



Universidad Nacional Autónoma de México

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
" ARAGON "

LA PENA INDETERMINADA

D-57

TESIS PROFESIONAL

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

CARLOS CANO LOPEZ



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DEPARTAMENTO DE ECONOMÍA
D.E.R. 138



LA LEY FEDERAL

PROFESIONAL

DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS
LICENCIADO EN DERECHO

CARRERAS Y SERVICIOS

A mis Padres; Rufino Cano Hernández y Raquel López Gómez, por iluminar mi camino de la vida. Por el apoyo y comprensión que siempre me han brindado en mis estudios.

A la Srita; Gabriela Bahena Amezcua, por los obstáculos que hemos enfrentado, los cuales nos han servido de estímulo para llegar a nuestras metas y seguir unidos en el peregrinar de la vida.

A mis Hermanos; Francisco, Dolores, - Rufino, Arturo, Guillermo, Miguel, - Reyna y Gregorio, por los impulsos y palabras de aliento que me han brindado a lo largo de mi vida Estudiantil.

A mis Hermanos; José, Víctor, Fernando, Juan y Leticia, a mis cuñadas Elena, Herminia, Beatriz, Aurora y mi cuñado; Armando, Por su apoyo extendido en palabras o en cualquier otra forma.

A mis Sobrinos; porque Son la -
ingenuidad de la niñez y por la
Esperanza del Futuro

Al Lic. Alfredo Espinosa Soto; por
los sabios consejos y el apoyo que
me ha brindado en la consecución -
del presente Trabajo.

A la Lic; Patricia Trejo Islas,
Por la gran amistad que nos -
une, la cual a perdurado atra -
ves de los años.

A la Srita; Susana Bahena Amezcua;
por ser una persona especial den
tro de mis Amistades.

A mis Amigos de Bachilleres; -
Sergio, Antonio, Jaime, David,-
Angeles, Marino etc., como -
muestra de nuestra Amistad.

Al Ing. Arcadio Martínez, por
su valiosa cooperación.

A mis amigos de la carrera, Reynaldo,
Vertiz, Eduardo, Salvador, Nicolas, -
Alfredo, Modesto... etc., como muestra
de Superación.

Al Teniente Coronel; Jaime -
Martínez Castillo, por confiar
en mí, y por la comprensión -
que tiene en los jóvenes Pro-
fesionistas.

A mis Ex-compañeros del D.I.O.N.; -
Toño, Misael, Gerardo, Fidel, Horacio
.. etc.

A mis Tíos y Tías. -

A mis maestros de toda mi -
carrera.

A mis amigos que han dejado de exis -
tir y cuyos recuerdos han de estar -
Presentes en Mí.

¡ Al Deseo de Superación del Hombre!

¡ A La Vida !

Y

¡ A Ti Como Te Llames Señor,
que de cualquier Forma eres el Mismo!

I N D I C E

	PAGS.
INTRODUCCION	
Parte Historica	I

CAPITULO I

CARACTERES Y FIN DE LA PENA SEGUN LAS DOCTRINAS MODERNAS

1.1.- Bentham, Romagnosi y Feuerbach	1
1.2.- Roeder y la Escuela Correccionalista	3
1.3.- La Escuela Clásica	5
1.4.- La Escuela Positiva	9
1.5.- La Terza Scuola o el Positivismo Crítico	13
1.6.- Carranca y Trujillo, Castellanos Tena, Cuello Calón, Jiménez de Asúa, Sebastian Soler	14
1.7.- Observaciones	19

CAPITULO II

CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA INDETERMINADA

2.1.- Concepto Indeterminista	24
2.2.- El Estado y la Pena	27
2.3.- Idea de la Pena Indeterminada	29
2.4.- Naturaleza y Clases de la Pena Indeterminada (artículo 67 y 68 del Código Penal)	33

2.5.- Variedades propuestas	44
---------------------------------------	----

CAPITULO III

SISTEMA PROPUESTO PARA SU EJERCICIO

3.1.- Exposición Previa..	52
3.2.- Individualización Judicial	52
3.3.- Individualización Administrativa	57
3.4.- Individualización realizada por Comisiones Mixtas	59
3.5.- Deberes de las Comisiones	64
3.6.- Condiciones requeridas para obtener los resultados asignados a la Pena In- determinada	66

CAPITULO IV

OBJECIONES AL SISTEMA

4.1.- Observaciones	70
4.2.- Objeciones basadas en el Fin de la Pena	70
4.3.- Objeciones basadas en la Santidad de la cosa Juzgada.	74
4.4.- Objeciones basadas en el Derecho de Igualdad.	75

4.5.- Objeciones basadas en el principio de Libertad Individual	77
4.6.- Objeciones aducidas por los sostenedores de la incorregibilidad de los reos	81
4.7.- Objeciones basadas en la dignidad ju- dicial	83
4.8.- Objeciones que se invocan por la dificultad de comprobar la enmienda.	85
4.9.- Otras objeciones	88
CONCLUSIONES	90
BIBLIOGRAFIA	93

INTRODUCCION:**ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA PENA INDETERMINADA**

El cristianismo, con sus caritativas tendencias, hizo que la idea de la enmienda se infiltrara en la penalidad; no solamente las penas canónicas son humanas y establecidas para procurar al mejoramiento, sino que mirando más al delincuente que al delito, su aplicación se hace de la mejor manera posible para obtener dicho fin, haciendo variar su naturaleza y su intensidad según el carácter, el temperamento, la individualidad de cada culpable; la práctica canónica realiza así desde los primeros tiempos la hoy tan solicitada individualización de la pena.

El segundo concilio de Vernevil en el año de 844 prescribió el encarcamiento "in ergastulum", y designó que los culpables estuviesen reclusos hasta que dieran señales de su arrepentimiento y conversión.

Por otro lado, el concilio de Aix-la-cha-pelle, en 1817, dispuso que en cada monasterio hubiera un lugar separado, compuesto de dos estancias, en que se recluiría al culpable. Esta indeterminación fue de carácter constante de la prisión eclesiástica. En este sistema todo parece dispuesto para asegurar el tratamiento del culpable; en él se encuentra claramente formulado el principio del cual ha de surgir la indeterminación de la pena, las jurisdicciones eclesiásticas pronunciaban sentencias que condenaban al culpable a permanecer en prisión hasta que se enmendara o hiciese penitencia.

Un adversario del sistema de indeterminación, queriendo demostrar que la idea es muy antigua, afirma que las sentencias de las jurisdicciones eclesiásticas, que prescribían la pena en vista de la enmienda del

culpable, terminaban la mayoría de las veