluciones analizadas.

¹³²Cfr., MATHIESEN Thomas, *Juicio a la prisión*, traducción, Amanda Zamuner, Buenos aires, Ediar 2003 p90 “... El hecho de que la cárcel de hoy no rehabilite (sic) tiene una base socio-científica... En primer lugar, se nutre de los estudios sobre resultados de tratamientos...una larga serie de estudios empíricos demuestran que, más allá del tipo de tratamientos, e incluso tratándose de programas de tratamiento muy extensivos, los resultados siguen siendo muy similares y por lo general, bastantes magros. Pienso sobre todo en los estudios que miden los “resultados” en términos de reincidencia...los resultados son en gran medida los mismos se pueden hallar evaluaciones de estudios que así lo revelan en Christie, 1961; Robinson y Smith 1981; Martinson 1974; Bensenon, 1875; Grenberg, 1977; ver también por ejemplo Ward, 1972; Cornish y Clarke, 1975; Trasler, 1976; Brody, 1976...”

¹³³ AMBOS Kai, STEINER Christian. “Sobre los fines de la pena”. Revista de Derecho Penal y Criminología, 2.ª Época, n.º 12 (2003), p. 198.

Por lo antes dicho, se advierte que la inclusión de la finalidad aflictiva de la pena en las resoluciones analizadas encuentra sustento en el criterio jurisprudencial imperante relativo a la finalidad de las penas, el cual señala sobre el objetivo de las mismas:

“...sobre todo porque con ello se atiende al objetivo de la pena, como medida aflictiva para quien realiza una conducta delictuosa, la cual también debe ser preventiva e inhibir las conductas antisociales, pues estimar lo contrario, es decir, que la compurgación simultánea de las penas se refiere a las que son impuestas como sanción, las haría nugatorias en tanto que de manera indebida se reduciría considerablemente el tiempo de reclusión...”¹³⁴

Como se advierte, el criterio jurisprudencial antes expuesto prescribe el objetivo aflictivo de la pena, aun antes que las finalidades preventivas, lo cual permea toda la actividad jurisdiccional como es el caso de los resolutores analizados, que regidos por este criterio consecuentemente niegan la compurgación simultánea de la prisión preventiva.

2.4.2.6.- Proceso interpretativo de la norma cuestionada: literal o sistemático.

En relación con el sexto indicador observado en las resoluciones analizadas, el cual se refiere a los procesos interpretativos presentes en las resoluciones judiciales examinadas, éste sirvió para identificar patrones o dispersión en los criterios interpretativos esgrimidos por los juzgadores, al momento de resolver los asuntos en litigio (ver anexo 3 indicador 6)

Este análisis resultó relevante para observar por cual método de interpretación judicial se decantan los órganos jurisdiccionales, al momento de resolver sobre la simultaneidad de la compurgación de las penas. La identificación de los métodos de exegesis empleados por los órganos jurisdiccionales sirvió al final para evidenciar si los resolutores judiciales se limitan con un análisis literal de las normas cuestionadas o por el contrario utilizan interpretaciones sistemáticas.¹³⁵

¹³⁴ Tesis de jurisprudencia 8/2007. “... PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA PREVISTA EN EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL SE REFIERE AL TIEMPO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA...”

¹³⁵ *la noción de interpretación en sentido amplio, que consiste en atribuir un significado a lo que alguien ha dicho o escrito, lo cual se manifestaría en otro enunciado que es de esta forma la expresión de la significación del enunciado interpretado...la actividad interpretativa puede ser concebida de manera más restringida y, de esta forma, hablar de interpretación en sentido estricto. En este caso la interpretación se realiza solamente cuando existen dudas respecto al significado de una expresión lingüística concreta, esto es, la interpretación no es pertinente más que cuando una expresión da lugar a discusiones sobre su sentido en un caso particular de comunicación intersubjetiva.* Uprimny Yepes Rodrigo y Rodríguez Villabona Andrés Abel . *La interpretación judicial.* Colombia 2006. p 12

De tal manera, al realizar el análisis de las resoluciones seleccionadas se apreció que los órganos jurisdiccionales optaron por interpretaciones literales, por encima de sistemática o incluso por interpretaciones extensivas, lo cual implican que en tanto existan varias posibles soluciones a un mismo problema, los órganos jurisdiccionales están obligados a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que involucra acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva en detrimento del precepto más restrictivo.¹³⁶

Lo anterior es relevante, porque según el tipo de exégesis jurídica aplicada por los órganos jurisdiccionales, será posible observar la existencia de un sentido protector a favor de la persona humana o por el contrario una aplicación positivista de la norma legal. Siendo así notoria la sentencia que dejó entrever el siguiente criterio interpretativo:

“...Ahora, junto con la interpretación causal y teleológica, debe acudirse a una interpretación sistemática, conforme a la cual debe buscarse una armonía entre:

I.- La pretensión de combatir la sobrepoblación carcelaria y alcanzar el objetivo de la pena: la reinserción social. En esta tesitura, el artículo 18 de la constitución Política de los estados unidos Mexicanos, establece que el sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, a salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad y procurar que no vuelva a delinquir, observando los beneficios que para el prevé la ley.

Es evidente que interpretar el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, de manera literal, supondría considerar que la compurgación simultánea sólo cabe respecto a penas dictadas en sentencias diferentes, y se refiere a las “penas” que se imponen como sanción; echándose por tierra todo intento del estado por procurar que sus gobernados condenados por la comisión de delitos, pudieran reinsertarse en la sociedad.

2.- El sentido de la reforma del artículo 33 en el que se estableció la posibilidad de computar simultáneamente la prisión preventiva en las penas por hechos conexos, similares o derivados y el que no se haya reformado el artículo 79 relativo a la aplicación de la pena en caso de concurso real .

Es evidente que si el legislador local de forma expresa señaló que su intención era homologar la legalidad local a la federal, a fin de que se compurgara de forma simultánea la prisión preventiva sufrida respecto de la pena impuesta por cada delito, incluyéndose el supuesto de concurso real, en el mismo proceso o en diferentes, no puede hacerse una interpretación literal del artículo 79 no reformado, conforme a la cual sólo cabría una

¹³⁶ Tesis de Jurisprudencia.”... DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNECESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCION INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO...” **Instancia:** Tribunales Colegiados de Circuito. **Fuente:** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XX, mayo de 2013. p. 1221.

aplicación global de las penas , que conforman una sola pena. Si se siguiera esta interpretación literal, se estaría dando un trato diferenciado a personas que están en la misma situación jurídica, por el simple hecho de que fueran sentenciados por varios delitos en uno o en diversos procesos. Así si se condena a una persona por varios delitos en una misma sentencia, no podría verse beneficiada al computar simultáneamente la prisión preventiva sufrida en cada una de las penas que se acumularon por cada uno de los delitos por los que fuera condenado. Mientras que si a otra persona se le condenara igualmente por varios delitos pero en diferentes sentencias, si se vería beneficiada al computar simultáneamente la prisión preventiva sufrida en cada una de las penas impuestas en las sentencias diferentes. Siendo que este trato distintivo no encuentra ninguna justificación razonable.

Es importante señalar que, si bien los párrafos tercero y cuarto del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal regulan específicamente el supuesto en el que dos o más penas de prisión se impongan en sentencias diferentes, no significa que la aplicación simultánea de la prisión preventiva se excluya de la hipótesis contraria, esto es, que dos o más penas de prisión se impongan en la misma sentencia, y por ende, sólo en el primer supuesto se actualice la computación simultánea de la prisión preventiva.

En primer lugar, ninguna operación lógica podría sustentar de forma razonable dicha conclusión.

En segundo lugar la regulación específica o particular de los párrafos tercero y cuarto, del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, no deroga el precepto constitucional previsto en el artículo 20, apartado A, Fracción X, penúltimo párrafo de la carta Magna, que de hecho replica el párrafo segundo del artículo 33 citado, conforme a los cuales en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención. El principio de supremacía constitucional es tajante, y la “interpretación” aislada de los párrafos de un artículo de la legislación ordinaria no puede trastocar un precepto constitucional, ni contradecir abiertamente el párrafo inmediato anterior. Cabe explicar que se utiliza la expresión “interpretación” en virtud de que los párrafos del artículo 33 aludido, no determinan en forma expresa que la simultaneidad de la prisión preventiva sólo es aplicable cuando las penas se impongan en sentencias diferentes, por lo que el incorrecto sentido que se le pretende atribuir es un ejercicio intelectual, una interpretación.

Por ende, debe considerarse que en caso de aplicación de penas en concurso real en una misma sentencia, debe descontarse la prisión preventiva respecto de cada pena impuesta...”¹³⁷

Como se advierte, la anterior resolución emitida por la Quinta Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, resulta ilustrativa de una interpretación sistemática, por la cual se relacionan diversos preceptos jurídicos de distinto orden, para allegarse del sentido original de la norma cuestionada, por la cual fue posible la concesión del beneficio solicitado por

¹³⁷ Resolución 625/2014 emitida por la Quinta Sala Penal del TSJDF de fecha 07 siete de mayo de 2014 dos mil catorce.

el justiciable, que además produjo las siguientes conclusiones expuestas por el órgano jurisdiccional referido:

“...En el orden jurídico del Distrito Federal, se prevé las siguientes hipótesis en los casos en que se presente un concurso real, siempre y cuando, se trate de hechos conexos, similares o derivados.

- a) Cuando existe una sola sentencia en la que se imponen penas de prisión por diversos delitos en concurso real, la prisión preventiva corre de forma simultánea para cada pena impuesta, siendo aplicable los artículos 20, apartado A fracción X último párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 33, párrafo segundo y cuarto de Código Penal para el Distrito Federal.*
- b) Cuando existen diferentes sentencias en las que se imponen igualmente distintas penas de prisión, la prisión preventiva sufrida por el primer delito, corre de forma simultánea en todas las penas impuestas...”¹³⁸*

Conclusiones a las cuales arribó la Quinta Sala Penal, después de realizar un proceso sistemático de interpretación de la ley,¹³⁹ que como pudo apreciarse no se limitó a la literalidad de la ley, por el contrario, relacionó el texto de la norma cuestionada, el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, con el diverso artículo 79 del mismo cuerpo normativo, relativo a la aplicación de las penas en caso de concurso real, relacionando estos numerales, con el texto constitucional inscrito en el numeral 20 de la carta Magna. Interpretación sistemática que lo llevó a concluir que los mencionados numerales no podían oponerse al artículo 20 constitucional que señala: “... en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención...”.

Además, fue notorio que el órgano resolutor realiza una interpretación teleológica de los artículos referidos, al tratar de encontrar la intención inicial de los legisladores que reformaron el mencionado artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, propósito que consistió en igualar la legislación local, con la federal, en cuanto a la compurgación simultánea de las penas de prisión preventiva.

2.4.2.7.- Existencia de varias penas, o una sola, al actualizarse un concurso de delitos.

¹³⁸ Ídem

¹³⁹ Criterio sistemático, según el cual hay que considerar a la constitución como una unidad, de manera que el interprete debe enlazar las normas de derechos fundamentales entre sí, descubriendo su sentido y alcance en relación con el sentido y alcance del resto del texto constitucional. El derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la constitución para lograr su adecuada interpretación

Sobre el séptimo indicador, relativo a que no existen varias penas, sino sólo una, que es aumentada por la imposición de las diversas sanciones impuestas por distintos hechos; al actualizarse un concurso de delitos, este indicador resulta relevante, ya que al señalar los órganos jurisdiccionales que no existe la imposición de varias penas, sino una sola; esto lesiona directamente la garantía de los justiciables a la exacta aplicación de la ley; Ya que realizar esta interpretación implica soslayar que en un concurso de delitos, por naturaleza, se sancionan diversos hechos con diferentes penas de prisión,. Siendo ilustrativo de estos veintiuno casos (Ver el indicador 7 en el anexo 3) la siguiente resolución jurisdiccional que ejemplifica esta circunstancia:

“...luego contrario a lo que afirma, es incorrecto que deban computarse simultáneamente las penas de prisión impuestas desde el momento en que el allá (sic) sentenciado fue detenido por el primer delito, porque la pena impuesta al mismo por su plena responsabilidad penal en la comisión de los delitos de homicidio simple y robo calificado (hipótesis de cuando el robo se cometa por quien sea miembro de un cuerpo de seguridad pública y con violencia moral) derivó de un concurso real de delitos, con una sola pena total de (doce años seis meses de prisión) pues con independencia de que se trate de entidades delictivas autónomas, acorde con el numeral 79, segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal, en caso de concurso real se impondrá la pena de delito que merezca la mayor – una sola sanción- que podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los ilícitos restantes, por consiguiente, no se trata de la imposición de penas independientes, sino de un incremento de la pena impuesta por el delito de mayor gravedad...”¹⁴⁰

De la anterior resolución, puede advertirse que el órgano jurisdiccional señala que en el caso del justiciable en cuestión, no se actualiza la imposición de varias penas, por la comisión de varios hechos, sino tan solo se trata de una única sanción, que se ve incrementada por la pena impuesta por cada uno de los delitos cometidos, lo cual es el acto que viola el derecho del justiciable a la exacta aplicación de la ley, toda vez que el órgano jurisdiccional soslaya que el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal dispone de manera precisa que:

“...En el supuesto de imposición de penas prisión emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno del otro, se deberá computar dichas penas desde el momento en que se detuvo al sujeto por el delito inicial...”

¹⁴⁰ Extracto de resolución del juicio de amparo 33/2013-VII-B dictada por el C. Juez Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal.

Como se advierte, esta parte del referido artículo no hace distinción, a si la pena de prisión que se pueda compurgar simultáneamente debe ser producto de una sola sanción, como refiere el órgano resolutor, o si esta pena puede derivar de la acumulación de sanciones producto de un concurso real de delitos, sin embargo de una interpretación literal se observa que la prescripción legal señala que *las penas se deben computar* desde el momento en que se detiene al sujeto por el delito inicial, lo cual implica necesariamente la actualización de varias conductas, que además deben de ser conexas, derivadas o similares unas de otras.

De tal manera, no escapa a este análisis, que si bien el artículo 79 del Código penal ¹⁴¹ dispone la figura del concurso real, por la cual se determina que el órgano jurisdiccional puede imponer la pena que merezca la pena mayor, siendo facultad del juzgador sumarle a ésta las penas restantes, por los demás delitos que configuran el concurso real, de lo cual se desprende que en toda la redacción de los artículos referidos, se menciona la imposición de diversas penas de prisión, las cuales necesariamente se derivan de la comisión de varias conductas punibles, bajo la condición necesaria de que sean: conexas, derivadas o similares.

De lo anterior, se puede establecer que contrario a lo que determina el órgano resolutor, en el caso analizado se actualiza la existencia de varias penas de prisión, esto es así porque inicialmente por la comisión del delito de Homicidio simple en grado de tentativa, le fue impuesta al justiciable, una pena de ocho años de prisión, asimismo por el delito de robo calificado, se le impuso una diversa pena de prisión de cuatro años seis meses, lo cual hace un total de doce años seis meses de encarcelamiento, sanciones que son producto de un concurso real de delitos, es decir que con varias acciones se lesionaron diversos bienes jurídicos, esto es así porque con la tentativa de homicidio se lesionó el bien jurídico de la vida, y a través de la conducta de robo se lesionó el patrimonio del pasivo.

Ahora bien, no debe soslayarse que tratándose de la punición de un concurso real de delitos, integrado por dos o más ilícitos, la autoridad judicial puede imponer las penas inherentes a cada uno de los tipos básicos integrantes del concurso, esto es así, porque en esta figura jurídica supone la comisión de una pluralidad de conductas realizadas por la misma persona que

¹⁴¹ En caso de concurso real, se impondrá la pena del delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse con las penas que la ley contempla para cada uno de los delitos restantes, sin que exceda del máximo señalado en el artículo 33 de este código.

lleva a la realización de varios delitos, cuya nota distintiva es la independencia de las acciones ilícitas que lo conforman, esto es, la concurrencia de varios hechos autónomos e independientes entre sí, que ameritan la punición de forma independiente, aun cuando el fallo se emita en una sola resolución o fallo, lo cual es ilustrado por la siguiente tesis de jurisprudencia:

CONCURSO REAL DE DELITOS CALIFICADOS. LA AUTORIDAD JUDICIAL DEBE IMPONER LAS PENAS INHERENTES A CADA UNO DE LOS TIPOS BÁSICOS, ADEMÁS DE SUS RESPECTIVAS CALIFICATIVAS, SIN QUE ELLO IMPLIQUE UNA VIOLACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL NON BIS IN ÍDEM PREVISTO EN EL ARTÍCULO 23 CONSTITUCIONAL.

Los tipos penales complementados o calificados se conciben como aquellos tipos básicos a los cuales el legislador incorporó determinadas circunstancias modificativas que atenúan o agravan la punibilidad prevista, es decir, complementos o partículas que forman parte del propio tipo penal y que, incluso, debe analizar la autoridad judicial al emitir las primeras resoluciones intraprocesales, ya sean órdenes de aprehensión o autos de plazo constitucional. Por otra parte, el concurso real o material de delitos se actualiza cuando con una pluralidad de conductas realizadas por la misma persona se cometen varios delitos, no conectados entre sí, y cuya nota distintiva es la independencia de las acciones ilícitas que lo conforman, esto es, la concurrencia de varios hechos autónomos e independientes entre sí. De ahí que, tratándose de la punición de un concurso real de delitos, integrado por dos o más ilícitos calificados, la autoridad judicial de instancia debe imponer las penas inherentes a cada uno de los tipos básicos integrantes del concurso, además de sus respectivas calificativas, esto es, las circunstancias modificativas que se actualicen, sean agravantes o atenuantes, pues conforman una auténtica unidad delictiva, sin que ello implique una violación al derecho fundamental non bis in ídem previsto en el artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, toda vez que dicha vulneración se actualiza cuando el Estado juzga dos veces a una persona con motivo de los mismos hechos delictivos, mas no con aquellos casos donde el legislador establece una penalidad agravada diversa a la del tipo básico.¹⁴²

Como se observa, este indicador consiste en establecer si en un concurso de delitos existe la imposición de una sola pena resultado de la suma de las sanciones por las conductas típicas realizadas, o si por el contrario, existen diversas penas de prisión, por cada una de las acciones antijurídicas ejecutadas, determinación que resulta vital, debido a que como se apreció en la resolución reseñada, la autoridad jurisdiccional resolvió que no existía la imposición de diversas penas independientes de prisión, en un concurso de delitos, sino que se trataba de una sola sanción, producto de un incremento de la pena impuesta por el delito de mayor gravedad, lo cual

¹⁴² Tesis de Jurisprudencia 1a. /J. 97/2012 (10a.) Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XVI, enero de 2013. p. 551.

vuelve a ser una interpretación desafortunada de la autoridad jurisdiccional, que vulnera la garantía a la exacta aplicación de la ley de los sentenciados.

2.4.2.8 Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados.

Por otra parte, en relación con el octavo indicador que se refiere a la alusión de derechos fundamentales protegidos, en las resoluciones analizadas, este indicador resulta relevante para demostrar qué derechos fundamentales consideran los órganos jurisdiccionales deben ser protegidos con la compurgación simultánea de la prisión preventiva. Asimismo en caso de que las resoluciones carezcan de estas alusiones a los derechos humanos, luego reflejaran el contenido exclusivamente formal del derecho penal mexicano, con un total alejamiento del Derecho Contemporáneo. De tal modo, es posible ilustrar estos doce casos encontrados (ver anexo 3) con lo resuelto por el siguiente fallo judicial:

“...Lo que se corrobora con lo dispuesto por el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal que señala que en el supuesto de imposición de penas de prisión emanadas de hechos conexos, similares o derivados uno de otro, se deberá computar desde que se detuvo al sujeto por el delito inicial. Es aplicable por identidad jurídica la jurisprudencia 1º/J 100/2007 sustentada por la primera sala de la Suprema corte de Justicia de la Nación ...PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD CORRESPONDE A LA AUTORIDAD JURISDICCIONAL LA APLICACIÓN RETROACTIVA EN BENEFICIO DEL REO DE LOS ARTÍCULOS 25 PÁRRAFO SEGUNDO Y 64 PÁRRAFO SEGUNDO DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL PARA MODIFICAR EL QUANTUM DE AQUELLAS, AUN CUANDO ESTE EN EJECUCIÓN LA SENTENCIA...la anterior interpretación resulta congruente con el principio pro persona que se incluyó en el orden jurídico mexicano con las reformas constitucionales del diez de junio de dos mil once, principalmente el artículo 1º de la Constitución Federal, el cual establece que al realizar la interpretación de normas , debe optarse por el sentido, que implique mayor protección a los derechos inherentes a la persona humana, entre los que destaca el de libertad...”¹⁴³

De tal modo, la resolución que sirve de ejemplo en el caso anterior resalta la necesidad de proteger el derecho fundamental de la libertad con el auxilio del principio *Pro persona*, por encima de interpretaciones estrictamente positivistas, lo cual derivó en el caso concreto que al justiciable se le aplicara la compurgación simultánea de las penas preventivas de prisión.

¹⁴³ Resolución del juicio de amparo indirecto 839/2012-IV dictada por el C. Juez Octavo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, del seis de diciembre de 2012.

Sin embargo, este caso resulta totalmente aislado del universo analizado, ya que la inmensa mayoría de las resoluciones no señala en el cuerpo de las mismas los derechos fundamentales, como el de la libertad o la integridad, susceptibles de ser vulnerados con la negativa a compurgar simultáneamente la prisión preventiva y el abono de esta a las penas impuestas.

2.4.2.9 Alusión de tratados internacionales

Asimismo, en cuanto al noveno indicador analizado en las resoluciones estudiadas que hace referencia a la mención de tratados internacionales de derechos humanos en el cuerpo de las resoluciones, resulta importante porque la presencia o ausencia de estos cuerpos normativos internacionales de derechos humanos, dentro de las resoluciones analizadas, hará evidente la inclusión o no, de estos cuerpos normativos supranacionales en el Derecho Penal Nacional.

Cabe destacar, que exclusivamente en nueve de las resoluciones analizadas (ver anexo 3) se encontró una escueta alusión a los tratados internacionales en derechos humanos y su aplicación en el caso concreto que se resolvía, así se determinó en uno de esos casos:

“Consecuentemente es falso que se desatienda lo previsto en el artículo 7º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en lo conducente establece...¹⁴⁴ por que la privación de la libertad personal de que se duele no es arbitraria, sino consecuencia de la pena de prisión que le fue impuesta en la causa penal que se le instruyó, en la cual se respetaron las formalidades esenciales del procedimiento y se le dio acceso a las diversas instancias y recursos para impugnar la sanción respectiva...luego, no ha lugar a realizar análisis alguno desde el punto de vista del control de convencionalidad, pues en relación con el principio pro homine que invoca el quejoso, no se advierte que el instrumento internacional en cita otorgue en el caso en concreto una protección mayor que la prevista en la constitución política de los estados unidos mexicanos y la ley secundaria respectiva-Código Penal para el Distrito Federal- pues en ninguno de dichos cuerpos legales se prevé la compurgación simultanea de las penas de prisión, lo que conlleva a concluir que al emitir la resolución reclamada la responsable ajusto su actuación a la legislación aplicable de la materia...”

La resolución citada hace alusión al estudio de los derechos Humanos, contenidos en los tratados internacionales de los cuales México forma parte, sin embargo, el órgano jurisdiccional resolvió en el caso específico, que el derecho humano alegado por el justiciable (derecho a la

¹⁴⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos
Artículo 7. Derecho a la libertad personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

libertad personal) no había sido vulnerado con el acto de autoridad que se combatía, aduciendo el Juez de Distrito, que ninguno de los cuerpos legales aplicables, como el Código Penal para el Distrito Federal, prevé la compurgación simultánea de las penas de prisión, lo cual a la luz del contenido del artículo 33 del mencionado Código, resulta una aseveración incorrecta, ya que dicho numeral efectivamente determina la compurgación simultánea de penas de prisión, aun cuando sólo sea la preventiva, lo cual representaba el motivo del recurso interpuesto por el justiciable.

Asimismo, es de destacarse que contrario a lo que determina el órgano jurisdiccional, en relación a que el marco internacional de derechos humanos no establece ninguna disposición sobre la pena preventiva de prisión y su compurgación, del PIDCP es posible inferir que los conceptos de ilegalidad y arbitrariedad, pueden estar presentes en toda privación de libertad, como es el caso de la prisión preventiva, ya que la esencia de la libertad personal consiste en el derecho a no ser privado de libertad en forma arbitraria o ilegal.

De tal modo, el PIDCP reconoce estos conceptos claves en la segunda y tercera frase del primer párrafo del artículo 9, al establecer: *“Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”*. Estas frases encuentran eco, en orden inverso, en el segundo y terceros párrafos del artículo 7 de la Convención Americana, que rezan: *Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*

Además, la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos tiende a aplicar estos requisitos como criterios distintos y complementarios. En una decisión adoptada en 1990, el referido comité determinó que *“La historia de la redacción del párrafo 1 del artículo 9 confirma que no se debe equiparar el concepto de ‘arbitrariedad’ con el de ‘contrario a la ley’, sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el principio de las garantías procesales”*.¹⁴⁵

¹⁴⁵ Comité de Derechos Humanos, caso Van Alphen c. Países Bajos, párr. 5.8. (Naciones Unidas, Comisión de Derechos Humanos, 1964) que señala: *“El Comité ha llegado a la conclusión de que el término ‘arbitrario’ no es sinónimo de ilegal y denota un concepto más amplio. Parece claro que, aunque la detención o prisión ilegal es casi*

Este criterio requiere que la privación de libertad sea razonable y necesaria para alcanzar un fin legítimo, habida cuenta de todas las circunstancias del caso. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana) también es clara al respecto, como lo señala el siguiente pronunciamiento en el caso Gangaram Panday, sobre el artículo 7 de la Convención Americana:

(...) contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal).

En el segundo supuesto, se está en presencia de una condición según la cual nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que –aún calificados de legales– puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad.¹⁴⁶ 17

Cabe destacar, que la jurisprudencia de la CIDH aplica e interpreta los conceptos de arbitrariedad e ilegalidad en forma coherente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana y el Comité de Derechos Humanos, aun cuando no siempre distingue claramente entre ellos.¹⁴⁷ En el caso Lizardo Cabrera, la CIDH citó la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos en el sentido siguiente:

: (...) el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y (...) denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria. Según el Comité la detención es arbitraria cuando: a) se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por

siempre arbitraria, una detención o prisión hecha de acuerdo con la ley puede, no obstante, ser también arbitraria. Por consiguiente, basándose en la definición del término “arbitrariamente” sentada en el 12 periodo de sesiones de la Comisión de Derechos Humanos, el Comité ha adoptado la siguiente definición: “la detención o prisión sería arbitraria cuando se efectúe a) por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley, o b), conforme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y la seguridad

¹⁴⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana), caso Gangaram Panday (Fondo), párr. 47

¹⁴⁷ El caso Parada Cea, por ejemplo, identifica la ilegalidad como razón para considerar una privación de libertad arbitraria: “De acuerdo con la doctrina reiterada de la Comisión, una detención arbitraria se configura con base en tres supuestos: 1) cuando la detención es practicada al margen de los motivos que válidamente estipula la ley (detención extra-legal); 2) cuando se ha ejecutado sin observar las normas exigidas por la ley, y 3) cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley (detención para fines impropios)”, párr. 99 (1999).

la ley, o b) confirme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad.¹⁴⁸

Asimismo, otra decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala al respecto:

*Una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley.*¹⁴⁹

La CIDH también ha declarado que: “El término arbitrario es sinónimo de ‘irregular, abusivo, contrario a derecho’¹⁵⁰. Es decir, la prisión preventiva, puede ser, y de hecho lo es, una privación legal de la libertad, sin embargo a la luz de lo antes expuesto llega a ser una detención arbitraria, por ser abusiva, desproporcional o porque dicha detención se funda en una ley cuya finalidad fundamental es incompatible con el respeto del derecho del individuo a la Libertad y Seguridad Jurídica.

2.4.2.10.- Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable.

Cabe señalar que al realizar el análisis de las resoluciones recopiladas se apreció un caso que resultó paradigmático de la interpretación equivocada en que pueden incurrir los órganos jurisdiccionales al tratar de aplicar el marco legal, relativo a la simultaneidad de las penas de prisión preventiva, que llevó al órgano resolutor, el C. Juez Decimotercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal, (ver anexo 2) a dictar una resolución de Amparo protectora del justiciable,

En consecuencia, la resolución referida antes, consistió en establecer que los delitos por los que fue condenado el quejoso, a través de toda su vida, sí habían sido similares y en consecuencia, ordenó a la Primera Sala Penal del Tribunal Superior de justicia del Distrito Federal, autoridad responsable, a hacer el computo respectivo de la prisión preventiva de todas las causas penales en las cuales había sido sentenciado el justiciable, con el fin de abonar este

¹⁴⁸ CIDH, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párr. 68

¹⁴⁹ CIDH, caso Castillo Pezo c. Perú, párr. 102 (1999)

¹⁵⁰ O'DONNELL Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Bogotá, 2004, p. 328.

cómputo a la pena punitiva actualmente compurgadas por el sentenciado. Para ilustrar este caso es conveniente relatar los siguientes antecedentes:

1.- El día 20 de diciembre de 2013 el justiciable (*****) interpuso un incidente no especificado, ante el C Juez Quincuagésimo Séptimo Penal, por el cual demandaba la compurgación sucesiva de las penas de prisión preventiva, sufridas en diversas causas penales.

2.- Con fecha 27 de diciembre de 2013 el Juez Quincuagésimo Séptimo Penal en el Distrito Federal por ministerio de ley dictó una resolución incidental, cuyo punto resolutivo fue del tenor siguiente:

“...PRIMERO.- resulta infundado el incidente promovido por el incidentista...”.

3.- Inconforme con el sentido de la resolución anterior, el sentenciado por propio derecho interpuso en su contra el recurso de Apelación, formándose el toca penal 53/14, resolviendo la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de la siguiente forma:

“...PRIMERO.- Se confirma la resolución incidental pronunciada por el Juez Quincuagésimo Séptimo Penal mediante la cual se determinó que no es procedente el incidente no especificado...”

4.- Contra la resolución anterior el sentenciado por propio derecho promovió juicio de amparo indirecto número 270/2014 y el Juez Decimotercero de Distrito de Amparo en Materia Penal, con fecha de 26 de mayo de 2014, resolvió otorgar el amparo y protección de la justicia federal al quejoso en cita en los términos siguientes:

*“...ÚNICO. La justicia de la unión ampara y protege a (*****) contra la resolución de veintisiete de febrero del año en curso emitida en el toca 53/2014, mediante la cual confirmó la diversa de veintisiete de diciembre de dos mil trece, emitida en la causa 370/2008 del índice del Juzgado Quincuagésimo séptimo penal en la que declaró infundado el incidente relativo a la aplicación de la simultaneidad de las penas impuestas al quejoso, acorde con el último párrafo del artículo 33 del código penal para el Distrito Federal, emitida por la Primera Sala Penal del Distrito Federal a efecto de que la citada responsable realice lo siguiente: 1.- deje insubsistente la resolución reclamada y 2.- dicte otra en la que determine que los delitos por los que fue condenado el quejoso si son similares y en consecuentemente proceda a hacer el cómputo respectivo de simultaneidad de las penas correspondientes...”*

Como se observa, el justiciable en cuestión solicitó la compurgación simultánea de la prisión preventiva, derivada de las múltiples causas penales a las que fue vinculado a través de su vida, ello porque adujo que entre estas conductas realizadas por éste, se actualizaba la condición

de ser similares, circunstancia necesaria para ser aplicable el contenido del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal.

En este sentido, la Primera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, en acatamiento a la ejecutoria de amparo señaló:

*“... debemos precisar que en el caso que nos ocupa, contrariamente a lo señalado por el Juzgador, SÍ ES PROCEDENTE declarar la simultaneidad de la pena de prisión impuesta a [*****] en relación a la causa penal 370/2008 que se le instruyó en el Juzgado Quincuagésimo Séptimo Penal del Distrito Federal por el delito de ROBO AGRAVADO, debiendo concluirse que dicha pena de prisión ya se encuentra compurgada, en términos de lo previsto en el artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal... Asimismo, debe atenderse a lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Ejecución de Sanciones Penales y Reinserción Social para el Distrito Federal... Del análisis sistemático y conjunto de estas disposiciones, se llega a la conclusión de que bajo ninguna perspectiva, puede considerárseles independientes o aisladas entre sí, sino por el contrario, se complementan una con la otra, dado que en ellas se establece el concepto, duración (mínima y máxima), así como la forma de computar la pena de prisión.*

En cuanto a este último aspecto, se concluye que:

- a) En todo caso de imposición de diversas penas privativas de libertad, su compurgación será consecutiva.*
- b) El beneficio de compurgación simultánea de penas de esa naturaleza, sólo se refiere al tiempo de prisión preventiva (que por mandato del artículo 20, apartado A, fracción X, constitucional, debe computarse como abono de aquella, lo que es retomado de este último, por los citados numerales secundarios).*
- c) Si el sentenciado estuvo sujeto de forma simultánea a dos o más procesos, el tiempo de la prisión preventiva se computará para el descuento de cada una de las penas de prisión impuestas. Lo anterior se interpreta como una regla general en el sentido de que para cada persona se computará el tiempo de prisión preventiva que corresponda a cada causa, sin distinción alguna; y*
- d) La excepción a la regla general anterior, deriva del último párrafo del artículo 33 del código punitivo en cita, esto es cuando los delitos que motiven penas impuestas en sentencias diversas sean conexos similares o derivados uno de otro, la prisión preventiva se computará respecto de todas las penas, desde el momento en que se detuvo al sujeto por el delito inicial.*

*Precisado lo anterior, es incuestionable que resulta aplicable a favor del sentenciado [*****] lo previsto en el último párrafo del citado numeral, pues no pasa desapercibido para esta Alzada que dicho inculcado presenta **múltiples causas** instruidas en su contra en diversos Juzgados Penales del Distrito Federal, las cuales han culminado en sentencias condenatorias por los delitos de ROBO CALIFICADO Y ROBO AGRAVADO, lo que se aprecia de los diversos informes de situación jurídica que obran como integrantes del sumario, siendo **primeramente** sentenciado en la causa **71/94** del índice del Juzgado Trigésimo Cuarto Penal del Distrito Federal por el delito de ROBO CALIFICADO*

AGRAVADO DIVERSOS DOS, donde se le impuso una pena de 12 años 09 meses de prisión, la cual fue modificada por ejecutoria emitida por la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal de fecha 09 de enero de 1995, imponiéndole una pena de 08 años 04 meses 15 días de prisión; interponiendo además juicio de garantías el cual le fue negado en fecha 09 de junio de 1995, quedando firme la resolución dictada por la Novena Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, siendo puesto a disposición de la autoridad ejecutora en fecha 05 de julio de 1995, por lo que en su momento se determinó que debía abonarse el tiempo de prisión preventiva correspondiente a 01 año 08 días de prisión, tiempo que debía ser abonado a la pena de 08 años 04 meses 15 días de prisión impuesta por el Juez Trigésimo Cuarto Penal del Distrito Federal; además de la causa 264/2000 radicada en el Juzgado Séptimo del Ramo Penal de la capital de San Luis Potosí, en la que por sentencia emitida en fecha 14 de agosto de 2002, se le impuso la pena de 09 años de prisión por el delito de ROBO CALIFICADO, misma que fue modificada por resolución emitida por la Quinta Sala del H. Supremo Tribunal de Justicia en el Estado de fecha 27 de febrero de 2003, imponiéndole la pena de 07 años 06 meses de prisión, así como la sentencia derivada del proceso instruido ante el Juzgado Quincuagésimo Séptimo Penal del Distrito Federal por el delito de ROBO AGRAVADO en la que se le impuso la pena de 06 años 07 meses 15 días de prisión y 165 días multa, equivalentes a la cantidad de \$8,667.35 (ocho mil seiscientos setenta y siete pesos 35/100 M/N), resolución que fue confirmada por ejecutoria emitida por la Primera Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el toca de apelación 692/09 de fecha 21 de agosto de 2009; apreciándose que en todas las causas nombradas se tuvo como una generalidad que se trato de diversos delitos de ROBO.

*Es por lo anteriormente expuesto, que este Tribunal de Alzada considera que las penas de prisión que han sido impuestas al sentenciado [*****] emanan de hechos similares a los de la causa 370/08; por lo tanto encuadran en lo previsto en el último párrafo del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal que textualmente reza: “En el supuesto de imposición de las penas de prisión, emanadas de hechos conexos similares, o derivados uno del otro, se deberán computar dichas penas desde el momento en que se detuvo al sujeto por el delito inicial.”*

*En este orden de ideas, es pertinente reiterar en primer término, que las semejanzas de los ilícitos materia de las condenas a que se hizo referencia, son por haber cometido el sentenciado [*****] en todos los casos el delito de ROBO respecto de diversos objetos, estando armado el quejoso, por lo que se concluye que los delitos de que se trata si son similares, puesto que se refieren al mismo tipo penal, con identidad de calificativas y, más aún, del “modus operandi”, puesto que el quejoso utilizó la violencia moral en la comisión de todos ellos.*

*En las relatadas condiciones, se determina que los delitos por los que fue condenado [*****] sí son similares, por lo que consecuentemente se procede a realizar el cómputo respectivo de la simultaneidad de las penas correspondientes a la causa penal 370/08.*

*Debiendo señalarse en el presente apartado que de los datos que emanan de la resolución recurrida se desprende que el sentenciado [*****] se encuentra interno en el Reclusorio Preventivo Varonil Oriente del Distrito Federal actualmente; empero dicho sentenciado fue detenido el día primero de junio de 1994 y fue ingresado el día 3 del mismo*

*mes y año al Reclusorio Preventivo Varonil Norte del Distrito Federal a disposición del Juzgado Trigésimo Cuarto Penal del Distrito Federal en la partida 71/1994 por el delito de ROBO CALIFICADO AGRAVADO DIVERSOS DOS; siendo esta fecha (01 de junio de 1994) la que debe tomarse en consideración para el cómputo de la prisión preventiva que ha sufrido el sentenciado [*****] con motivo de la causa 370/08, atento a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, para efecto de que la pena que le fue impuesta en la presente causa se compute simultáneamente a partir de la fecha en que fue detenido por el delito inicial; luego entonces, si tomamos en consideración que desde el día antes señalado (01 de junio de 1994) hasta la fecha en que se dicta la presente resolución, HAN TRANSCURRIDO MÁS DE 06 AÑOS 07 MESES 15 DÍAS DE PRISIÓN que es la pena que se le impuso en la causa 370/08 del índice del Juzgado Quincuagésimo Séptimo Penal del Distrito Federal; por lo que con fundamento en los artículo 20, apartado "B", fracción IX, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 33 párrafo último, 94, fracción I, 95, 96 y 97, todos del Código Penal para el Distrito Federal, se concluye que el sentenciado [*****] ha cumplido con la pena de prisión impuesta (CAUSA DE EXTINCIÓN DE EJECUTAR LAS PENAS); en consecuencia SE ORDENA su inmediata EXCARCELACIÓN, única y exclusivamente por lo que se refiere a los presentes hechos derivados de la causa penal 370/08 del índice del Juzgado Quincuagésimo Séptimo Penal del Distrito Federal..."*

Como se aprecia, la autoridad responsable en cumplimiento de la ejecutoria de amparo decide sumar todas las prisiones preventivas sufridas por el justiciable en las tres causas penales a las cuales ha sido sujeto el sentenciado desde el año 1994, fecha del ilícito inicial, para después abonar éstas a la causa actualmente compurgada por el justiciable, es decir a la pena de 6 seis años 7 siete meses 15 días de prisión derivada de su proceso en el causa 370/2008.

De tal modo, la autoridad responsable advierte que desde el año 1994 a la actual fecha, ha transcurrido más del periodo de tiempo contenido en la sentencia que actualmente compurgada el justiciable, entonces decide dictar su excarcelamiento, por acreditarse una causa de extinción de ejecutar las penas de prisión, que consiste en el cumplimiento de la pena, derivado del abono de las prisiones preventivas sufridas por el justiciable a través de los años.

Por lo tanto, la decisión tomada por el juez de amparo y cumplida por la autoridad responsable, sin duda favoreció al justiciable referido, sin embargo la determinación no deja de ser controvertible, porque de principio, no existe disposición legal que faculte a la autoridad judicial al momento de dictar sentencia, para disminuir de la pena privativa de libertad impuesta, además del tiempo de la prisión preventiva que sufrió en la causa por la que se le juzga, el derivado de todas las prisiones preventivas a que fue sujeto el activo del delito con anterioridad,

por todos las conductas que ha cometido en el transcurso de su vida y por los cuales ya fue sentenciado.

Asimismo, a la prisión preventiva no se le puede dar mayor valor temporal del que tiene legalmente, ya que lícitamente sólo es posible computar la prisión preventiva relacionada con la causa o causas que se siguen en contra del justiciable por las que no ha sido sentenciado, mas no las prisiones preventivas que ha sufrido a lo largo de su vida, para que se acumulen para efectos de su descuento en la pena de prisión que se le imponga por el último delito realizado, ya que realizar esto implica otorgar un beneficio indebido, tal como lo ilustra el siguiente criterio jurisprudencial:

PRISIÓN PREVENTIVA. PARA LA COMPURGACIÓN SIMULTÁNEA DE PENAS A QUE SE REFIERE EL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 25 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, SÓLO SE COMPUTARÁ EL TIEMPO DE LAS RELACIONADAS CON LA CAUSA O CAUSAS QUE SE SIGUEN EN CONTRA DEL INculpADO POR LAS QUE NO HA SIDO SENTENCIADO PERO NO EL DE TODAS A LAS QUE HA ESTADO SUJETO EN EL TRANSCURSO DE SU VIDA.

No existe disposición legal que faculte a la autoridad judicial al momento de dictar sentencia para disminuir de la pena privativa de libertad impuesta, además del tiempo de la prisión preventiva que sufrió en la causa por la que se le juzga, el derivado de todas las prisiones preventivas a que ha estado sujeto el activo del delito con anterioridad, por todos los delitos que ha cometido en el transcurso de su vida y por los cuales ya fue sentenciado. En efecto, a la prisión preventiva no se le puede dar mayor valor temporal del que tiene legalmente, pues lo que prevé el artículo 25, párrafo segundo, del Código Penal Federal, es que sólo será computada la prisión preventiva relacionada con la causa o causas que se siguen en contra del inculcado por las que no ha sido sentenciado, mas no que las prisiones preventivas que ha sufrido en su carrera delictiva se acumulen para efectos de su descuento en la pena de prisión que se le imponga por el último delito cometido, pues hacerlo implica otorgar un beneficio indebido al sentenciado.¹⁵¹

Consecuentemente, queda claro que aun cuando en el presente caso el justiciable se benefició indebidamente del fallo judicial, esto se debió principalmente a la indeterminación y vaguedad de la redacción del precepto legal aplicable, el artículo 33 del Código penal para el Distrito Federal, ya que: ¿Cómo podría el juez realizar una exacta aplicación de la ley, si los supuestos normativos contenidos en el referido artículo, son indeterminados, vagos y

¹⁵¹ SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. I.6o.P.119 P Amparo directo 181/2009. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: María Elena Leguízamo Ferrer. Secretario: Julio Carmona Martínez. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXX, septiembre de 2009. p. 3167. Tesis Aislada

polisémicos? Por lo tanto, lo que nos está diciendo el párrafo tercero del artículo 14 es que las normas penales deben contar con ciertos elementos que nos permitan identificar claramente su campo de aplicación. A este deber de precisión y claridad de las normas se le conoce como el principio de “taxatividad” en materia penal.

En este sentido, la taxatividad de la ley penal consiste en que los textos legales, que contengan normas sancionadoras o que prescriban determinada consecuencia legal, como es el caso del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, debe describir claramente las conductas que están regulando y las consecuencias penales que se pueden aplicar a quien las realicen. Por lo tanto, la taxatividad es el medio por el cual se concretiza el principio de legalidad en materia penal y tiene por objeto preservar la certeza jurídica, que implica al final la exacta aplicación de la ley penal.

En este sentido, Luigi Ferrajoli advierte que la verificabilidad y la refutabilidad jurídica es sólo posible cuando las definiciones legales que establecen las connotaciones de las figuras abstractas de delito y más en general de los conceptos penales, son lo suficientemente precisas como para permitir, en el ámbito de la aplicación de la ley, la denotación jurídica (o calificación, clasificación o subsunción judicial) de hechos empíricos exactamente determinados. De tal modo, la técnica normativa que en los ordenamientos modernos asegura este presupuesto es la expresada por el principio de estricta legalidad o de taxatividad penal, Ferrajoli señala al respecto:

Este principio... puede ser caracterizado ahora como una regla semántica meta legal, de formación de la lengua legal que prescribe al legislador penal: a) que los términos usados por la ley para designar las figuras de delito sean dotados de extensión determinada, por donde sea posible su uso como predicados “verdaderos de los” hechos empíricos por ellos denotados; b) que con tal fin sea connotada su intención con palabras no vagas ni valorativas, si no lo más claras y precisas posible; c) que, en fin, sean excluidas de la lengua legal las antinomias semánticas o cuando menos que sean predispuestas normas para su solución. De ahí se sigue, conforme a esta regla, que las figuras abstractas de delito deben ser connotadas por la ley mediante propiedades o características esenciales idóneas para determinar su campo de denotación (o de aplicación) de manera exhaustiva, de forma que los hechos concretos que entran allí sean denotados por ellas en proposiciones verdaderas, y de manera exclusiva, de modo que tales hechos no sean denotados también en proposiciones contradictorias por otras figuras de delito connotadas por normas concurrentes...”¹⁵²

¹⁵² FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón...* p. 121.

Por lo tanto, como lo señala Luigi Ferrajoli, cualquiera que sean los elementos constitutivos de las formulaciones legales, existe en todo caso un vínculo metalógico entre la precisión de su connotación legal y la determinabilidad de su campo de denotación y, por tanto, entre legalidad y verificabilidad, entre convencionalismo y empirismo penal, entre rigor semántico del lenguaje legislativo y cognoscitividad judicial, para que al final se verifique el axioma: “... *donde las leyes son claras y precisas, el oficio del juez no consiste más que en asegurar un hecho...*”¹⁵³

Luego, las interpretaciones incorrectas que realizan los órganos jurisdiccionales vulneran la seguridad jurídica de los sentenciados, ya que por medio de este principio constitucional, las autoridades se encuentran sujetas a la ley o más en general a las normas jurídicas. Así, la seguridad jurídica se expresa principalmente en dos dimensiones, una que tiene que ver con la previsibilidad de las acciones en cuanto a sus consecuencias jurídicas y otra que está referida al funcionamiento de los poderes públicos.¹⁵⁴ La que interesa para este trabajo de investigación es la primera, puesto que la seguridad jurídica busca que la estructuración del ordenamiento sea correcta, es decir justa, y que también lo sea su funcionamiento.

La corrección estructural se concreta en una serie de principios que están presentes en casi todos los ordenamientos jurídicos, entre estos se encuentra los principios de: *Lege promulgata*, *lege manifiesta*, *lege plena*, *lege estricta*, *lege previa* y *lege perpetua*. De todos estos principios, el que incumbe en este caso es el de *Lege Manifiesta*, porque a través de éste, las leyes deben ser claras, comprensibles, alejadas de formulismos oscuros y complicados, así es contrario a la seguridad jurídica de los sentenciados, establecer formulaciones legales abiertas, que no dejen claro que acción se pretende sancionar o prescribir, porque no está claramente definida en el texto jurídico, ni se establecen con precisión las consecuencias jurídicas.¹⁵⁵

En este sentido, de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la seguridad jurídica “*es la certeza que debe tener el gobernado de que su persona, su familia, sus posesiones o sus derechos serán respetados por la autoridad, pero si esta debe producir una afectación en*

¹⁵³ FERRAJOLI Luigi. Ob cit. *Derecho y razón...* p 122

¹⁵⁴ CARBONELL Miguel. Ob. Cit. *Derechos fundamentales...* p 587

¹⁵⁵ CARBONELL Miguel. *Los Derechos...* Ob cit p 587.

ellos, deberá ajustarse a los procedimientos previamente establecidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las leyes secundarias... ”¹⁵⁶

Se advierte que este concepto se refiere a que todo individuo debe contar con la seguridad de que sus derechos y posesiones serán respetados en todo momento y que para que se pueda dar una afectación sobre estos por parte de la autoridad, ésta deberá de observar y apegarse a lo dispuesto por los diversos ordenamientos legales, cumpliendo de manera principal con lo establecido por la Carta Magna.

Así, Ignacio Burgoa define a las garantías de seguridad jurídica como “...*el conjunto general de condiciones, requisitos elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el sùmmum de sus derechos subjetivos...*”¹⁵⁷

2.5.- Seguridad jurídica en la compurgación de la prisión preventiva

Como se observó, los órganos jurisdiccionales vulneran la seguridad jurídica de los justiciables, en las resoluciones analizadas, porque esencialmente el precepto legal aplicable para la compurgación simultánea de las penas de prisión preventivas adolece del principio de *lege manifesta*, ya que los aplicadores del derecho negaron la compurgación simultánea de penas de prisión preventiva aduciendo entre otras cosas: que no existía la imposición de varias penas, sino que se trataba de una sola. De igual modo, se vedó la extinción concurrente de la prisión preventiva, alegando que era necesaria la imposición de varias sentencias. Por otro lado, se impidió el cumplimiento sincrónico de sanciones, argumentando que no existe un delito inicial al actualizarse un concurso delictivo; interpretaciones todas, producto de la poca claridad del precepto jurídico, que como se observó produce la aplicación inexacta de la ley y con ello la vulneración de derechos fundamentales.

Por otro lado, a través del mandato de determinación, como parte de la garantía a la exacta aplicación de la ley penal, expresa la obligación de que las leyes sean formuladas de modo preciso, claro y unívoco; a través de este mandato de determinación, la Constitución propende a asegurar la racionalidad lingüística de la legislación penal, que debe permitir a los ciudadanos

¹⁵⁶ Suprema Corte de justicia de la Nación. *Las garantías de Seguridad Jurídica*. Colección Garantías Individuales. SCJN, México, 2003, p 9

¹⁵⁷ BURGOA Orihuela. Ignacio. *Las garantías Individuales*. 18ª ed. Porrúa, México, 1984, p 495.

discernir, *ex ante* y de forma cierta, qué conductas se encuentran prohibidas y cuáles son las sanciones dispuestas para quienes incurran en ellas.¹⁵⁸

Finalmente, no escapa a este trabajo que el lenguaje legal es un lenguaje altamente técnico, pero en aras de brindar certidumbre jurídica debe evitarse el lenguaje rebuscado y la redacción oscura e intrincada, ya que como se confirma, en ocasiones ni los mismos especialistas teóricos, ni los tribunales pueden orientarse con seguridad en el texto legal, como lo demuestra el hecho de que sobre un mismo precepto jurídico, como es el caso del artículo 33 del Código Penal para Distrito Federal, existan las más diversas y opuestas interpretaciones. En general se puede llegar a establecer que el precepto aludido es opaco.

Es innegable que el ideal de claridad, simplicidad y coherencia de las leyes, sobre todo penales, es común a toda la tradición jurídica contemporánea. Sin embargo, este ideal no es plenamente alcanzable, al existir siempre un margen ineludible de incertidumbre y por tanto de discrecionalidad en la interpretación de la ley. Lo anterior fue estimado por Herbert Hart, al señalar que en todas las leyes existe, junto a un núcleo “luminoso”, una zona de “penumbra” que cubre los casos discutibles en los que las palabras de la ley no son obviamente aplicables, pero tampoco claramente excluibles.

La penumbra, sin embargo, puede ser reducida o aumentada hasta la oscuridad más completa, como se ha venido evidenciando a través de los indicadores anteriormente referidos encontrados en las resoluciones analizadas. Por eso debemos hablar, de *taxatividad* y, en consecuencia, de *verificabilidad jurídica*. La certeza jurídica, aun cuando sea un mito si se entiende como perfecta correspondencia, puede ser en realidad mayor o menor según el lenguaje de las leyes sea preciso o vago, denote hechos o exprese valores y esté libre o no de antinomias semánticas¹⁵⁹

Finalmente, los márgenes de elección de parte de los órganos jurisdiccionales, con la redacción tal como esta del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, son amplios e inevitables, y precisamente, por eso debemos hablar de poder de verificación jurídica, o de denotación. Puesto que la amplitud de estos márgenes, es decir, de la zona de penumbra, de la

¹⁵⁸ Cazares Inzunza Enríquez. *La exacta aplicación de la ley...* Ob cit p 111

¹⁵⁹ Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón...* Ob cit. p 122

que habla Hart, puede ser sin embargo mayor o menor; y la imposibilidad de suprimirlos del todo no es una buena razón para no tratar de reducirlos, a través de una adecuada expresión legal del referido artículo del Código Penal para el Distrito Federal.

CAPÍTULO 3.- DERECHOS FUNDAMENTALES Y SIMULTANEIDAD DE LA PRISIÓN PREVENTIVA.

Sumario: 3.1.- La posición de garante del Estado frente a las personas privadas de libertad
3.1.1.-Derechos humanos, Garantías individuales y Derechos fundamentales. 3.1.2.-
Derechos humanos: derechos subjetivos. 3.1.3.- Métodos generales de Interpretación y
principios interpretativos particulares de los derechos fundamentales 3.2.- Conflicto o
delimitación de derechos fundamentales. 3.2.1.-La protección de derechos fundamentales
de las víctimas, a través de la imposición de las penas de prisión 3.3.- Derechos
fundamentales involucrados en la compurgación de las penas de prisión considerados
como principios. 3.4.- El principio de proporcionalidad en la intervención de derechos
fundamentales 3.5.- Los pasos de la ponderación, relacionado con el cumplimiento de las
penas de prisión. 3.6.- Garantías jurídicas en la compurgación de las penas de prisión.
3.7.- Efectos jurídicos y facticos de la extinción sucesiva las sanciones penales.

“La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro...”

Robert Alexy

Como se evidenció en el capítulo anterior, la aplicación inexacta de la ley, en este caso las diversas prescripciones sobre la compurgación simultánea de las penas de prisión, propicia en muchos de los casos la vulneración de derechos fundamentales de los sentenciados. De tal modo, en este apartado se señalarán los derechos esenciales impactados con la negativa para cumplir las penas de prisión preventiva de manera simultánea, así como advertir los principios que pueden encontrarse en pugna y de esta manera evidenciar que en el derecho Constitucional contemporáneo, los derechos fundamentales pueden concurrir y entrar en conflicto, en una situación determinada, por lo que para resolver esta disyuntiva es necesario utilizar los criterios¹⁶⁰ argumentativos denominados: ponderación de bienes y delimitación de los derechos.

3.1. La posición de garante del Estado frente a las personas privadas de libertad.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 1.1, como base de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados partes “...*que éstos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a*

¹⁶⁰ Criterio: *Norma para conocer la verdad. Juicio o discernimiento.* Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna...” Estas obligaciones generales de *respeto y garantía*, vinculantes para el Estado Mexicano, con respecto a toda persona, implican para éste un deber que adquiere un mayor nivel de compromiso al tratarse de personas en situación de riesgo o vulnerabilidad.

El respeto a los derechos humanos, cuyo fundamento es el reconocimiento de la dignidad inherente al ser humano, constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se encuentre en una situación de poder frente al individuo. Por lo tanto, la obligación de garantizar implica que el Estado debe tomar todas las medidas necesarias para procurar que las personas sujetas a su jurisdicción puedan disfrutar efectivamente de sus derechos, aun cuando se encuentren sentenciados penalmente.

En atención a esta obligación los Estados deben prevenir, investigar, sancionar y reparar toda violación a los derechos humanos. En este sentido, la Corte Interamericana ha establecido que: *“de las obligaciones generales de respetar y garantizar los derechos, derivan deberes especiales, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre,”*¹⁶¹ es el caso de las personas sentenciadas penalmente, que debido a su situación concreta, el estado tiene deberes especiales a favor de aquellos, con el fin de respetar y garantizar sus derechos fundamentales.

Consecuentemente, las personas privadas de la libertad, están sujetas al control efectivo del Estado. En efecto, el principal elemento que define la privación de libertad es la dependencia del sujeto a las decisiones que adopte el aparato estatal. Es decir, las autoridades estatales ejercen un control total sobre la persona que se encuentra sujeta a su custodia, incluido por supuesto la forma de cumplir las penas de prisión. Este particular contexto de subordinación del recluso frente al Estado constituye una relación jurídica de derecho público, conocida como relación de sujeción especial, en virtud de la cual el Estado, al privar de libertad a una persona, se constituye en garante de todos aquellos derechos que no quedan restringidos por el acto mismo de la privación de libertad.

¹⁶¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos* (Arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A No. 11, párr. 34. 18

Como se advierte, esta posición de garante en la que se coloca el Estado, es el fundamento de todas aquellas medidas, incluidas las regulaciones normativas, que de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, aquel debe adoptar con el fin de respetar y garantizar los derechos de las personas privadas de libertad.

3.1.1.- Derechos humanos, Garantías y Derechos fundamentales.

Los conceptos de derechos fundamentales, garantías individuales y derechos humanos no son equivalentes, ni se pueden utilizar indistintamente. Porque de inicio, la garantía es el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, hacerlo eficaz o devolverlo a su estado original en caso de que haya sido viciado o violado. De tal modo, una garantía tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, o disposiciones fundamentales. Luigi Ferrajoli, señala al respecto que: “*la garantía es una expresión del léxico jurídico, con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo*”¹⁶²

Por otra parte, los derechos humanos no deben ser confundidos con los derechos fundamentales, ya que sólo pueden considerarse como tales los derechos que están previstos en el texto constitucional y en los tratados internacionales; en cambio los derechos humanos son una categoría más amplia, y en la práctica, se suelen utilizar con menos rigor jurídico que los derechos fundamentales.¹⁶³

El término *derechos humanos* aparece como un concepto de contornos más amplios e imprecisos que la noción de los derechos fundamentales, así los derechos humanos suelen ser entendidos como un conjunto de facultades e instituciones, que en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, libertad y igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.¹⁶⁴

Por lo tanto, los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en su cuerpo constitucional y que suelen gozar de una tutela reforzada. El estudio de los derechos fundamentales puede abordarse desde varios planos de análisis, cada uno de los cuales intenta responder a preguntas diferentes. Por ejemplo, desde el

¹⁶² CARBONELL Miguel. Ob cit. *Derechos...*p 6

¹⁶³ Ídem. p. 8.

¹⁶⁴ Ídem. P 9

punto de vista de la dogmática jurídica constitucional, la justificación para calificar un derecho como fundamental se encuentra en su fundamento jurídico, es decir, en el reconocimiento que hace un texto constitucional de ese derecho.¹⁶⁵

Desde el punto de vista de teoría de la justicia, el fundamento de un derecho se encontraría en las razones o en la justificación racional que puede existir para ese derecho; Asimismo, desde un punto de vista de teoría del derecho, un derecho fundamental encuentra su justificación para ser considerado como tal, por reunir las características que se establecen en la definición teórica que se ofrezcan de los derechos; Finalmente, para el nivel de análisis sociológico o historiográfico un derecho fundamental tendrá justificación en la medida en que se haya realizado en la práctica o haya tenido alguna relevancia histórica, o repercusión práctica.¹⁶⁶

De tal manera, a través del nivel de análisis de la justicia, aun cuando existen discrepancia cuando se trata de justificar los valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales, autores como Luigi Ferrajoli identifican cuatro criterios axiológicos que responden a la pregunta de qué derechos deben ser, o es justo que sean fundamentales, estos criterios son los de: igualdad, democracia, paz y el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil.¹⁶⁷

En términos generales, los derechos fundamentales pueden ser considerados como tales en la medida en que constituyen la protección de los intereses más importantes de las personas, con independencia de sus circunstancias. Por eso los derechos fundamentales son universales porque son inherentes a todas las personas, aun cuando éstas tengan que cumplir con alguna sanción penal.

En este sentido, Luigi Ferrajoli, sostiene que los derechos fundamentales son “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadano o de personas con capacidad de obrar*”.¹⁶⁸ Asimismo, por derecho subjetivo debe entenderse cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica, mientras que por

¹⁶⁵ Ídem. p.2

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ ibidem.

¹⁶⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 37.

status se debe entender la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y /o autor de los actos que son ejercicio de éstas ¹⁶⁹

3.1.2.- Derechos humanos: derechos subjetivos.

Los derechos humanos son derechos subjetivos, entendidos como cualquier expectativa positiva o negativa vinculada a un sujeto por una norma jurídica. De tal manera, si se acepta que éste es el presupuesto o concepto inicial que permite el análisis del derecho subjetivo, el medio a través del que se realizará es la garantía¹⁷⁰. La conexión entre derecho subjetivo y las posiciones jurídico-individuales o fenómenos jurídico-subjetivos son los motivos que hacen necesario un análisis del derecho subjetivo como instrumento de garantía.

En este sentido, el derecho subjetivo supone una determinada posición jurídica de un sujeto merecedora de tutela. La garantía es, por lo tanto, una de las dimensiones del derecho subjetivo con la que éste se relaciona de una forma particularmente intensa y bicondicional. De tal modo, a partir de la atribución al individuo de un derecho subjetivo, su interés o pretensión, recibe el respaldo normativo, con la intención de realizarlo, de hacerlo eficaz.

Estos modelos de derecho y de Estado presuponen, un ámbito individual de exclusión que capacita al titular del derecho fundamental, a impedir las intromisiones ilegítimas externas: tanto las que provengan de otros individuos en contra de la voluntad del titular, como las que provengan del propio Estado.

Así, las garantías, son las obligaciones que derivan de los derechos. De esta forma, puede haber garantías negativas y positivas; las primeras obligarían a abstenciones por parte del Estado y de los particulares en el respeto de algún derecho fundamental, mientras que las segundas generarían obligaciones de actuar positivamente para cumplir con la expectativa que derive de algún derecho. Estos dos tipos de garantías pueden agruparse en las llamadas “*garantías primarias o sustanciales*”, que son distintas de las “*garantías secundarias o jurisdiccionales*”.¹⁷¹

¹⁶⁹ Ídem. P 37

¹⁷⁰ “... efecto de garantizar lo estipulado...” y “...Derechos que la Constitución de un Estado, reconoce a todos los ciudadanos...” REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Vigésimo Primera edición. Madrid España 1992. P. 721

¹⁷¹ CARBONELL Miguel, Ob cit. *Derechos...* p 7

De tal modo, las garantías primarias son precisamente las obligaciones o prohibiciones que corresponden a los derechos subjetivos establecidos en algún texto normativo; Por otro lado, las garantías secundarias son las obligaciones que tienen los órganos judiciales de aplicar la sanción, o declarar la nulidad cuando constaten, en el primer caso, actos ilícitos y, en el segundo, actos no válidos que violen los derechos subjetivos y por tanto violen también las garantías primarias.¹⁷²

Como se advierte, el derecho subjetivo está constituido por el respeto a un derecho fundamental, por parte de las autoridades públicas; consecuentemente, su fuente primaria es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que puedan ser restringidos o suspendidos por una ley secundaria. Ahora bien, los Tratados Internacionales, las Constituciones locales, las leyes secundarias y otros cuerpos normativos también pueden establecer derechos fundamentales que amplíen la gama de los contenidos en la Constitución Federal, pero jamás limitarlos, puesto que esto supondría un atentado a la supremacía constitucional.¹⁷³

Asimismo, la diferencia esencial entre las garantías y los derechos fundamentales “...radica en que éstos son oponibles frente a todo el mundo, sean o no autoridades, por lo que hasta los particulares o gobernados tienen la obligación de respetar esos derechos, en tanto que las garantías solamente son oponibles frente a las autoridades pública o estatales, sin que los gobernados se vean obligados a respetarlas”.¹⁷⁴

En resumen, la garantía es el medio para asegurar el cumplimiento o el respeto de un derecho, por lo tanto una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se produzcan a los principios fundamentales. Si utilizáramos una comparación derivada del derecho privado, podríamos decir que no es lo mismo el contenido de una obligación, que la garantía mediante la cual las partes acuerdan hacer efectiva esa obligación en caso de incumplimiento, en consecuencia cuando llamamos garantías individuales a los derechos fundamentales, es como si en el derecho privado se confundiera la obligación surgida de un contrato, con la hipoteca (garantía) que se constituye para garantizar su cumplimiento.

¹⁷² ídem

¹⁷³ Artículo 133 Constitucional: “Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”

¹⁷⁴ CARBONELL Miguel, Ob cit. *Derechos...* p19.

3.1.3.- Métodos generales de Interpretación y principios interpretativos particulares de los derechos fundamentales.

Es claro que la aplicación de la ley no se agota en un simple ejercicio de subsunción norma-hecho, sino que exige en gran medida valoraciones del juzgador, porque el derecho sin decisiones ni valoraciones no existe. De tal modo, se advierte que las valoraciones jurídicas tienen una importancia central en todas las decisiones de algún modo problemáticas, por lo tanto, no se puede soslayar el elemento valorativo, normativo-teleológico y político-jurídico, contenido en toda interpretación jurisdiccional.

De tal modo, en cuanto a la forma de interpretar los derechos fundamentales, debe de destacarse de inicio que al formar éstos parte de la Constitución, se deben interpretar considerando el resto de las normas constitucionales con que estén relacionadas. De igual modo, las normas constitucionales se pueden interpretar de manera armónica, congruente, histórica, progresiva y procurando que cumplan sus fines (teleológica).

En este sentido, para interpretar los derechos fundamentales Miguel Carbonell señala que se puede tomar primordialmente en cuenta los siguientes métodos generales de interpretación jurídica:

Criterio lógico, según el cual hay que entender las normas de derecho fundamental como si fuesen consistentes con las demás normas constitucionales, de tal modo, el intérprete no puede representar el texto constitucional como una serie de enunciados ilógicos, sino que debe proceder de tal forma que se advierta una cierta coherencia normativa. Esto no evita que entre las normas constitucionales que contemplan derechos fundamentales pueda haber contradicciones o tensiones, en cuyo caso se tendrá que tomar en cuenta criterios hermenéuticos adicionales, como son la ponderación o la proporcionalidad.¹⁷⁵

Criterio sistemático, mediante éste se debe considerar a la constitución como una unidad, de manera que el intérprete debe enlazar las normas de derechos fundamentales entre sí, descubriendo su sentido y alcance en relación con el sentido y alcance del resto del texto

¹⁷⁵ CARBONELL Miguel. Ob cit. Derechos... p 123

constitucional. De tal modo, el derecho fundamental debe ser contextualizado en el conjunto de la constitución para lograr su adecuada interpretación.¹⁷⁶

Criterio Gramatical o filológico, a través del cual debe atenderse al significado lingüístico contenido en las normas de derechos fundamentales. La interpretación lingüística, sin embargo, no se debe limitar al significado que nos ofrezcan los diccionarios, sino que comprende también, de forma más amplia, el significado que la cultura y la tradición jurídica le dan a cierto término. Igualmente, el significado lingüístico puede ser conocido a través de lo que se haya establecido en sentencias que constituyan precedentes obligatorios, en sentencias de tribunales de otros países y por el resto de órganos encargados de aplicar el derecho.¹⁷⁷

Criterio histórico, a partir del cual hay que intentar precisar el sentido que a determinada norma de derecho fundamental le dio el poder constitucional o el poder reformador de la constitución. La reconstrucción de la voluntad constituyente se puede realizar por medio de los debates parlamentarios, de las exposiciones de motivos que fundamentaron determinada iniciativa de reforma o por la legislación histórica sobre la materia.¹⁷⁸

Cabe destacar, sobre este criterio que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación histórica es un método hermenéutico de carácter subsidiario, ya que sirve cuando el resto de métodos interpretativos no proporciona suficientes elementos para comprender el alcance de alguna disposición constitucional¹⁷⁹. En sentido parecido, la Suprema Corte del país, ha señalado la importancia de acudir a interpretaciones que nos permitan conocer la voluntad del constituyente.¹⁸⁰

Sobre lo anterior, Miguel Carbonell indica que la interpretación de carácter histórico, dirigida fundamentalmente a conocer la voluntad del poder constituyente, no puede utilizarse de forma prevalente frente a otros métodos hermenéuticos, ya que señala que ha existido una cierta

¹⁷⁶ Ídem.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ídem

¹⁷⁹ INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN. NOVENA ÉPOCA pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t, XL, junio 2000 tesis P/J 61/2000 p.13

¹⁸⁰ INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN, ANTE LA OSCURIDAD O INSUFICIENCIA DE SU LETRA DEBE ACUDIRSE A LOS MECANISMOS QUE PERMITAN CONOCER LOS VALORES O INSTITUCIONES QUE PRETENDIERON SALVAGUARDAR POR EL CONSTITUYENTE O EL PODER REVISOR. Tesis aislada. P. XXVIII/98 Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo VII, abril de 1998. Pág. 117.

corriente interpretativa en los tribunales del país, según la cual lo importante no es lo que realmente dicen las normas, sino “*lo que quisieron decir*” los legisladores. De tal modo, según este autor, si se acepta este punto de vista (privilegiando la supuesta *voluntas legis* por encima del propio texto) se abre la puerta a cualquier tipo de excesos y arbitrariedades, dando lugar con ello, a la aplicación sesgada de la constitución y de las leyes. En consecuencia, según este autor por ningún motivo, se puede sustituir la letra de la ley (o de la constitución) por el supuesto significado del “*espíritu*” de la norma o por la intención que tuvieron sus autores.¹⁸¹

Finalmente, también se puede interpretar los textos constitucionales desde un *Criterio sociológico y teleológico*; según el cual, se deben tomar en cuenta los objetivos que persiguieron los derechos fundamentales. En este criterio, el intérprete debe considerar siempre que el texto constitucional fue hecho para ser relevante, de esa manera, la interpretación teleológica deberá asegurar en la realidad el cumplimiento de los fines que persiguen los derechos fundamentales.¹⁸²

Conforme a lo anterior, se deben tener presente los métodos tradicionales de interpretación normativa, al momento de analizar las disposiciones que contienen derechos fundamentales, pero no podemos agotar en esos métodos la problemática de la interpretación constitucional, puesto que la constitución requiere de una interpretación en alguna medida distinta de la que puede aplicarse al resto de textos que componen el ordenamiento jurídico. En otras palabras, aunque los métodos tradicionales puedan ser adecuados para la interpretación constitucional, no son sin embargo suficientes para realizarla, es aquí donde se hace necesaria, como en el presente objeto de estudio, la utilización de criterios tales como la proporcionalidad y la ponderación cuando se trata derechos fundamentales.

La interpretación constitucional correcta de los derechos fundamentales debe ser el objetivo de una buena práctica jurisdiccional, sobre todo si se tiene en cuenta que sigue estando presente en la práctica jurídica el postulado positivista, que sostiene que la interpretación correcta, es simplemente la aplicación por un juez de una consecuencia lógica, una vez que el intérprete pone en claro, y sin aparentes problemas, una premisa mayor y otra menor.

¹⁸¹ CARBONELL Miguel. Ob cit. Derechos... pp. 125,126

¹⁸² ídem

Sin embargo, el constitucionalismo contemporáneo ha venido a romper en buena medida con esa concepción: ya que si el positivismo postula de forma preponderante la tesis de la subsunción, según la cual, como se acaba de decir, toda solución jurídica es directamente deducible de las premisas que ofrecen los hechos, por una parte y la norma jurídica aplicable, por la otra. En cambio el constitucionalismo más reciente cambia esa forma de interpretación por la ponderación.¹⁸³

En consecuencia, la ponderación se revela como el criterio más adecuada para realizar la interpretación constitucional, ya que en efecto los textos constitucionales actuales están colmados de principios, más que de reglas, ante esta existencia de principios y valores constitucionales que entran en conflicto, la subsunción se evidencia como un método interpretativo un tanto limitado. Ahora se exige al intérprete acudir a métodos distintos que incorporen conceptos como los de ponderación, razonabilidad o proporcionalidad, mediante los cuales se preserven los derechos fundamentales, porque bajo esos esquemas, el intérprete puede solucionar un caso concreto sin tener que decidir sobre la validez de dos normas enfrentadas. De tal modo, lo que corresponde hacer al juez, es ponderar los bienes en tensión y tratar de potenciar o maximizar ambos hasta donde sea razonable, procurando nunca sacrificar totalmente uno de ellos.

Entonces, cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos, puesto que todos tienen rango de supremos, por estar previstos en la constitución, por lo que el juez está obligado a preservar ambos, hasta donde sea posible. En consecuencia, actualmente el razonamiento judicial en materia de derechos fundamentales debe ser capaz de aplicar coherentemente criterios como los de razonabilidad, corrección funcional, proporcionalidad y ponderación. Por otra parte, en esta exégesis se deben observar los principios interpretativos particulares que se suelen aplicar a los derechos fundamentales, los cuales se pueden sintetizar en las siguientes premisas:

Principio pro homine, en sus dos variantes: *preferencia interpretativa*,¹⁸⁴ según la cual el intérprete debe preferir la interpretación que proteja de mejor manera un derecho fundamental

¹⁸³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, cit, cap. III. Citado por CARBONELL Miguel. *Derechos fundamentales en México* p .127

¹⁸⁴ Tesis de Jurisprudencia. VI.3o.A. J/2 (10a.) PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE

que se plasma en los subprincipios denominados; *favor libertatis*, de protección a las víctimas o *favor debilitis*, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de *in dubio pro operario*, de *in dubio pro reo*, de *in dubio pro actione*.¹⁸⁵

De igual modo, este principio *Pro homine* se cristaliza a través de su variante de *Preferencia de normas*, de acuerdo con la cual el intérprete, en el caso de poder aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe la norma dentro de la jerarquía normativa.¹⁸⁶

Asimismo, por medio del principio denominado de *Posición preferente de los derechos fundamentales*, el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente alguno de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación ente ellos.¹⁸⁷

De acuerdo con el criterio de *Mayor protección de los derechos*, se entiende que la regulación constitucional de los derechos, es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica, no solamente al intérprete judicial, sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública al momento de expedir reglamentos o cuando diseña políticas para hacer realidad los derechos. Desde luego un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales.¹⁸⁸

Finalmente, con el criterio denominado de *Fuerza expansiva de los derechos*; se puede aplicar tomando varias perspectivas: Por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos, en este caso el intérprete debe ampliar, cuanto sea posible, el universo de los sujetos titulares para que la protección de los derechos llegue al mayor número de personas.

De igual manera, la jerarquía de los tratados internacionales se proyecta directamente en materia penal, ya que los derechos que contienen deberán de aplicarse sin ningún tipo de

ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XVII, febrero de 2013. Pág. 1241.

¹⁸⁵ CARPIO Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra Editores, 2004. Citado por Miguel Carbonell en: *Derechos Fundamentales en México*. P 130

¹⁸⁶ ídem

¹⁸⁷ ibidem

¹⁸⁸ ibidem

limitación en nuestro sistema penal, ya que estos derechos gozan del mismo rango constitucional que los establecidos en la parte dogmática de la Constitución.¹⁸⁹

En este sentido se ha pronunciado algunos tribunales, cuyo cuerpo colegiado ha señalado en diversas jurisprudencias la integración de nuevos derechos al bloque constitucional, al grado que ha forzado la interpretación para señalar la existencia de garantías individuales tácitas comprendidas dentro del cuerpo normativo¹⁹⁰

3.2.- Conflicto o delimitación de derechos fundamentales.

En el derecho Constitucional moderno, está plenamente aceptado que los derechos contenidos en los textos constitucionales no son absolutos: ya que son pocos los derechos considerados fundamentales que no se encuentran en concurrencia con otros derechos considerados también como esenciales, y que no impongan por tanto, en ciertas situaciones y respecto a particulares categorías de destinatarios, una elección entre estos.¹⁹¹

De tal modo, es innegable que en la mayor parte de las situaciones en las que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan, no es posible proteger uno de estos principios incondicionalmente sin hacer inoperante el otro. Considérese, el tema que nos ocupa el derecho de los justiciables a la libertad y en el otro extremo el derecho de las víctimas a la impartición de justicia. En éste, como en otros casos, se podría hablar de derechos fundamentales concurrentes, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la tutela de un derecho también fundamental, pero concurrente.

¹⁸⁹ CORDÓN moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Segunda edición. Editorial Aranzandi. Navarra España. 2002. Página 12.

¹⁹⁰ "... Conforme al artículo 133 constitucional, la propia Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Ahora bien, cuando los tratados internacionales reglamentan y amplían los derechos fundamentales tutelados por la Carta Magna, deben aplicarse sobre las leyes federales que no lo hacen, máxime cuando otras leyes también federales, los complementan..." Tesis aislada, Materia(s): Administrativa, Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XX, Septiembre de 2004, Tesis: I.4o.A.440 A, Página: 1896, que a la letra dice: TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES" CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 799/2003. Ismael González Sánchez y otros. 21 de abril de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Hilario Bárcenas Chávez. Secretaria: Mariza Arellano.

¹⁹¹ MENDONCA Daniel. *Los Derechos en Juego*. Tecnos, Madrid, 2003, p. 41.

Como se advierte, el denominador común de los conflictos de derechos fundamentales consiste en que estos derechos, que pertenecen al mismo cuerpo constitucional, y por tanto tienen la misma jerarquía, temporalidad y especialidad, no pueden ser resueltos mediante los clásicos criterios de solución de antinomias normativas (temporalidad o especialidad). Lo que significa que ante esta colisión de derechos fundamentales, no es posible subsumir los hechos de forma absoluta en una disposición constitucional, ya que de ser así el conflicto estaría resuelto en forma engañosa, por lo tanto no es posible aventurarse a definir cuál de los derechos contrastados sería jerárquicamente superior, cronológicamente anterior, o gradualmente especial frente al otro derecho contrastado.

En consecuencia, para la resolución de esta antinomia de derechos, se ha propuesto recurrir, a un criterio metodológico distinto de aquellos que tradicionalmente conocemos; tarea ésta que implica necesariamente revisar nuestra concepción respecto de la estructura del sistema normativo, que en definitiva no se encuentra solamente compuesto de reglas, sino también, y en grado fundamental de *principios*¹⁹².

De tal modo, las técnicas para la resolución de estos conflictos están representadas de inicio por la *ponderación de bienes*, la cual considera que tales conflictos existen y que este sólo puede resolverse apreciando unas y otras expectativas de conducta, indagando qué valor o interés último persiguen, dando valor preferente en el caso en concreto a aquella expectativa que persiga el valor o interés más cualificado o importante.¹⁹³

Por otro lado, la técnica de solución de conflictos basada en la *delimitación de los derechos*, mantiene que en rigor no hay conflicto entre derechos, sino con sus límites, en el sentido de que en el caso concreto debe confrontarse cada derecho fundamental en presencia con sus límites constitucionales y solventar así su supuesta colisión. Como se aprecia para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos, según el caso en concreto y conforme un orden

¹⁹²“... Cuando se habla entonces de principios del derecho penal puede interpretarse por tales tanto aquellos que se vinculan con el surgimiento de la potestad sancionadora como aquellos que hacen a la interpretación y argumentación penal. Así, aunque no resulte usual en la práctica forense, los principios pueden ser vistos como una referencia a las causas que motivan, producen, explican y justifican la presencia del *ius puniendi* en la convivencia política. Es decir, la fuente real u ontológica de la que surge la realidad llamada derecho penal...” YACOBUCCI Guillermo. *El sentido de los principios Penales*. p 80. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma. Argentina 2002

¹⁹³ VILLAVERDE Ignacio. “*Los límites de los derechos fundamentales*”. Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978” Ed. Tecnos. Madrid .2004. p 176

de valores o intereses preferentes en cada situación, sino tan solo es necesario examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conductas no está privada de protección.¹⁹⁴

Como se advierte, la naturaleza de la ponderación no implica establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino relacionar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la constitución señala, explícita o implícitamente.

En cambio, para la técnica de *delimitación de derechos*, lo que se persigue es resolver las colisiones delimitando el derecho fundamental y aplicándole sus límites, para así concluir si la expectativa de conducta sujeta a su examen es o no objeto del derecho fundamental en cuestión.¹⁹⁵ Es decir, se debe comprobar que además de razonable, la interpretación que de los derechos en presencia ha hecho la resolución judicial en cuestión, se corresponde con una interpretación conforme a la Constitución, único punto de partida idóneo, no para resolver un conflicto entre derechos, sino para concluir si ha habido o no vulneración del derecho fundamental en juego.

La crítica que se le puede hacer a la técnica de la *ponderación de bienes*, estriba en que pretende resolver el supuesto conflicto entre derechos, no a partir de los límites que la Constitución impone a los derechos fundamentales, sino de los datos del caso concreto, que al final determinarán cual de los derechos, bienes o intereses en conflicto debe prevalecer; Luego, la ponderación relativiza el contenido del derecho fundamental, porque las expectativas de conducta efectivamente ya no dependen del examen de sus límites, sino de las circunstancias del caso en concreto llamado a resolver.¹⁹⁶

Por lo tanto, el conflicto para la ponderación de bienes no se produce entre los derechos fundamentales y otros derechos, bienes o intereses constitucionales o infra constitucionales, sino entre los valores o intereses, que según quien pondera, se presentan en aquellos derechos, de tal

¹⁹⁴ ídem

¹⁹⁵ VILLAVERDE Ignacio. "La *resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*": Interpretación Constitucional y el Principio de Proporcionalidad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador 2008. p 176

¹⁹⁶ VILLAVERDE Ignacio. Ob cit. *La resolución de conflictos...* P176.

modo con esta técnica, el conflicto, si lo hay, no se resuelve examinando los límites de unos u otros derechos, sino decidiendo en cada caso en particular, cuál de esos valores o intereses debe prevalecer, en fin, se trata de jerarquizar los valores e intereses en presencia.

En consecuencia, la utilización de la técnica de *ponderación de derechos*, en el caso que nos ocupa, es cuestionable, ya que primero relativiza el valor normativo de los derechos fundamentales y el de la constitución misma, asimismo a través de la ponderación, se llega a jerarquizar los derechos, ya que uno de ellos debe ceder en su aplicabilidad frente al de valor preferente, lo cual no es posible según la práctica jurisprudencial a través del criterio que determina que si bien la colisión de los derechos se presenta en dos formas: a) una interna; y b) otra externa, lo cierto es que no hay derechos fundamentales de primera o de segunda, sino de igual jerarquía.¹⁹⁷

Asimismo, la ponderación plantea los conflictos entre derechos como una colisión entre los valores e intereses jurídicos representados en aquellos derechos, cuando en realidad no hay colisión por cuanto sólo se trata de fijar los límites del derecho fundamental en cuestión¹⁹⁸. Por lo

¹⁹⁷ *“Así, las libertades fundamentales en un entorno social no se eliminan o se excluyen entre sí, de tal suerte que corresponde a la autoridad adoptar las medidas pertinentes que permitan o garanticen la coexistencia de prerrogativas convergentes; pues de no entenderse así, se llegaría a la ilógica conclusión de que las libertades fundamentales consagradas en un orden jurídico nacional son de diverso nivel jerárquico y que, por virtud de ello, unas tienen preeminencia sobre otras, cuando lo que debe procurarse es el prudente equilibrio de las libertades fundamentales concurrentes a fin de que todas incidan en la esfera jurídica de los gobernados con el deliberado propósito no sólo del respeto al Estado social, humanista, solidario y democrático. COLISIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES. LIBERTAD DE TRABAJO Y LIBRE CIRCULACIÓN. SE VIOLAN DICHAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES SI LA AUTORIDAD COMPETENTE EN LA MATERIA DE MANERA OMISIVA TOLERA EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES POR UN TERCERO (PARTICULAR) QUE POR DISPOSICIÓN DE LA LEY LE SON EXCLUSIVAS DE ELLA primer tribunal colegiado en materias administrativa y de trabajo del décimo primer circuito. XI.1o.A.T.52 K (9a.) Amparo en revisión 382/2008. Rosendo Castillo Valdovinos. 13 de mayo de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: Hugo Sahuer Hernández. Secretario: Juan Carlos Sierra Zenteno. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro VI, Marzo de 2012. Pág. 1081. Tesis Aislada*

¹⁹⁸ *“...los conflictos que involucran derechos fundamentales no parte cada vez de cero, sino que el sistema jurídico contiene un abanico más o menos consensuado de reglas o criterios que expresan lo que puede o no considerarse un equilibrio adecuado entre ellos en distintos contextos o escenarios aplicativos. Así, algunas de estas reglas están consagradas expresamente en los tratados de derechos humanos o en las Constituciones mismas, y otras se van explicitando a medida que la justicia constitucional va resolviendo casos, incluidos aquellos en los que se juzga la constitucionalidad de los límites a los derechos incluidos en las leyes. De ahí que el legislador es competente genéricamente para emitir normas que regulan y limitan derechos, pero no puede hacerlo como prefiera, sino bajo determinadas condiciones relacionadas tanto con fines como con medios, en tanto que su labor normativa -llegado el caso- debe ser cuidadosamente examinada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para garantizar que los límites que de ella derivan estén justificados por la necesidad de proteger a su vez derechos e intereses constitucionalmente amparados, y no haya sido adoptada sobre bases arbitrarias o insuficientemente sensibles a su*

tanto, sólo se puede sortear aquellas oposiciones y ser coherente con la posición normativa de los derechos fundamentales, si esos conflictos se conciben como lo que en realidad son: un problema de delimitación de derechos fundamentales que concurren en un mismo caso.

De igual modo, en otros casos operan los límites del derecho fundamental de forma que no puede ser su objeto de protección una conducta que niega la existencia de otra norma constitucional. Por ejemplo, el caso de la presente tesis: El derecho a la administración de la justicia que opera a favor de las víctimas¹⁹⁹, representado por la imposición de penas de prisión, sin embargo este derecho no puede desplazar el cumplimiento simultáneo de la prisión preventiva y el descuento de esta en la sanción punitiva, porque de hacerlo haría nugatorio el deber del estado de garantizar la reinserción a la sociedad de los sentenciados²⁰⁰ negando con ello los derechos de los justiciables de integridad y libertad.

Cabe decir que los límites externos al derecho fundamental, deben de ser observados siempre que el límite cumpla con su principio constitucional, volviendo al tema de esta tesis: Si la Constitución permite que la ley secundaria prescriba la compurgación sucesiva, entonces, la extinción sucesiva de la prisión preventiva no sería una lesión constitucional, sin embargo es discutible que de una interpretación conforme de los artículos 17 y 18 constitucionales se pueda considerar fundado la permisión de la extinción sucesiva de las penas preventivas de prisión.

En consecuencia, el derecho penal puede llegar a constituir un instrumento con una doble secuela, ya que aun cuando pretende proteger bienes jurídicos, puede llegar a vulnerar derechos fundamentales, paradoja que acompaña a la imposición de penas de prisión, toda vez que la justificación de ésta, en última instancia, apela a la protección de derechos fundamentales que de manera directa o indirecta pueden llegar a verse afectados por la comisión de un delito, pero al mismo tiempo, la imposición de la pena constituye una afectación de derechos esenciales.

impacto en las condiciones de goce del derecho involucrado..." CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA Instancia: Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época. Tomo XXXIV, agosto de 2011. Pág. 23. Tesis Aislada.

¹⁹⁹ Artículo 17 Constitucional: "...Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes..."

²⁰⁰ Artículo 18 Constitucional: *El sistema penitenciario se organizará sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad...*"

Lo anterior, establece el contexto en el cual debe entenderse la ejecución de penas preventivas de prisión sucesivas, que aun cuando de inicio puedan considerarse legalmente fundadas, es imposible soslayar que el cumplimiento de forma continuada de la prisión preventiva, es una afectación desproporcionada, susceptible de ser refutada por una adecuada actividad lógica jurídica, en donde el principio de proporcionalidad y la técnica de delimitación de derechos resultaran las herramientas idóneas para establecer una correcta solución a este conflicto de principios.

Cabe señalar que el principio de proporcionalidad recibe el nombre de "derivado" porque en realidad representa un criterio normativo de valoración acerca de la presencia e injerencia de la potestad penal en la vida ciudadana a partir de la configuración de los principios materiales. De esa forma, estos principios son el resultado de la confluencia de los principios de bien común y de dignidad humana, conforme la instrumentación de la legalidad y las exigencias que permiten hacer operativos el reproche y la aplicación de sanciones.²⁰¹

Dentro de este campo de relaciones entre bien común y dignidad humana, la clave de los principios derivados está constituida por el principio de proporcionalidad. Se puede afirmar que este principio es la primera materialización de la confluencia de exigencias comunitarias e intereses individuales o particulares. De los criterios de proporcionalidad surgen incluso los principios derivados de *última ratio*, *subsidiariedad*, *mínima intervención*, *tolerancia*, *insignificancia* y *ofensividad*, por cuanto estos reciben de aquel principio su consistencia explicativa.²⁰²

La proporcionalidad como principio supone el ejercicio razonable del poder político en tanto eficaz para la realización de las exigencias del bien común, integrando y respetando los derechos fundamentales de los ciudadanos. De tal modo, pueden utilizarse indistintamente la noción de razonabilidad y la de proporcionalidad. La idea de razonabilidad proviene del derecho anglosajón mientras que la de proporcionalidad es más bien originaria del derecho público europeo.²⁰³

²⁰¹ YACOBUCCI Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Abaco de Rodolfo de Palma. Argentina 2002 p 333

²⁰² YACOBUCCI Guillermo. Ob cit. *El sentido de...* p 334

²⁰³ ídem

En consecuencia, para definir la proporcionalidad en un sentido amplio, es posible establecer que constituye una máxima o principio que pretende resguardar las libertades fundamentales atendiendo a que la intervención pública sea idónea, indispensable y proporcionada. Esto es, que el medio que sea adecuado al fin resulte el más moderado dentro de aquellos igualmente eficientes y respecto del contenido esencial de los derechos involucrados.

Como se observa, el principio de *proporcionalidad* en la realidad jurídico penal es un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político-criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. Por lo tanto, conviene dar una visión de su significado en el derecho penal y señalar la influencia que su realización tiene en otros principios derivados, cuyo contenido pasa en buena medida por la razonabilidad que aquel expresa. De tal modo, el principio de proporcionalidad requiere de criterios de subsidiariedad y de *última ratio* para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin²⁰⁴

Por lo tanto, la conveniencia de utilizar la estructura argumentativa basada en el principio de proporcionalidad, estriba en que a través de ésta es posible establecer cuándo una intervención en derechos fundamentales, como en este caso la negativa para compurgar la prisión preventiva de forma simultánea, puede considerarse válida y sobre todo legítima, siempre y cuando: 1) persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo e igualmente apto para alcanzar la misma finalidad; 4) exista proporcionalidad entre los sacrificios y los beneficios que se obtienen con dicha intervención.²⁰⁵

Ahora bien, es conveniente preguntarse por qué los derechos fundamentales pueden, y de hecho, son limitados por el legislador y demás poderes públicos, una primera respuesta es porque no se trata de derechos absolutos, pero es inevitable cuestionarse: ¿Por qué, si los derechos fundamentales son indisponibles y constituyen límites a las decisiones de los poderes públicos, consentimos que éstos puedan, a su vez, establecer límites a tales derechos?

²⁰⁴ ibidem

²⁰⁵ LOPERA Mesa Gloria Patricia, ARIAS Holguín Diana Patricia. *Principio de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena*. Consejo Superior de la Judicatura. Colombia 2010 p 28.

La respuesta a esta cuestión se encuentra en la perspectiva en relación a la forma de apreciar los derechos fundamentales denominada “*conflictivista*”,²⁰⁶ la cual se edifica sobre el reconocimiento de que la garantía de los derechos fundamentales plantea conflictos con otras normas del sistema jurídico, y por lo tanto, la determinación del contenido de estos derechos requiere de herramientas argumentativas que permitan resolver tales conflictos mediante el necesario equilibrio ponderativo.

Este enfoque *conflictivista* es útil para establecer que el cumplimiento sucesivo de penas de prisión, que representan el fin de la pena bajo el paradigma de la prevención general y especial de las sanción penal inevitablemente se encuentra en una posición en conflicto con el uso mínimo de la pena de prisión, congruente con los principios de mínima afectación y proporcionalidad.

3.2.1. La protección de derechos fundamentales de las víctimas a través de la imposición de las penas de prisión

Como ya se mencionó, en el presente caso los principios contrapuestos colocan los derechos de las víctimas del delito en un extremo del conflicto, sin embargo habría que preguntarse si en verdad el Derecho Penal tiene como función real reprimir y prevenir la criminalidad, ya que existe la convicción entre algunos teóricos que su función es meramente simbólica, puesto que da la impresión de que actúa y protege a los miembros de la comunidad cada vez que se produce un hecho delictivo²⁰⁷.

Sin embargo, esta protección no es real en los hechos, evidenciada por los estudios sobre la llamada cifra negra de la criminalidad que nos indican que bajo las redes del Derecho penal sólo caen unos pocos casos del total de infracciones que se cometen en una sociedad. Con estos pocos casos que sufren la intervención del Derecho penal se produce esta distorsión y falsa imagen que éste crea. Es decir solo en el terreno simbólico la función del derecho se cumple ya que con esos pocos casos y la dureza con la que se les trata se pretende dar la percepción de protección de la sociedad de parte del estado.

En este contexto, el rol de la víctima también se vuelve simbólico, tal como lo señala Zaffaroni, al establecer que la víctima de un delito resulta considerablemente afectada porque por

²⁰⁶ LOPERA Mesa Gloria Patricia, ARIAS Holguín Diana Patricia. Ob cit. *Principio de proporcionalidad...* P36.

²⁰⁷ MUÑOZ G Jesús Antonio. “*derecho e impunidad*”. En Pena y Estado. Función Simbólica de la pena. Editorial Cono Sur, Santiago de Chile 1995. p71

regla general el Sistema Penal no se inmuta; cuando interviene, por lo tanto no es mucho menor la afectación, como consecuencia de la expropiación del conflicto, siendo inadmisibles que el aparato judicial, llegue al límite de intervenir cuando, en concreto, esta intervención le acarrea aún mayores perjuicios a la víctima. En consecuencia, se usa al penado para ejercer un poder verticalizante; para lo mismo se usa a la víctima mediante la expropiación o confiscación de su derecho lesionado²⁰⁸

De igual modo, para Zaffaroni la racionalidad de la sanción está vinculada necesariamente con la solución del conflicto. Sin embargo, como en el modelo penal la expropiación de la víctima determina que el conflicto pierda una de sus partes esenciales, todo lo que se haga dentro de la punibilidad carece de racionalidad. En tanto la víctima no es parte necesaria ni su opinión tiene relevancia para el planteo del conflicto, luego, la pena queda reducida a infligir un sufrimiento sin sentido.²⁰⁹ Sobre lo anterior, es pertinente señalar que el desarrollo legislativo actual, ha reivindicado el papel de la víctima en el derecho penal, favoreciendo la protección de múltiples derechos.²¹⁰

²⁰⁸ ZAFFARONI Eugenio Raul. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*. Editorial Ediar Argentina 1998. p249

²⁰⁹ ZAFFARONI Eugenio Raul. Ob cit. *En busca...*p. 274, 278

²¹⁰ Artículo 7.- Ley de Víctimas (9 de enero 2013)- Los derechos de las víctimas que prevé la presente Ley son de carácter enunciativo y deberán ser interpretados de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, los tratados y las leyes aplicables en materia de atención a víctimas, favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de sus derechos.

Las víctimas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

I. A una investigación pronta y eficaz que lleve, en su caso, a la identificación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, y a su reparación integral;

II. A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron;

III. A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones;

IV. A que se le brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;

V. A ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos por parte de los servidores públicos y, en general, por el personal de las instituciones públicas responsables del cumplimiento de esta Ley, así como por parte de los particulares que cuenten con convenios para brindar servicios a las víctimas;

VI. A solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante, con independencia del lugar en donde ella se encuentre, así como a que esa ayuda, asistencia y atención no dé lugar, en ningún caso, a una nueva afectación;

VII. A la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces;

VIII. A la protección del Estado, incluido el bienestar físico y psicológico y la seguridad del entorno con respeto a la dignidad y privacidad de la víctima, con independencia de que se encuentren dentro un procedimiento penal o de cualquier otra índole. Lo anterior incluye el derecho a la protección de su intimidad contra injerencias ilegítimas, así como derecho a contar con medidas de protección eficaces cuando su vida o integridad personal o libertad personal sean amenazadas o se hallen en riesgo en razón de su condición de víctima y/o del ejercicio de sus derechos;

IX. A solicitar y a recibir información clara, precisa y accesible sobre las rutas y los medios de acceso a los procedimientos, mecanismos y medidas que se establecen en la presente Ley;

X. A solicitar, acceder y recibir, en forma clara y precisa, toda la información oficial necesaria para lograr el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos;

XI. A obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requiera para el ejercicio de sus derechos, entre éstos, los documentos de identificación y las visas;

XII. A conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente;

XIII. A ser efectivamente escuchada por la autoridad respectiva cuando se encuentre presente en la audiencia, diligencia o en cualquier otra actuación y antes de que la autoridad se pronuncie;

XIV. A ser notificada de las resoluciones relativas a las solicitudes de ingreso al Registro y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral que se dicten;

XV. A que el consulado de su país de origen sea inmediatamente notificado conforme a las normas internacionales que protegen el derecho a la asistencia consular, cuando se trate de víctimas extranjeras;

XVI. A la reunificación familiar cuando por razón del tipo de victimización su núcleo familiar se haya dividido;

XVII. A retornar a su lugar de origen o a reubicarse en condiciones de voluntariedad, seguridad y dignidad;

XVIII. A acudir y a participar en escenarios de diálogo institucional;

XIX. A ser beneficiaria de las acciones afirmativas y programas sociales públicos para proteger y garantizar sus derechos;

XX. A participar en la formulación, implementación y seguimiento de la política pública de prevención, ayuda, atención, asistencia y reparación integral;

XXI. A que las políticas públicas que son implementadas con base en la presente Ley tengan un enfoque transversal de género y diferencial, particularmente en atención a la infancia, los adultos mayores y población indígena;

XXII. A no ser discriminadas ni limitadas en sus derechos;

XXIII. A recibir tratamiento especializado que le permita su rehabilitación física y psicológica con la finalidad de lograr su reintegración a la sociedad;

XXIV. A acceder a los mecanismos de justicia disponibles para determinar la responsabilidad en la comisión del delito o de la violación de los derechos humanos;

XXV. A tomar decisiones informadas sobre las vías de acceso a la justicia o mecanismos alternativos;

XXVI. A una investigación pronta y efectiva que lleve a la identificación, captura, procesamiento y sanción de manera adecuada de todos los responsables del daño, al esclarecimiento de los hechos y a la reparación del daño;

XXVII. A participar activamente en la búsqueda de la verdad de los hechos y en los mecanismos de acceso a la justicia que estén a su disposición, conforme a los procedimientos establecidos en la ley de la materia;

XXVIII. A expresar libremente sus opiniones e intereses ante las autoridades e instancias correspondientes y a que éstas, en su caso, sean consideradas en las decisiones que afecten sus intereses;

XXIX. Derecho a ejercer los recursos legales en contra de las decisiones que afecten sus intereses y el ejercicio de sus derechos;

XXX. A que se les otorgue, en los casos que proceda, la ayuda provisional;

XXXI. A recibir gratuitamente la asistencia de un intérprete o traductor de su lengua, en caso de que no comprendan el idioma español o tenga discapacidad auditiva, verbal o visual;

XXXII. A trabajar de forma colectiva con otras víctimas para la defensa de sus derechos, incluida su reincorporación a la sociedad;

Por lo antes expuesto, habría que preguntarse cuáles son los derechos fundamentales que podrían llegarse a vulnerar a las víctimas de los delitos, en el caso que se decretara la compurgación simultánea de las penas de prisión preventiva de los sujetos procesados, o si son aun más los derechos vulnerados por el sentimiento de inseguridad, provocado por los medios masivos, que tienden a justificar ante la opinión pública los medios más ofensivos en contra de las personas, que se encuentran en reclusión, debido principalmente a su vulnerabilidad.

De tal modo, el derecho fundamental de la víctimas de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, que se ve cumplida con la vinculación a proceso y posterior dictado de sentencia, en contra del sujeto responsable del hecho delictuoso; ir más allá y suponer que la víctima desee infligir aun mayores males a su victimario, es retroceder a una etapa ya superada, es volver a la retribución y con ello soslayar que el castigo es tan sólo, una expresión simbólica, porque no puede volverse igual, al crimen cometido, ya que no existe una relación de uno por uno, y no debe ser jamás utilizado como una vara de medición expresando el valor de la víctima.

Sin embargo, no se puede obviar que el castigo es una compleja institución social, así lo sugiere Garland quien afirma que la moderna sanción es tanto una cuestión cultural como estratégica; en otras palabras, es un ámbito de expresión de los valores y de las emociones como también un proceso de control. Su concepción sociológica del castigo está basada en la interpretación de los valores y sentimientos del conflicto social que están expresados e invocados en el castigo, al igual que en el diseño de las estrategias instrumentales del control penal.²¹¹

Con lo antes expuesto, la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible, ya que no pueden aplicarse penas que prescindan de toda finalidad social y el estado no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia, puesto que su función principal es la defensa y seguridad de las personas y no la de compensar un mal con otro.

XXXIII. A participar en espacios colectivos donde se proporcione apoyo individual o colectivo que le permita relacionarse con otras víctimas, y

XXXIV. Los demás señalados por la Constitución, los Tratados Internacionales, esta Ley y cualquier otra disposición aplicable en la materia o legislación especial.

²¹¹ TEDESCO Ignacio F. *“El castigo como una compleja institución social”*: El pensamiento de David Garland. En Mitologías y Discursos sobre el castigo. Coordinador Iñaki Ribera Beiras. Editorial Anthropos. España 2004. p 241

3.3.- Los derechos fundamentales involucrados en la compurgación de las penas de prisión; considerados como principios

Una reconstrucción de la teoría de los derechos fundamentales en sentido conflictivista se encuentra en la obra de Robert Alexy, quien realiza una distinción entre principios y reglas, así, a juicio de este autor, mientras que los primeros representan mandatos de optimización, es decir, son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes, en cambio las reglas son normas que establecen una medida exacta de satisfacción, esto es, que contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible, con lo cual, una vez que se verifica su condición de aplicación, ha de hacerse exactamente lo que en ellas se ordena, ni más ni menos²¹²

En este sentido, hay que tener presente que el entendimiento de los principios como normas que postulan un deber ser ideal, se adecua al enfoque desde el cual parte el presente análisis, ya que permite explicar el carácter de aproximación de los mandatos que imponen, en oposición al carácter terminante de las reglas.

De tal modo, bajo esta óptica los principios carecen de contenido de determinación con respecto de los principios contrapuestos y a las posibilidades fácticas, con lo cual el mandato establecido en ellos, debe ser considerado aún a la luz de las circunstancias del caso por decidir y de la existencia de otros principios igualmente relevantes, que imponen deberes contradictorios a fin de establecer cuál de ellos prevalece en el caso concreto: este es el escenario en el cual se desarrolla el presente trabajo en cuanto a las formas de compurgar las penas de prisión preventiva, de manera sucesiva, determinado por el principio de prevención general o de manera simultánea, apoyada por el principio de proporcionalidad y mínima afectación.

Así, bajo la perspectiva conflictivista, los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por otras razones opuestas, es decir, el principio no determina cómo ha de resolverse la relación entre una razón y su opuesta, sino que, es preciso aplicar el principio de proporcionalidad, cuyo resultado es la formulación y fundamentación de una regla que expresa la solución definitiva, a la cual aspira cualquier sistema de imposición de sanciones, coherente con postulados garantistas.

²¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. 2 reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1986, p. 86.

En este contexto se enmarca el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, adoptado por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de diciembre de 1988, en el cual se advierte de inicio que toda persona en prisión debe ser tratada dignamente, y que no se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que en el Conjunto de Principios no se reconocen esos derechos o los reconoce en menor grado, lo cual supone que los estados miembros de la Asamblea deben ampliar los derechos de las personas en prisión, antes que limitarlos.

Asimismo, el 14 de diciembre de 1990 la Asamblea General en su resolución 45/111 formulo otra serie de principios básicos para el tratamiento de los reclusos en el cual se estableció que con excepción de las limitaciones que sean evidentemente necesarias por el hecho del encarcelamiento, todos los reclusos seguirán gozando de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagradas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo Facultativo, además de los demás derechos estipulados en otros instrumentos de las Naciones Unidas, lo cual implica el respeto del derecho a la integridad que conservan los sentenciados penalmente.

Por otra parte, el Comité de Ministros de la comunidad europea, el 11 de enero de 2006, adoptó una serie de principios penitenciarios, que obviamente no tienen aplicación espacial en el país, pero que sin embargo brindan un marco legal con perspectiva garantista al cual es conveniente hacer referencia, así de inicio en ese documento se instituye que nadie puede ser privado de libertad a menos que dicha privación constituya una medida de último recurso. Asimismo, estos principios establecen que las penas privativas de libertad y el mantenimiento de los detenidos, deben garantizar condiciones de detención que no atenten contra la dignidad humana y además compromete al Estado, permanentemente, con la reinserción a la sociedad de las personas privadas de la libertad.

De igual manera, en esta declaración de principios europeos, se establece que las personas privadas de libertad conservan todos los derechos, asimismo establece que las restricciones impuestas a las personas privadas de libertad estarán limitadas a un estricto criterio de necesidad y deben ser proporcionales a los objetivos legítimos para los que se han impuesto, principio que

garantiza la compurgación simultánea de la prisión preventiva. Por último, estos principios disponen que cada detención debe ser de manera que facilite la reintegración en la sociedad libre de las personas privadas de libertad, lo que viene a poner de manifiesto el discurso imperante en el derecho contemporáneo sobre la privación de libertad, que es la reintegración a la sociedad.

3.4.- El principio de proporcionalidad en la intervención de derechos fundamentales

Ahora bien, cuándo es posible establecer que en un hecho jurídico, se está en presencia de un principio o una regla, ya que de inicio no puede hacerse a partir de la interpretación aislada y abstracta de la disposición que la estatuye, sino sólo una vez puesta en relación con las circunstancias del caso por decidir, y con las demás normas que resulten relevantes para el mismo, puesto que como se sabe, el hecho de que una norma contenga ya todas las determinaciones en relación con los principios o las reglas que jueguen en su contra, no puede constatarse sino en concreto, es decir, desde una perspectiva que tome en consideración las circunstancias particulares en que la norma debe ser aplicada.²¹³ Tal es el caso del objeto de estudio, el cumplimiento sucesivo o simultáneo de las penas preventivas de prisión.

En este orden de ideas, se puede hablar de principios sólo cuando nos hallamos en presencia de normas que: 1) no operan en el razonamiento de modo aislado, en el sentido de que por sí solas no ofrecen fundamento a una decisión jurídica, sino que siempre lo hacen en conjunción con otras normas (otros principios), que orientan la decisión en sentido contrario, de tal suerte que el concepto de principio aparece invariablemente ligado a la idea de conflicto normativo; 2) cuando para resolver dicho conflicto, no se consideran viables los mecanismos tradicionales de resolución de antinomias (criterios cronológico, jerárquico, especialidad), basados en la anulación o excepción permanente de una de las normas en conflicto, y en su lugar se adopta el esquema de argumentación que suministra el principio de proporcionalidad.²¹⁴

De tal modo, en presencia de ambas condiciones, es posible llamar principios a las normas involucradas en el razonamiento y les interpretamos como portadoras de deberes *prima facie*, en lugar de portadoras de deberes definitivos. Con esto, el problema se traslada a la determinación

²¹³ BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2003., p. 588. Citado por. LOPERA Mesa Gloria Patricia, ARIAS Holguín Diana Patricia en: *Principio de proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la determinación judicial de la pena*, p 39.

²¹⁴ LOPERA Mesa Gloria Patricia, ARIAS Holguín Diana Patricia. Ob cit. *Principio de proporcionalidad...* p P41

de los criterios que permiten calificar a un caso como “fácil” o “difícil”. Esto último ocurrirá cuando, ante un mismo evento, concurren al menos dos soluciones normativas en pugna y existan discrepancias acerca de cuál de ellas debe prevalecer.

En este sentido, la mayor precisión de los enunciados constitucionales, es un indicio del grado de consenso logrado en una sociedad acerca de la necesidad de proteger ciertos contenidos constitucionales bajo la forma de normas precisas, dotadas de validez definitiva, capaces de operar como “razones protegidas”, que excluyen la deliberación ulterior por parte del intérprete acerca de si debe o no aplicarse la solución prevista en ella.

Es conveniente preguntarse, ¿cuándo se está en presencia de un caso fácil o uno difícil en relación a la interpretación de derechos humanos? para así poder establecer que la norma en concreto se trata de una regla o de un principio. Luego, la respuesta estaría en función con que la razón para interpretar cualquier norma como portador de una regla, no depende de la mayor o menor indeterminación de dicha disposición constitucional, sino de que nos hallemos en presencia de un caso fácil, en el cual no encontramos otras razones constitucionalmente admisibles que puedan entrar en colisión.²¹⁵

Caso contrario, cuando un derecho fundamental puede verse limitado por la existencia de otros principios que puedan justificar la imposición de restricciones a dicha libertad, entonces es cuando se presenta un caso difícil, siendo en estos asuntos cuando es necesario el empleo del principio de proporcionalidad para resolver tal conflicto de principios y así fundamentar la decisión de tutelar, como es el caso del derecho de los sentenciados a cumplir simultáneamente las penas de prisión preventivas.

Se advierte que la interpretación de una norma de derechos fundamentales como regla o principio, sólo puede hacerse, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean su aplicación, porque son éstas las que permiten establecer si el problema jurídico por decidir, puede ser considerado como un caso tan sólo de validez, caso en el cual la norma en cuestión será entonces tratada como una regla y en este caso, la contradicción que eventualmente se constate entre su

²¹⁵ “...Los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez. La colisión de principios -como sólo pueden entrar en colisión principios válidos- tiene lugar más allá de la dimensión de la validez, en la dimensión del peso...”. ALEXANDER Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* p 89

contenido y el de la ley enjuiciada, se saldará con la aplicación de los criterios comunes de resolución de antinomias.

Por el contrario, si se trata de un caso relativo al peso de principios²¹⁶, como es el que aborda este trabajo de tesis en cuanto a la forma de compurgar la prisión preventiva. Luego, los derechos involucrados deben ser tratados como *principios*, cuya colisión finalmente debe resolverse por medio de razonamientos de proporcionalidad, que puede ser reducido en la ley de la ponderación formulada por Robert Alexy quien afirma que: “*La ponderación no es más que la optimización relativa a principios contrapuestos (...) Cuanto mayor sea el grado de insatisfacción o de detrimento de un derecho o de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacer el otro*”.²¹⁷

3.5.- Los pasos de la ponderación, relacionado con el cumplimiento de las penas de prisión.

En consecuencia, es posible advertir que la ponderación se divide en tres pasos. En el primero es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego, en un segundo nivel, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente, en un tercer momento, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro.²¹⁸

De esta manera, se forma una escala con los grados “leve”, “medio” y “grave”. Es decir la posibilidad de construir la escala de tres intensidades también se plantea del lado de las razones que juegan en contra del derecho fundamental limitado. Por lo tanto, las estimaciones que subyacen a los juicios sobre la intensidad de la intervención en el derecho fundamental y sobre el grado de la importancia del principio contrario, no son arbitrarias, ya que existen razones plausibles que las respaldan.

Entonces, siguiendo con los pasos del proceso de ponderación, como se destacó en el primer nivel, se trata de definir el grado de afectación que supone la limitación de uno de los principios en conflicto, así en el caso en concreto, es posible determinar que el principio representado en el derecho a la libertad se afecta de manera grave, ya que implica necesariamente

²¹⁶ La obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal y, por otra, de la obligación de afectar lo menos posible la vida y la integridad física del sentenciado.

²¹⁷ ALEXY Robert. Ob cit *Teoría de los derechos fundamentales...*p 161

²¹⁸ BANQUERIZO Minuche Jorge. *Colisión de derechos fundamentales*. S.e, Guayaquil, 2009, p 32.

vulnerar la integridad personal, a través de la aflicción provocada por la prisión preventiva no compurgada simultáneamente.

En el segundo paso, es necesario determinar la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario, que en este asunto, está representado por la impartición de justicia que tiene toda víctima del delito.

Posteriormente, el proceso ponderativo determina la necesidad de establecer, si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del opuesto, que en el caso de esta investigación consiste en precisar cuál es la importancia de restringir el derecho a la libertad de los sentenciados, en aras de proteger el derecho de las víctimas a la impartición de justicia.

Asimismo, la coexistencia de ambos principios dentro de la estructura normativa del derecho fundamental como un todo, suministra la clave para entender el carácter dinámico y conflictivista que asume la determinación del contenido de los derechos, puesto que una posición inicialmente adscrita con carácter *prima facie* puede consolidarse como una posición definitiva, como es el derecho a la libertad, si no existen razones más fuertes que justifiquen su restricción.

Por el contrario, la limitación para acceder a la impartición de la justicia quedará desplazada cuando se esgriman razones más fuertes que justifiquen su desplazamiento, como es el principio de proporcionalidad, que nos señala que la pena más idónea, es siempre la menos violenta y aflictiva.

De tal manera, el principio de proporcionalidad se vuelve relevante, si aceptamos que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado. La cuestión que interesa entonces, en esta parte del trabajo, es de qué manera y con qué requisitos se pueden limitar los derechos fundamentales a la integridad personal y a la libertad de aquellos individuos que sufrieron diversas penas de prisión y con ello la compurgación simultánea de la prisión preventiva.

Asimismo, es preciso señalar que el discurso sobre el principio de proporcionalidad no empata ni de lejos con el discurso conservador que quiere ver siempre limitados a los derechos fundamentales; por el contrario, se trata de una técnica de interpretación cuyo objetivo es

tutelarlos de mejor manera, expandiendo tanto como sea posible su ámbito de protección, pero haciendo que todos los derechos sean compatibles entre ellos, en la medida en que sea viable.

De tal modo, el principio de proporcionalidad se ha vuelto de vital importancia, ya que los órganos jurisdiccionales han tenido que aprender a realizar su función bajo parámetros interpretativos nuevos, a partir de los cuales el razonamiento judicial se hace más complejo; En donde entran en juego las técnicas interpretativas propias de los principios constitucionales, la ponderación, la proporcionalidad, la razonabilidad, la maximización de los efectos normativos de los derechos fundamentales, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los derechos, el principio *pro personae*, etcétera.

Además, los jueces tienen que sortear la dificultad de trabajar con principios que están constitucionalizados y que requieren de una tarea hermenéutica que sea capaz de aplicarlos a los casos concretos de forma justificada y razonable, dotándolos de esa manera de contenidos normativos concretos. A partir de tales necesidades se generan y recrean una serie de equilibrios nada fáciles de mantener.

Como se observa, la ponderación da como resultado que los intereses del sentenciado tienen en el caso concreto del presente objeto de estudio un peso manifiestamente mayor que el de aquel interés a cuya preservación está dirigida la medida estatal; entonces la intervención viola el principio de proporcionalidad, y con ello, el derecho fundamental, esta situación responde exactamente a la colisión de principios. Aquí habría que partir de la fórmula general: *Toda norma de derecho fundamental vale solo cuando y en la medida en que el interés de libertad protegido no se opone ningún interés (bien jurídico) de valor superior*²¹⁹

Así, en la presente investigación se presenta la pugna entre la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho a la impartición de justicia que obra a favor de las víctimas; y por otra, la necesidad de afectar lo menos posible, la vida y la integridad física del sentenciado.

De tal modo, este conflicto es posible resolverlo atendiendo criterios tales como: La jerarquía constitucional de los principios en conflicto. En el caso concreto, tanto los principios

²¹⁹ ALEXIS Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Ob cit. p116

afectados como los que justifican la intervención penal cuentan con reconocimiento constitucional expreso, por lo cual, desde esta perspectiva, tendrían igual peso abstracto.

El siguiente criterio para resolver el conflicto, se refiere a la prioridad de los principios, que reconocen bienes individuales frente a los que reconocen bienes colectivos. De tal modo, los principios afectados, por la intervención derivada de la negativa a compurgar simultáneamente las prisiones preventivas y abonar estas a la sanción punitiva, como se observa tienen por objeto el menoscabo de derechos individuales estrechamente ligados a la libertad y a la dignidad humana.

Por otra parte, respecto de los principios que justifican la intervención tenemos que el derecho de la víctima a la impartición de justicia, a través de la aplicación de las sanciones, es un bien jurídico de carácter individual. En consecuencia, desde este criterio, los derechos enfrentados tendrían igual peso abstracto.

Por lo tanto, tomados en sí mismos los dos principios conducen a una contradicción, pero esto no significa que cada uno de ellos limita la posibilidad jurídica de cumplimiento del otro. Esta situación no es solucionada declarando que uno de ambos principios no es válido y eliminándolo del sistema jurídico. De igual modo, no se le soluciona introduciendo una excepción en uno de los principios, de forma tal que en todos los casos futuros este principio tenga que ser considerado como una regla satisfecha o no.

La solución del conflicto consiste más bien en que teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una relación de *precedencia condicionada*²²⁰ consistente en que tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente.

El concepto de relación de precedencia condicionada, que se acaba de utilizar tiene importancia fundamental para la comprensión de la colisión de principios y, con ello, para la teoría de los principios. Para poder explicarlo con claridad en el caso que nos ocupa, es necesario designar los dos principios opuestos involucrados en la compurgación sucesiva de penas de prisión. De tal modo, se designa a P1 como el derecho a la mínima afectación y a la libertad,

²²⁰ ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos...* Ob cit. 92

igualmente se designa a P2, como la aplicación estricta del Derecho Penal, que determina la compurgación sucesiva de penas de prisión, de tal modo, tomados en sí mismo P1 y P2 conducen a juicios concretos de deber ser jurídico recíprocamente contradictorios, es así que: P1 supone que está prohibido realizar actos jurídicos que vayan más allá de la mínima afectación, además que obstaculicen la reinserción a la sociedad de los sentenciados y P2 significa que está ordenado legalmente el cumplimiento sucesivo de la prisión preventiva.

Consecuentemente, esta colisión de principios puede ser solucionada mediante el establecimiento de una relación de precedencia incondicionada o condicionada. Es así que como símbolo para la relación de precedencia se utiliza el signo **P**. Para las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, se utiliza **C**, de tal modo hay cuatro posibilidades de decidir el caso mediante una disolución de una colisión de principios, posible de ser ilustrada de la siguiente forma:

1. - $P1 \mathbf{P} P2$
2. - $P2 \mathbf{P} P1$
3. - $(P1 \mathbf{P} P2) C$
4. - $(P2 \mathbf{P} P1) C$ ²²¹

Como puede observarse los eventos 1 y 2 son relaciones de precedencia incondicionada. Se puede hablar también de relaciones “*abstractas*” o “*absolutas*” de precedencia. Sin embargo, en el caso que nos ocupa no es posible aceptar una relación de precedencia incondicionada, ya que ninguno de los principios involucrados merece sin más, la precedencia frente al otro.

Por lo tanto, quedan sólo las posibilidades designadas como 3 y 4, las cuales se refieren a una relación de precedencia condicionada o como podría también decirse, concreta o relativa. Luego, la cuestión decisiva en este contexto es determinar bajo cuales condiciones, cuál de los principios tiene precedencia y que otro debe ceder. Para esto sirve la metáfora del peso, la que determina: que lo importante es, si los intereses del sentenciado con penas sucesivas de prisión, tienen manifiestamente un peso esencialmente mayor, que el de aquellos intereses a cuya preservación debe servir la medida estatal, representada por la compurgación sucesiva de la prisión preventiva.

²²¹ ALEX Y Robert. Ob cit. *Teoría de los...* p 92.

De igual modo, se observa que este tipo de intereses no puede tener un peso en un sentido cuantificable por ello cabe preguntarse ¿qué se quiere decir con el discurso de los pesos? . De tal modo el concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio **P1** tiene en el caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto **P2**, cuando existan razones suficientes para que **P1** preceda a **P2**, bajo las condiciones **C** dadas en el caso concreto.

Por lo tanto, la ponderación que se debe realizar en el caso a estudio consiste en la mención de las condiciones de precedencia (**C**) y la fundación de la tesis, bajo qué condiciones **P1** precede a **P2**. De tal modo la condición de precedencia de **P1**, es decir el principio establecido en el precepto constitucional que dispone la menor lesividad, así como acceder a la libertad, obtiene su formulación más general en el siguiente enunciado: *Si existe el peligro concreto, manifiesto que el sentenciado en caso de llevarse a cabo la compurgación sucesiva de la prisión preventiva, experimente serios daños a su derecho libertad, y esto lesione a su vez otros derechos fundamentales, tales como a la seguridad jurídica y a la integridad, entonces la aplicación de penas sucesivas es contraria al respeto de los derechos fundamentales.*

Como se observa, la importancia para la teoría de las relaciones de precedencia condicionada estriba, en que en ella, no se habla de la precedencia de un principio, interés, pretensión o derecho; Por el contrario, se mencionan condiciones, bajo las cuales se produce una lesión de un derecho fundamental, Por lo tanto, se puede concluir que si una acción lesiona un derecho fundamental, como es la restricción para cumplir las penas preventivas de manera simultánea, luego, está acción está vedada desde el punto de vista de los derechos humanos. Así el citado enunciado puede, por lo tanto, ser entendido como la formulación de una regla de la forma siguiente: *Si una acción satisface las condiciones C, entonces pesa sobre ella una prohibición iusfundamental.*

Lo anterior, es susceptible de formularse a través de la denominada *ley de colisión* que señala que si el principio **P1**, bajo las circunstancias **C**, precede al principio **P2**: (**P1 P P2**) y si de **P1** bajo las circunstancias **C** resulta la consecuencia **R**, entonces vale una regla que contiene a **C** como supuesto de hecho y a **R** como consecuencia jurídica; entonces surge la fórmula jurídica:

$$\underline{C} \longrightarrow \underline{R}.^{222}$$

En consecuencia, se puede advertir que la Ley de Colisión, es uno de los fundamentos de la teoría de los principios sostenida por Robert Alexy, puesto que esta ley refleja el carácter de los principios como mandatos de optimización, entre los cuales, primero, no existen relaciones absolutas de precedencia y segundo, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables.

En este sentido, la ley de colisión conduce, a través del establecimiento de condiciones concretas de precedencia, a una articulación diferenciada de los distintos derechos fundamentales, es decir, evita una preferencia y un desplazamiento en términos generales e incluso subjetivos. Así la delimitación de derechos, según esta ley no es una cuestión de todo o nada, sino un problema de desplazamiento del derecho fundamental en cuestiones singulares.

En resumen, la argumentación dirigida hacia la ponderación, se lleva a cabo a través de tres gradas o escalones, En el primero, se constata una situación de tensión o conflicto, en el caso a estudio es el derecho a la mínima afectación y a la libertad, y por el otro lado, la aplicación de la ley, a través del cumplimiento continuado de la prisión preventiva. Sin embargo, este conflicto no es susceptible de solucionarse declarando inválido a una de ambas exigencias, sino a través de una ponderación en la que ninguno de los dos principios puede pretender una precedencia básica o a priori, mas bien, habrá que decidir cuál interés debe ceder en aras del respeto a los derechos fundamentales.

De tal modo, todo el conflicto planteado en este objeto de estudio, se puede resumir en dos principios que tomados en sí mismos conducen a resultados recíprocamente contradictorios, no obstante ninguno es inválido, así como tampoco ninguno tiene una precedencia absoluta, por lo tanto lo que aquí vale depende de cómo haya que decidir en vista de las circunstancias.

Asimismo, en la segunda grada de la actividad ponderativa se determina una *precedencia general básica*²²³ del principio de aplicación de la ley, que en el caso se expresaría así: *la compurgación de las penas de prisión preventivas, en caso de la imposición de varias penas, es*

²²² ALEXY Robert. *Teoría de los Derechos ...* Ob cit. p94

²²³ ídem p 97

de forma sucesiva, bajo la teoría preventiva de la pena (C1). Es decir, la situación de precedencia se expresaría así: (P2 P P1) C1. Sin embargo, esta relación de precedencia es sólo general o básica, esto significa, que no en todos los casos las penas preventivas deben ser compurgadas sucesivamente, lo cual significa que la condición de precedencia y con ello el tipo de regla correspondiente a la ley de colisión según la proposición de preferencia que permite establecer excepciones.

Por último, en la tercera grada de la ponderación se debe constatar: *en caso de que ante la compurgación sucesiva de penas de prisión preventiva, se ponga en peligro la reinserción social del autor, (C2)* luego tiene precedencia la protección del derecho a la mínima afectación y a la libertad (P1) frente a la aplicación estricta de la ley (P2), lo que implica que esta última preposición jurídica es contraria a los derechos fundamentales.

Consecuentemente, el enunciado de precedencia (P1 P P2) C2. En donde C2 es susceptible de fragmentarlo en varias condiciones: 1) compurgación de penas preventivas sucesivas 2) ningún interés de resocialización 3) peligro de lesión del derecho a la libertad. Lo que en términos llanos puede ser reseñado como: La compurgación sucesiva de penas de prisión, que no responda a intereses de resocialización y que por lo tanto retardan la libertad de los sentenciados está iusfundamentalmente prohibida o no justificada desde el paradigma de los derechos fundamentales.

3.6 Principios jurídicos en la compurgación de las penas de prisión.

Algunas de los principios jurídicos susceptibles de ser soslayadas con la imposición de penas sucesivas de prisión son entre otros: lesividad, proporcionalidad, respeto mínimo a la humanidad, idoneidad relativa y de trascendencia mínima de la intervención punitiva.²²⁴

Así de inicio, con el principio *de lesividad* se pretende proteger a las personas de toda irracionalidad de la acción represiva del sistema penal, es decir no puede llegarse al límite en que se intente imponer una pena sin que ello presuponga un conflicto en que resulte afectado un bien jurídico.²²⁵ Por lo tanto, este principio debe tener valor absoluto en las decisiones de los órganos jurisdiccionales, porque su violación implica la puerta de entrada a todas las tentativas subjetivas

²²⁴ZAFFARONI Eugenio Raúl. *En busca de las penas ...* Ob cit. p 248

²²⁵ Ídem.

y arbitrarias del ejercicio de poder del sistema penal. Tal es el caso que nos ocupa, ya que la compurgación simultánea de las penas de prisión preventivas y su abono en la punitiva en principio no reviste afectación alguna para nadie, ya que la pretensión del Estado se encontrara plenamente retribuida al final con la imposición de la sanción punitiva de prisión.

Por lo tanto, la inclusión de la protección del condenado como uno de los fines alcanzables con la imposición de las penas, confirma la observancia del principio de lesividad a través de un modelo dual de justificación del castigo, en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia social proveniente del delito no puede hacerse con un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos del individuo infractor.

El principio *de mínima proporcionalidad* implica demostrar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular (que protegen un bien constitucional o persiguen un fin legítimo) y entre los daños o lesiones que de dicha medida o conducta se derivan para el ejercicio de un derecho o para la satisfacción de otro bien o valor. Es decir, cuanto mayor sea la afectación producida por la medida o por la conducta en la esfera de un derecho, mayor ha de ser también la necesidad de realizar el principio en pugna.

Así, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto se divide en tres pasos, que el propio Robert Alexy identifica con claridad:

1) En la intensidad de la intervención: *es preciso definir el grado de la insatisfacción o de afectación de uno de los principios;*

2) La importancia de las razones para la intervención: *se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario;*

3) La justificación de la intervención: *Debe definirse si la importancia de la satisfacción de principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.*²²⁶

En consecuencia, a partir de las valoraciones realizadas respecto al grado de afectación o lesión de un principio o derecho, del nivel de importancia o urgencia en la satisfacción de otro y, finalmente, de las valoraciones de la justificación o falta de justificación de la medida en

²²⁶ Cfr. ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, citado por BERNAL PULIDO, Carlos, *Estructura y límites de la ponderación*, en DOXA No. 26 (2003), Revista de Filosofía del derecho de la Universidad de Alicante, p. 227

cuestión, es que se determina el *peso definitivo* que en la causa particular tienen los principios en concurrencia, obtenido de la valoración conjunta y relativa entre satisfacción y sacrificio.

Por lo tanto, de acuerdo con esta garantía no parece razonable la negativa a abonar las prisiones preventivas a la punitiva, ya que va en contra de toda proporcionalidad, debido a que la magnitud del daño provocado por el impedimento de cumplir las penas preventivas de prisión de forma simultánea, implica un mayor sacrificio, al beneficio obtenido con dicha medida, por lo que ese obstáculo constituye un exceso al límite de lo razonable del cumplimiento de las penas.

De igual modo, el principio *de respeto mínimo a la humanidad* considera que cuando a nivel de previsión abstracta o, en el caso concreto y por circunstancias particulares del mismo, la pena repugne a elementales sentimientos de humanidad, o implique una lesión gravísima para la persona en razón de su circunstancia y agregue un sufrimiento al que ya padeció el sujeto en razón del hecho; Luego, el órgano jurisdiccional, tiene el poder de prescindir de la pena o de imponerla por debajo de su mínimo legal.²²⁷

Asimismo, el principio *de idoneidad relativa*, exige verificar la eficacia preventiva que despliega la norma enjuiciada. Se trata entonces de establecer si la imposición de pena, en el caso concreto, constituye un medio idóneo para contribuir al logro de las finalidades de prevención general y especial que comúnmente se le asignan a las penas de prisión.

Este principio apela a la aptitud que debe acreditar la medida restrictiva o limitativa de un derecho fundamental, en orden a proteger la finalidad legítima que supone estar bajo su respaldo. De la relación de consistencia con el bien o la finalidad legítima que debe subyacer como primer requisito, se determinará si la actuación que afecta un derecho es idónea o adecuada para tal propósito. De tal modo, si se encuentra que la medida no es idónea para conseguir su propio fin se debe excluir la intervención, porque es claro que al no ser ella relevante para el valor constitucional que está invocando, se estaría afectando o limitando un derecho fundamental sin lograr nada a cambio.²²⁸

En consecuencia si la intromisión en la esfera de un bien constitucional, como es la libertad, materializado en la negativa para compurgar las penas preventivas de manera

²²⁷ ZAFFARONI Eugenio Raúl. ob cit. *En busca de...* p250.

²²⁸ BAQUERIZO Minuche Jorge. Ob cit *Colisión de derechos...* p38.

simultánea, no persigue finalidad alguna o si se muestra del todo ineficaz para alcanzarla, ello es una razón para considerarla no justificada desde el principio de idoneidad.

Asimismo, el principio elemental de *respeto a la dignidad humana* colocan un límite a la utilización y consiguiente cosificación de la persona humana²²⁹: en este sentido es éticamente cuestionable usar al sentenciado para ejercer poder o influencia sobre terceros. De igual manera, es reprobable usar a la víctima del delito, mediante la expropiación (confiscación)²³⁰ de su derecho lesionado, para fundamentar la negativa al abono de las prisiones preventivas a la pena de prisión, ya que resulta excesivo admitir que la víctima desee causar mayores males a quien ya se encuentra afectado por una sanción penal.

Por otra parte, el principio de *dignidad de la pena* no viene dado por el hecho de que efectivamente la pena de prisión sea expresión de un juicio de reprobación moral, sino porque socialmente representa un símbolo de desaprobación. Según se puede notar, aun cuando una pena no se imponga como expresión de desaprobación o resentimiento, la comunidad la considera como un símbolo de la indignidad moral de los que la sufren. Por lo que en estos casos intervienen las estrategias de actuación para ocultar o encubrir, cuando sea necesario, cierta información que socialmente está asociada a su estigma y que pueda perjudicar al individuo en sus relaciones de interacción en el exterior.²³¹

En consecuencia, si el individuo es descubierto como un expresidiario, toda su vida será puesto en duda y se le asociará a su «estigma» toda la información negativa que el imaginario social otorga a los que cometieron un delito y debieron cumplir una condena. Automáticamente esa persona que estaba interactuando normalmente con los demás pasará a ser un potencial asesino, violador o ladrón, en definitiva, un «peligroso» social, sea cual sea el delito por el que fue condenado.²³²

De tal modo, el incumplimiento al principio de dignidad de la pena se produce con la connotación estigmatizante del proceso penal, el cual se agrava con el obstáculo para abonar las

²²⁹ Segunda ley kantiana de la moral, según la cual ninguna persona puede ser utilizada como un medio para fines que le son extraños.

²³⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl. ob cit . *En busca de ...* p249

²³¹ MARTÍNEZ Felipe." *Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las «instituciones totales» encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving Goffman.*" Mitologías y Discursos sobre el castigo. Compilador. Rivera Iñaki. p206

²³² MARTÍNEZ Felipe. Ob cit. *Otro enfoque sobre...*p206.

prisiones preventivas a la pena de prisión. Esto aún a pesar de la prohibición de que dichos antecedentes puedan constituir factor de discriminación social y legal, así la pena de prisión excesiva recae como un estigma sobre el condenado, representa un atributo profundamente desacreditador para el individuo que dificulta su aceptación por parte de los otros y, por lo tanto, incide negativamente en todos sus ámbitos de socialización.

Por otra parte, el principio de *trascendencia mínima de la intervención punitiva*, implica que toda intervención del sistema penal trasciende la persona del sentenciado de modo estructural e inevitable. De tal manera, el condenado pertenece a un grupo que por lo general, sufre las consecuencias de la criminalización. Nadie puede evitar esta trascendencia, sino mediante la supresión de la pena. No obstante, la misma puede extremarse por circunstancias particulares o el legislador puede prever penas que trasciendan de modo innecesario²³³

En consecuencia, la posición que debe asumir todo juez en un estado constitucional, es la de respetar los principios arriba enunciadas, ya que le corresponde no sólo el deber de aplicar la ley, sino al mismo tiempo, el velar por su conformidad con los contenidos constitucionales. Por tal razón, todo aplicador de la ley, en este caso penal, es a la vez juez de constitucionalidad,²³⁴ porque está obligado a evaluar la constitucionalidad de la aplicación de la

²³³ ZAFFARONI Eugenio Raúl. ob cit. *En busca de...* p 250.

²³⁴ "... Para realizar el control difuso de constitucionalidad -connotación que incluye el control de convencionalidad- en la modalidad *ex officio*, no sólo debe considerarse que se colmen sus requisitos de procedencia y admisibilidad, es decir, sus presupuestos de forma, adjetivos y sustantivos, ya que atento a su naturaleza, regida por el principio *iura novit curia*, precisa de una metodología que posibilite su correcta realización, pues su resultado no es cualquiera, sino la expulsión de normas generales del sistema legal. Así, la evaluación de la constitucionalidad de esas normas puede efectuarse siguiendo los siguientes pasos: I. Identificar el derecho humano, subderecho o garantía prevista en la Constitución o en un tratado internacional; II. Reconocer los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que establezcan su alcance e interpretación; III. Fijar la norma o porción normativa que será objeto de control; IV. Determinar si ésta tiene como fin promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos; V. Examinar las posibles interpretaciones que la norma permite y verificar si una de ellas guarda conformidad con el derecho humano, subderecho o garantía; VI. Si no permite interpretaciones conformes, o todas sus interpretaciones resultan disconformes con el derecho humano, debe procederse a contrastarla frontalmente, para lo cual deben tomarse en cuenta los principios de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, progresividad y *pro homine*; y, VII. Desaplicarla cuando resulte contradictoria con el derecho humano. Lo anterior sin dejar de observar que en el control difuso de constitucionalidad *ex officio*, existen otros aspectos sustantivos e instrumentales que a la par deben considerarse, como son: a) la presunción de constitucionalidad de las normas del sistema jurídico; b) que algunas de éstas tienen por objeto cumplir con las obligaciones del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar otros derechos humanos, lo cual debe ponderarse para fijar los alcances de una decisión, sin que ello signifique que aquéllas no puedan resultar inconstitucionales; y, c) que un incorrecto control difuso de constitucionalidad, también puede ser reparado mediante los recursos en un control difuso de constitucionalidad *ex officio* a la inversa, es decir, así como un Juez de primer grado en ejercicio oficioso de control puede concluir equivocadamente que una norma general es

norma penal sancionadora, en el caso concreto, la referida a la forma de compurgar la prisión preventiva.

3.7.- Efectos jurídicos y fácticos negativos de la extinción sucesiva de las sanciones penales.

Como toda imposición de una pena, la compurgación sucesiva de penas de prisión constituye una afectación de derechos fundamentales, esto es así porque la privación de la libertad no sólo se limita a restringir la libertad deambulatoria de las personas, sino que esta restricción vulnera otra serie de facultades intrínsecas del ser humano.

Por lo tanto, aun cuando esta afectación se trate de una intervención previamente habilitada por la ley, como es el caso de los preceptos jurídicos relativos a las formas de cumplimiento de las sanciones penales, no por ello debe dejarse de considerarse como una vulneración, cuya justificación no se agota con la alusión de la norma legal que habilitan al juez para imponer penas sucesivas a un individuo, ya que estas normas constituyen condición necesaria, pero no suficiente para justificar el menoscabo de los derechos esenciales que implica toda pena privativa de libertad.

De tal manera, la prescripción legal contenida en los marcos normativos en cuanto a la forma de compurgar las penas de prisión, deriva además en un problema práctico que necesariamente tiene consecuencias, siendo la más evidente las largas condenas de los sentenciados que cumplen excesivas penas de prisión producto de esta forma continuada de ejecución de las sanciones penales.

Ahora bien, conviene hacer una breve descripción de los efectos negativos de esta compurgación sucesiva. En primer lugar habrá que decir que con la imposición de largas penas de prisión, derivadas entre otras cosas, de la sucesividad de las mismas, dificulta cualquier intento por reinsertar en la sociedad a los sentenciados, que constituye la justificación final de la imposición de las penas de prisión, porque: ¿cómo reinsertar socialmente a alguien que se le

inconstitucional, el tribunal de segunda instancia también le puede regresar la regularidad constitucional a la norma oficiosamente, pues de otra manera se permitirá la inaplicación de una norma que sí era constitucional. Tesis aislada. CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO. PASOS Y ASPECTOS SUSTANTIVOS E INSTRUMENTALES QUE DEBEN OBSERVARSE PARA REALIZARLO. Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época. Libro XXIII, agosto de 2013. p. 1618

condena a pasar largos periodos en reclusión, debido al obstáculo para compurgar simultáneamente las penas de prisión preventivas?

Lo anterior, fue sugerido ya por Claus Roxin cuando planteó que el problema de las sanciones de prisión, estriba en el hecho de que, es apenas posible educar a alguien hacia una vida responsable en sociedad, mientras se le aparta de ella y se le ofrezcan condiciones de vida tan radicalmente distintas a las de la vida en libertad. Ya que el preso no asume ninguna responsabilidad y su vida es regulada hasta el mínimo detalle por la institución de “*rehabilitación*”²³⁵ actualmente llamada de reinserción social.

Como puede advertirse el problema en relación con la sucesividad de la compurgación de las penas, tiene que ver con que la pena privativa de libertad tiene realmente un efecto múltiple disocializador, ya que durante su ejecución, necesariamente, al sentenciado se le sustrae de su vínculo familiar y de este modo se detiene el curso normal de su vida. De este modo, se explica que cuando se le priva de la libertad, al sentenciado, de igual manera se fragmentan otros aspectos de su vida tales como el matrimonio o la relación familiar, además de su situación laboral, por lo tanto vuelve a la libertad sin vínculos ni medios económicos y generalmente no es aceptado en una sociedad en la cual aspira a ser reinsertado.

²³⁵ JÁGER, Christian; ROXIN, Claus; ORDEIG, Gimbernat; DÍAZ ARANDA, Enrique. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México. 2002 p92.

CONCLUSIÓN

La ejecución de la pena atraviesa por sucesivas fases de individualización: la legal, la judicial y la penitenciaria, por lo mismo, para lograr el cumplimiento efectivo de la pena, ésta debe poder reducirse o modificarse, en una especie de novación permanente para que tenga sentido esta etapa de ejecución. Es decir, la sentencia penal no debe ser algo estático, sino un principio de actividad que dinámicamente se pueda atenuar o modificar. En este sentido, la pena, su determinación cualitativa y cuantitativa, sus modalidades y la obtención de sus fines, no pueden ser materia ajena a la jurisdicción.

Asimismo, es indudable que el derecho penal se propone impedir el ilícito penal, pero debe perseguir su objetivo sometiéndose a principios que pueden limitar su eficacia para alcanzarlos; estaría mal castigar como rehén a una persona, aún cuando al hacerlo se redujera efectivamente la actividad delictiva, bajo esta óptica el estado debe mostrar un mínimo de respeto incluso a los sentenciados y tratarlos como seres humanos y no como a saldos.

Por otro lado, resulta claro que la forma de compurgar las penas de prisión, simultánea o sucesivamente, ha suscitado diversas interpretaciones a raíz de las reformas del marco jurídico aplicable, primero en el ámbito federal y posteriormente en la ciudad de México, sin embargo no hay que soslayar, la finalidad de los legisladores para llevar a cabo las diversas innovaciones del artículo 33 del Código Penal para el Distrito Federal, que como se puede ver en la exposición de motivos, era la de homologar la legislación local con la federal, en relación con la compurgación de las penas preventivas de prisión.

En este contexto, como se apreció la prisión preventiva comparte la misma naturaleza privativa de libertad que la prisión punitiva, luego entonces, sostener que la prisión preventiva no es una institución penal, sino sólo precautoria o provisional, implica minimizar la trascendencia de esta institución y por lo tanto rehuir que en esta forma de privación de la libertad, es posible la vulneración de derechos fundamentales por una inexacta aplicación de la ley, como se evidenció en el capítulo dos de esta tesis, al momento de realizar el análisis de las resoluciones arquetípicas, en donde se observó, diversos juicios o interpretaciones que evidenciaron la poca claridad y precisión de los preceptos normativos aplicables, lo cual al final vulnera derechos fundamentales de los justiciables.

Es por ello, que la exigencia más importante del derecho contemporáneo, es la de un lenguaje legislativo preciso y desprovisto hasta el máximo de conceptos vagos e indeterminados, puesto que de otra forma se trunca la posibilidad de asegurar que la sentencia que imponga una consecuencia jurídica pueda reconocerse como expresión unívoca y directa en las disposiciones legales.

De tal modo, es innegable que en la mayor parte de las situaciones en las que dos derechos igualmente fundamentales se enfrentan, no es posible proteger uno de estos principios incondicionalmente, sin hacer inoperante el otro. Considérese el tema que nos ocupa, la limitación del derecho a la libertad de los sentenciados y el derecho a la impartición de justicia de las víctimas. En este, como en otros casos, se podría hablar de derechos fundamentales no absolutos sino relativos, en el sentido de que su tutela encuentra en un cierto punto un límite insuperable en la protección de un derecho también fundamental pero concurrente.

En consecuencia, se evidenció que el criterio de solución de conflictos basada en la *delimitación de los derechos*, puede considerarse como el medio más adecuado para solucionar esta disyuntiva, ya que mantiene que en rigor no hay conflicto entre derechos, sino con sus límites, en el sentido de que en el caso concreto debe confrontarse cada derecho fundamental en presencia con sus límites constitucionales y solventar así su supuesta colisión. Como se aprecia para esta técnica no es necesario jerarquizar los derechos según el caso en concreto y conforme un orden de valores o intereses preferentes en cada situación, sino tan solo es necesario examinar sus recíprocos límites y constatar cuál de las expectativas de conductas no está privada de protección.

Se advierte, que en esta pugna, por una parte surge la obligación de mantener el mayor grado posible de aplicación del derecho penal, a través de la impartición de justicia para la víctima de los delitos; y por otra, la necesidad de afectar lo menos posible, la vida y la integridad física del sentenciado, observando los principios de mínima afectación y proporcionalidad

En consecuencia, se observó que los principios elementales del respeto a la dignidad humana colocan un límite a la utilización y consiguiente cosificación de las personas, en este sentido, es éticamente cuestionable usar al sentenciado para ejercer un poder o influencia sobre

terceros; De igual manera, es reprobable usar a la víctima del delito, para fundamentar la limitación del derecho a la libertad de los sentenciados.

Ahora bien, también es imposible soslayar la creciente identificación social con las víctimas de los delitos, empatía que es legítima, empero esta situación acarrea consecuencias en el derecho penal, ya que de la tradicional relación jurídico-pública, entre Estado e infractor, se tiende ahora a una privatización de la intervención punitiva, en la que se afirma que la víctima exige una compensación aflictiva del mal que se le ha causado.

Sin embargo, desde el nivel de análisis de la justicia, como se precisó en su momento, cuando se trata de justificar los valores que demuestran o apoyan la cuestión de cuáles deberían ser los derechos fundamentales a protegerse de los sentenciados, queda claro, que es posible identificar entre ellos el papel de los derechos fundamentales como leyes del más débil, criterio éste último que apuntala la compurgación simultánea de las penas preventivas de prisión.

Por otra parte, debemos estar convencidos que la teoría del derecho debe cumplir un papel normativo y proyectual, y no solamente explicativo; ya que limitarse a estudiar el derecho como es, sin aventurarse a analizarlo como debe ser, significa confinarse tan solo al derecho positivo, lo que representaría mutilar temas como el que aborda la presente tesis, ya que es inconcuso que si se aborda la prisión preventiva de manera explicativa, la relevancia sería mínima, en cambio atreverse a analizar la compurgación de la prisión preventiva desde el ser y el deber ser, representa contribuir con argumentos que protejan los derechos fundamentales de las personas de mejor manera.

En este contexto, la posición que debe exigirse a todo juez en un estado constitucional, es la de respetar los principios jurídicos involucrados en la compurgación de las penas de prisión, ya que a éste le corresponde no sólo el deber de aplicar la ley, sino al mismo tiempo, el velar por su conformidad con los contenidos constitucionales. Por tal razón, todo aplicador de la ley, en este caso penal, es a la vez juez de constitucionalidad, porque está obligado a evaluar la constitucionalidad de la aplicación de la norma penal sancionadora, en el caso concreto, la referida a la forma de compurgar las penas de prisión.

Por último, debe considerarse que la protección del condenado como uno de los fines alcanzables con la imposición de las penas, confirma la observancia del principio de lesividad a

través de un modelo de justificación del castigo, en el cual el logro de los fines de prevención de la violencia social proveniente del delito, no puede hacerse con un ejercicio desmedido de violencia punitiva estatal que suponga un sacrificio excesivo de los derechos de los sentenciados.

ANEXO 1

Contenido de la entrevista realizada a internos del Reclusorio Preventivo Varonil Oriente relativa al tiempo, en promedio, en el cual se resolvió su situación legal, desde que fue radicada en un Juzgado Penal de primera instancia del Distrito Federal, hasta que se dictó sentencia de primera instancia, así como el tiempo que transcurrió hasta que se impuso sentencia de segundo grado, causando ejecutoria la sanción penal.

La entrevista constó de tres preguntas, que consistieron en:

1.- ¿Se encuentra usted sentenciado?

SI_____ NO_____

2.- ¿Cuánto tiempo duro su juicio, desde que se radicó su causa en un Juzgado de primera instancia hasta que se dictó sentencia en ese mismo Juzgado?

- a) De uno mes, a seis meses.
- b) De seis meses, a un año.
- c) De un año, a un año seis meses.
- d) De un año seis meses, a dos años.
- e) Después de dos años no he sido sentenciado.

3. ¿Cuánto tiempo, tardó en resolverse ese mismo juicio penal, desde que se radicó su causa, en una Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia, hasta que se dictó sentencia de segundo grado? (Apelación)

- a) De uno a seis meses.
- b) De seis meses, a un año.

ANEXO 2

Listado de resoluciones o sentencias judiciales analizadas

AUTORIDAD Y TIPO DE RESOLUCIÓN	FECHA DE EMISIÓN	NUMERO DE CAUSA O JUICIO	DELITOS	PENAS DE PRISIÓN
1. Primera Sala Penal del TSJDF ²³⁶ Resolución de Apelación	4 de mayo de 2012	1432/2006	Robo calificado diversos (3)	4 años 9 meses por cada robo
2. Juez Decimo Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto	8 de julio de 2013	Numero de juicio de A.I. ²³⁷ 696/2013-V-B,	Robo calificado diversos (2)	7 años 6 mese y 5 años 8 meses
3. Juez Octavo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de Amparo indirecto.	3 de abril de 2013 dos mil trece	Numero de juicio de A.I 0021/2013-1	Corrupción de menores, asociación delictuosa y lenocinio	15 años 5 meses 7 días.
4. Juez Décimo Octavo Penal del Distrito federal Resolución incidental,	6 de marzo de 2013	37/2007	Robo Calificado y Abuso Sexual Agravado	15 años 7 meses y 22 días.
5. Juez Octavo de Distrito de Amparo en materia penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto.	11 de diciembre de 2013	Numero de juicio de A.I 714/2012 y su acumulado 715/2012	Corrupción de menores, asociación delictuosa y lenocinio	15 años 5 meses 7 días.
6. Juez Décimo Octavo Penal del Distrito Federal. Resolución incidental.	24 de enero 2013	260/2005	Robo calificado en pandilla, tentativa de robo calificado en pandilla y lesiones calificadas	11 años 4 meses pena acumulada
7. Juez Primero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto.	10 de enero de 2013	Numero de juicio de A.I 33/2013-VII-B.	Homicidio simple y robo calificado	12 años 6 meses.

²³⁶ Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

²³⁷ Amparo indirecto.

8. Juez Octavo de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto	3 de abril de 2013.	Numero de juicio de amparo A.I 839/2012-IV	Lenocinio, corrupción de menores. y asociación delictuosa	15 años 5 meses 7 días.
9. Juez Quinto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto	29 de abril de 2013	Numero de juicio de A.I 136/2013-IV	Homicidio en tentativa diversos (2)	10 años
10. Juez Quincuagésimo Tercero, Resolución incidental	3 de noviembre de 2013	149/2005 Y 112/2005	Secuestro Calificado diversos (2). y delincuencia organizada y Privación ilegal de la libertad	27 años 6 meses
11. Quinta Sala Penal del TSJDF, Resolución de Apelación	7 de Mayo de 2014	Toca penal 625/2014	Posesión de documentos falsos para identificar vehículos y Fraude genérico. Diversos (2)	11 años 7 meses 14 días
12. Juzgado Décimo Tercero Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental.	13 de marzo de 2014	Causa Penal 49/2011-II	Posesión de documentos falsos para identificar vehículos y Fraude genérico. Diversos (2)	11 años 7 meses 14 días
13. Juzgado Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal. Resolución de amparo Indirecto.	7 de Abril de 2014	Numero de juicio de A.I 345/2014-7	Violación y Robo	10 años.
14. Segunda Sala Penal del TSJDF. Resolución de apelación.	2 de septiembre de 2013	Toca Penal 396/13	Abuso Sexual Agravado (diversos dos) y Violación equiparada agravada (diversos dos)	24 años
15. Juez Décimo Octavo Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	22 de agosto de 2012	102/2010	Tentativa de Homicidio diversos (dos)	10 años.

16. Juzgado Decimo Tercero de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal Resolución de amparo indirecto	12 septiembre de 2013	Numero de juicio de A.I 383/2013	Robo Agravado diversos (tres)	14 años 3 meses
17. Segunda Sala Penal del TSJDF. Resolución de apelación	11 de febrero de 2014.	Toca Penal 1846/2013	Secuestro calificado diversos(dos)	27 años 6 meses
18. Juez Vigésimo Sexto Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	01 de febrero de 2013	151/2005	Abuso Sexual Agravado diversos dos y Violación equiparada diversos dos	24 años
19. Juez Trigésimo Sexto Penal en el Distrito Federal Resolución incidental	4 de marzo de 2013	132/2006	Robo Agravado diversos tres	14 años 3 tres meses
20. Juez Cuadragésimo Sexto Penal en el Distrito Federal Resolución incidental	23 de Abril de 2013	157/07 y 22/08	Robo agravado y Robo agravado	2 años 8 meses 1 día y 4 años 6 meses.
21. Juez Décimo Primero de Distrito de amparo en materia penal Resolución de amparo indirecto	11 de julio de 2014	507/2014 –I	Robo agravado diversos (2)	4 años 9 meses y 2 años 1 un mes.
22. Juez Quincuagésimo Tercero Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	20 Agosto de 2013	149/2005	Secuestro calificado diversos (2)	27 años 6 meses
23. Juez Quincuagésimo sexto penal en el Distrito Federal Resolución incidental	27 de mayo de 2014	30/04	Robo en pandilla agravado	11 años 9 meses
24. Juez Décimo Noveno penal en el Distrito	22 de abril de 2014	51/2011	Robo agravado diversos (3)	4 años 9 meses

Federal, resolución incidental				
25. Quinta Sala Penal Del TSJDF, Resolución de apelación	23 de marzo de 2014	Toca penal 778/2014	Robo agravado diversos (3)	4 años 9 nueve meses
26. Primera Sala del TSJDF Resolución de apelación	10 de julio de 2014	53/2014	Robo agravado diversos (3)	8 años 4 meses. 7 años 6 meses, y 6 años 7 meses.
27. Juez Decimo Tercero de Distrito de Amparo en Materia penal, Resolución de amparo indirecto.	6 de julio de 2014	Numero de juicio de A.I 270/2014	Robo agravado diversos (3)	8 años 4 meses. 7 años 6 meses y 6 años 7 meses.
28. Juez Quincuagésimo Séptimo Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental.	27 de diciembre de 2013	370/2008	Robo agravado diversos (3)	8 años 4 meses. 7 años 6 meses y 6 años 7 meses.
29. Juez Cuarto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal Resolución de amparo indirecto	15 de julio de 2013	Numero de juicio de A.I. 574/2013-5	Violación y robo	10 años
30. Juez Quinto de Distrito de Amparo en Materia Penal en el Distrito Federal. Resolución de amparo indirecto.	8 de octubre de 2013	883/2013-I	Robo agravado diversos (2)	5 años 6 meses y 5 años 6 meses
31. Juez Decimo Quinto Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	26 de enero de 2014	08/2006 y 40/2006	Robo agravado diversos (2) y robo agravado diversos (2)	18 años 9 meses
32. Juez Sexagésimo Primero Penal en el Distrito Federal, Resolución incidental	01 de abril 2014	342/09 y 378/09	Robo agravado diversos (2)	9 años 9 meses
33. Juez Vigésimo Octavo Penal en el Distrito Federal. Resolución Incidental.	23 de abril de 2013	172/10	Robo agravado y portación de arma de fuego	9 años 9 meses y 5 años 3 meses
34.				

Juez Vigésimo Primero penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	17 de mayo de 2014	216/11	Robo agravado	5 años 5 meses
35. Quinta Sala del TSJDF. Resolución de apelación	24 de abril de 2014	Toca penal 625/2014	Fraude genérico diversos dos, posesión de documentos que se expiden para identificación falsos.	11 años 7 meses.
36. Juez Cuadragésimo Noveno Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	9 de julio de 2014	232/2014	Homicidio y robo calificado	33 años 6 meses
37. Juez Primero de Distrito de Amparo en materia penal. Resolución de amparo	7 de julio de 2014	Numero de juicio de A.I 488/2014	Secuestro agravado	18 años 01 mes
38. Juez Vigésimo Sexto Penal en el Distrito Federal. Resolución Incidental.	4 de abril de 2014	97/2004	Violación Impropia y Robo Agravado	17 años 11 meses 22 días.
39. Juez Sexagésimo Primero Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	8 de julio de 2014	468/1999	Robo calificado, extorsión y robo calificado.	7 años 4 meses, 6 años 4 meses y 7 años 4 meses.
40. Juez Decimo Sexto Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	12 de diciembre de 2012	361/2008	Robo agravado	5 años 8 meses 7 días
41. Tribunal Colegiado de Circuito. Revisión de Amparo indirecto	31 de julio de 2012	377/08	Encubrimiento por receptación y robo agravado	15 años 4 meses.
42. Juez Vigésimo Segundo Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	30 de enero de 2013	207/2007	Robo calificado diversos (3)	5 años 4 meses, 5 años 8 meses y 6 años 2 meses.
43. Juez Vigésimo Primero Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	27 de febrero de 2013	08/2008	Privación ilegal de la libertad en su modalidad de Secuestro express agravado y Tentativa de Extorsion agravada	32 años, 01 mes.

44. Juez Décimo Octavo Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	12 de enero de 2013	260/2005	Robo calificado diversos (2)	8 años 11 meses y 10 días.
45. Juez Décimo Quinto Penal del Distrito Federal. Resolución incidental	30 de abril de 2012	215/11	Robo Agravado diversos (2)	2 años 10 meses y 3 días
46. Tercera Sala Penal del TSJDF. Resolución de apelación.	30 de julio de 2014	908/2014	Robo Agravado diverso (3)	6 años, 3 meses. 4 años, 4 meses y 8 años, 4 meses.
47. Juez Cuadragésimo Sexto Penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	30 de marzo de 2013	157/07 y 22/08	Robo agravado diversos (2)	2 años 8 meses 1 un día y 4 años 6 meses
48.- Juez Quincuagésimo Segundo Penal en el Distrito Federal Resolución incidental	5 de abril de 2013	331/2007	Violación agravada y robo agravado	10 años
49. Juez Quincuagésimo Primero penal del Distrito Federal. Resolución incidental	08 de julio de 2014	188/2010	Fraude genérico diversos (dos) y Posesión de documentos que se expide para identificar vehículo automotor con conocimiento de que es falsificado	7 años 8 meses 10 días
50. Vigésimo Séptimo penal en el Distrito Federal. Resolución incidental	13 de Julio de 2014	304/2005	Privación ilegal de la libertad, extorsion, robo agravado, encubrimiento por receptación y tentativa de homicidio	15 años

ANEXO 3- hoja 1
Análisis de resoluciones representativas:
Matriz de resultados

INDICADORES	RESOLUCIONES: DE LA 1 A LA 13												
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13
1.- Confusión entre los conceptos de sentencia y de pena de prisión.	X			X		X		X			X		
2.- Determinación respecto a si es la pena de prisión preventiva o la punitiva la susceptible de purgarse simultáneamente.		X			X	X		X					X
3.- Dudas provocadas en cuanto a qué se debe entender por el delito inicial, al actualizarse un concurso de delitos.	X			X			X			X		X	
4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena..		X		X				X					X
5.- Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad o función de la pena.	X				X	X				X	X		
6.- Procesos interpretativos explícitos e implícitos de la norma cuestionada (L) literal S) sistemático y conforme C).	S	L	L	S	L	C	L	S	L	L	L	L	S
7.- Apreciación de los órganos jurisdiccionales en cuanto a que no existen varias penas al actualizarse un concurso de delitos, sino una sola sanción	X			X		X						X	
8.- Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados en la purgación de penas de prisión										X			X
9.- Alusión de tratados internacionales en las resoluciones analizadas.					X							X	
10.-Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable.													

Notas de referencia: 1.- La X representa que el mencionado indicador se encuentra dentro del cuerpo de la resolución analizada. 2.- En el recuadro del sexto indicador la letra L) indica la presencia de una interpretación literal, la letra S) representa una interpretación sistemática y la letra C) involucra una interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados internacionales.

ANEXO 3- Hoja 2

ANÁLISIS DE RESOLUCIONES REPRESENTATIVAS: MATRIZ DE RESULTADOS

INDICADORES

RESOLUCIONES: 14 A LA 26

14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26

1.- Confusión entre los conceptos de sentencia y de pena de prisión.				X				X				X	
2.- Determinación respecto a si es la pena de prisión preventiva o la punitiva la susceptible de compurgarse simultáneamente		X		X				X		X		X	
3.- Dudas provocadas en cuanto a qué se debe entender por el delito inicial, al actualizarse un concurso de delitos						X	X				X		
4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena.	X											X	
5.- Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad o función de la pena.		X				X		X			X		
6.- Procesos interpretativos explícitos e implícitos de la norma cuestionada (L) literal (S) sistemático y extensivo) (E)	L	L	S	S	L	L	L	S	L	C	L	L	L
7.- Apreciación de los órganos jurisdiccionales en cuanto a que no existen varias penas al actualizarse un concurso de delitos, sino una sola sanción	X		X	X			X			X		X	X
8.- Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados en la compurgación de penas de prisión				X			X			X		X	
9.- Alusión de tratados internacionales en las resoluciones analizadas.	X				X						X		X
10.-Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable													

Notas de referencia: 1.- La **X** representa que el mencionado indicador se encuentra dentro del cuerpo de la resolución analizada. 2.- En el recuadro del sexto indicador la letra **L**, indica la presencia de una interpretación literal, la letra **S**, representa una interpretación sistemática y la letra **C** representa una interpretación sistemática y la letra **C** involucra una interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados internacionales.

ANEXO 3 -hoja 3
ANÁLISIS DE RESOLUCIONES REPRESENTATIVAS: MATRIZ DE RESULTADOS

INDICADORES	RESOLUCIONES: 27 A LA 39													
	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	
1.- Confusión entre los conceptos de sentencia y de pena de prisión.			X				X	X		X			X	
2.- Determinación respecto a si es la pena de prisión preventiva o la punitiva la susceptible de compurgarse simultáneamente	X			X		X							X	
3.- Dudas provocadas en cuanto a qué se debe entender por el delito inicial, al actualizarse un concurso de delitos	X	X		X			X	X	X					
4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena.	X	X						X						
5.- Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad o función de la pena.			X									X	X	X
6.- Procesos interpretativos explícitos e implícitos de la norma cuestionada (L) literal S) sistemático y extensivo) E)	C	C	L	S	L	S	L	S	L	S	L	L	L	
7.- Apreciación de los órganos jurisdiccionales en cuanto a que no existen varias penas al actualizarse un concurso de delitos, sino una sola sanción	X		X	X			X					X	X	X
8.- Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados en la compurgación de penas de prisión			X		X				X				X	
9.- Alusión de tratados internacionales en las resoluciones analizadas.													X	
10.- Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable					X									

Notas de referencia: 1.- La X representa que el mencionado indicador se encuentra dentro del cuerpo de la resolución analizada. 2.- En el recuadro del sexto indicador la letra L. indica la presencia de una interpretación literal, la letra S, representa una interpretación sistemática y la letra S) representa una interpretación sistemática y la letra C) involucra una interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados internacionales.

ANEXO 3-hoja 4

ANÁLISIS DE RESOLUCIONES REPRESENTATIVAS: MATRIZ DE RESULTADOS.

INDICADORES	RESOLUCIONES: 40 A LA 50										
	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50
1.- Confusión entre los conceptos de sentencia y de pena de prisión.	X			X		X		X			X
2.- Determinación respecto a si es la pena de prisión preventiva o la punitiva la susceptible de purgarse simultáneamente		X		X	X	X		X			
3.- Dudas provocadas en cuanto a qué se debe entender por el delito inicial, al actualizarse un concurso de delitos	X		X	X			X			X	
4.- Referencia de los motivos de la reforma a los artículos sobre la simultaneidad de la pena				X				X			
5.- Utilización de criterios teóricos, sobre la finalidad o función de la pena.	X				X	X					X
6.- Procesos interpretativos explícitos e implícitos de la norma cuestionada (L) literal (S) sistemático y conforme (C)	L	S	L	S	L	L	L	S	L	L	L
7.- Apreciación de los órganos jurisdiccionales en cuanto a que no existen varias penas al actualizarse un concurso de delitos, sino una sola sanción	X			X		X					
8.- Referencia, o no, de derechos fundamentales vulnerados en la purgación de penas de prisión		X							X		
9.- Alusión de tratados internacionales en las resoluciones analizadas.			X		X						
10.- Beneficio indebido o inexacta aplicación de la ley en favor del justiciable.											

Notas de referencia: 1.- La X representa que el mencionado indicador se encuentra dentro del cuerpo de la resolución analizada. 2.- En el recuadro del sexto indicador la letra L indica la presencia de una interpretación literal, la letra S, representa una interpretación sistemática y la letra C) involucra una interpretación conforme a la Constitución y a los Tratados internacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés. 2 reimp. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 1986
- ALEXY Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales Madrid 1997
- AMBOS Kai, STEINER Christian. *Sobre los fines de la pena*. Revista de derecho penal y criminología, 2.a Época, n.º 12 (2003)
- ÁLVAREZ Alcívar María Fernanda. *La ejecución de la pena un acercamiento desde el derecho penal mínimo*. En *Ejecución Penal y Derechos Humanos*, Editora Carolina Silva Portero. Quito Ecuador 2008.
- ANITUA Gabriel Ignacio. *Contradicciones y dificultades de las teorías del castigo en el pensamiento de la ilustración*. Dentro de la recopilación *Mitologías y Discursos sobre el castigo*. Editorial, Antropos. Barcelona 2004
- BANQUERIZO Minuche Jorge, *Colisión de derechos fundamentales y juicios de ponderación* Ecuador 2009.
- BARATTA Alessandro. *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*. . En *Prevención y teoría de la pena*. Editorial jurídica Conosur. Chile. 1995.
- BETTIOL, Giuseppe. *Instituciones de derecho penal y procesal*. Editorial Bosch. Barcelona España 1977.
- BECCARIA, Cesare. *De los Delitos y las Penas*. Segunda Edición. Editorial Comisión Nacional de Derechos Humanos. México 1992
- BORTHWICK, Adolfo E. C. *Principios Procesales*. Primera edición. Editorial MAVE. Argentina 2003.
- BURGOA Orihuela, Ignacio. *Las garantías individuales*. Vigésimo Cuarta edición. Porrúa. México.1998.
- CAZARES Inzunza Enrique. *Exacta aplicación de la ley y el mandato de determinación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM 2009
- CABANELAS Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*.
- CARBONELL Miguel. *Los derechos fundamentales en México*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 2004.
- CARRARA. Francesco. *Programa de Derecho Criminal*. Bogotá, Colombia, 1991.
- CÁRDENAS Rioseco, Raúl F. *La Presunción de Inocencia*. Primera edición. Editorial Porrúa. México, D. F. 2003.
- CALDERÓN Cerezo, A y CHOCLAN Montalvo, j. a. *Derecho Penal. Tomo I Parte General*. Primera edición. Editorial Bosch. Barcelona España. 1999.
- CIVERA Torres, Enri María. *Irresponsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional injusta*, Valencia, España, 1999, página electrónica en internet: <http://www.uv.es/~ripj/2enri.htm>.
- COSSÍO Ramón José y PÉREZ de Acha, Luis M. *La Defensa de la Constitución*. Segunda reimpression. Editorial Jurídica Contemporánea. México, D. F 2003.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Excepciones al Agotamiento de los Recursos Internos Opinión Consultiva OC-11/90* del 10 de agosto de 1990.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe Sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas*. 2011 www.cidh.org

CORDÓN Moreno, Faustino. *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*. Segunda edición. Editorial Aranzandi. Navarra España. 2002.

CLARÍA Olmeda, Jorge A. *Derecho Procesal Penal. Tomo I*. Editorial Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires. 2005

CASTILLO DEL VALLE, Alberto. *Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal*. Cuarta edición. Ediciones Jurídicas Alma. México, D. F. 2005.

DWORKIN Ronald. *¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?*. Trad. Leonardo García Jaramillo. Estudios de Derecho - Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Antioquia. Medellín. Colombia, diciembre 2007.

ENRÍQUEZ Rubio H. Herlinda, *El pluralismo jurídico Intercarcelario*. Porrúa México. 2008

ENRÍQUEZ Rubio H. Herlinda, *La acción social en la prisión y sus códigos*. Publicia México. 2013

EDWARDS, Carlos Enrique. *Garantías Constitucionales en materia Penal*. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma. Buenos Aires Argentina. 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Cuarta edición. Editorial Trotta. Valladolid España 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Editorial Trotta, Madrid 1999

FERRAJOLI Luigi. *Derecho penal mínimo*. Trad. de Roberto Bergalli. Editorial Trotta. Madrid, 2000.

FERRARIS M. *La hermenéutica*. Taurus, México. 2001.

HORVITZ Lennon María Inés. *La sociedad de riesgo y el paradigma preventivo*. La Revista: *Prisión preventiva y seguridad ciudadana. La revista de la Defensoría Penal Pública*. Chile 2009

ISLAS, Olga. *La prisión Preventiva en la Constitución Mexicana*. Revista Mexicana de Justicia. México, 2009.

JÁGER, Christian; ROXIN, Claus; ORDEIG, Gimbernat; DÍAZ Aranda, Enrique. *Problemas Fundamentales de Política Criminal y Derecho Penal*. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 2002

KENT, James y MEXÍA, J. Carlos. *Comentarios a la Constitución de los Estados Unidos de América*. Colección Grandes Clásicos del Derecho. Volumen 3. Primera edición, Editorial Oxford University. México, D. F. 1999. Apéndice Cuarto.

MATHIESEN Thomas, *Juicio a la prisión*, traducción, Amanda Zamuner, Buenos aires, Ediar 2003.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europea-América. Buenos Aires Argentina 1951.

MARTÍNEZ Felipe. Otro enfoque sobre el castigo: análisis de las «instituciones totales» encargadas de la ejecución de la pena privativa de libertad desde la perspectiva de Erving

Goffman. Coordinado por Iñaki Rivera. En: *Mitologías y Discursos Sobre el castigo*. Anthropos Editorial. Barcelona. 2004.

MUÑOZ G Jesús Antonio. *Derecho e impunidad*. En *Pena y Estado. Función Simbólica de la pena*. Editorial Cono Sur, Santiago de Chile 1995.

MENDONCA, Daniel, “*Los Derechos en Juego*”, Editorial Tecnos, Madrid, 2003

MORENO Rodríguez, Rogelio. *Diccionario de Ciencias Penales*. Primera Edición. Editorial Ad Hoc. Buenos Aires Argentina. 2001.

NILS Christie. *Una sensata cantidad de delito*, 1' ed. - Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

LOPERA Mesa Gloria Patricia. ARIAS HOLGUÍN Diana Patricia. *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales en la determinación judicial de la pena*. Consejo de la Judicatura. Colombia 2010

ORELLANA Wiarco, Octavio Alberto. *Teoría del delito*. Editorial Porrúa. México, 1998.

O'DONNELL Daniel. *Derecho internacional de los derechos humanos Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos Bogotá, 2004

PALADINES Jorge Vicente Rodríguez. *Razón jurídica o barbarie: Sobre la jurisdicción en la ejecución penal*. Dentro de la compilación; *Ejecución penal y derechos humanos*. Carolina Silva Portero. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador 2008

PAVARINI Massimo. *Castigar al enemigo Criminalidad, exclusión e inseguridad*. FLACSO Quito Ecuador, 2009

PENICHE López, Vicente. *Garantías y Amparo. Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del Siglo XX*. Segunda reimpresión. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Universidad Autónoma de Puebla. México, D. F, 2008

ROJAS Caballero, Ariel Alberto. *Las Garantías Individuales en México*. Porrúa. México, 2003.

RÍOS Ramón Teodoro: *La ejecución de la pena*, dentro de la compilación *Determinación Judicial de la pena*. Ed. El Puerto, Buenos Aires 1993

SARMIENTO Bemol Camilo Ernesto. *Michel Foucault: desenmascarando las tecnologías del castigo*. En: *Mitologías y Discursos Sobre el castigo coordinado por Iñaki Rivera*. Anthropos Editorial. Barcelona. 2004.

SILVA Portero Carolina; *Ejecución penal y derechos humanos*. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador 2008

SCHEERER Sebastián. *La experiencia del penitenciarismo contemporáneo. (Aportes y expectativas)*. Comisión de derechos Humanos. México. 1993

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Elementos de Derechos Procesal Constitucional*. Primera edición. México, D. F. 2006.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Las garantías individuales*. Parte general. Colección Garantías Individuales. Tomo 1. Primera reimpresión. Editorial. México, D. F. 2007.

TERRADILLOS Basoco Juan. *Función simbólica y objeto de protección del derecho penal*. En *Pena y Estado*. Director Juan Bustos Ramírez. Editorial Cono Sur. Santiago de Chile, 1995.

TEDESCO Ignacio F. *El castigo como una compleja institución social: El pensamiento de David Garland*. En Mitologías y Discursos sobre el castigo. Coordinador Iñaki Rivera Beiras, Anthropos Editorial. Barcelona. 2004.

UPRIMNY Yepes Rodrigo y RODRÍGUEZ Villabona Andrés Abel. *La interpretación judicial*. Colombia 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA *Diccionario latino jurídico*.

VILLAVERDE Ignacio. *Los límites de los derechos fundamentales*. Dentro de la obra colectiva *Teoría General de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*. Ed. Tecnos. Madrid .2004

VILLAVERDE Ignacio. *La resolución de conflictos entre derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad*. Dentro de la compilación: *Interpretación Constitucional y el Principio de Proporcionalidad*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Ecuador 2008

YACOBUCCI Guillermo. *El sentido de los principios penales*. Abaco de Rodolfo de Palma. Argentina, 2002.

ZAFFARONI Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídica*. Ediar. Argentina 1998.

ZEPEDA Lecuona, Guillermo. *Seminario-Taller de justicia penal y derechos humanos* (Exposición del autor), Centro de Investigación para el Desarrollo, A.C., (CIDAC), (México), página electrónica en internet: <http://www.cd hdf.org.mx/index.Php?id=bol12005>.

Documentos Normativos:

- Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Convención Americana de Derechos Humanos
- Principios Básicos para el tratamiento de los reclusos
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
- Código Nacional de Procedimientos Penales
- Código Penal para el Distrito Federal
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
- Ley de Ejecución de Sanciones y Reinserción Social para el Distrito Federal
- Código Penal Federal
- Código de Procedimientos Penales Federales
- Iniciativa de reforma de los artículos 25 y 64 del Código Penal Federal. (Once de noviembre de 2003)
- Iniciativa para reformar los artículos 28 de la Ley de Ejecución de sanciones y Reinserción Social para el Distrito Federal y el artículo 33 del código Penal para el Distrito Federal (15 de marzo de 2012)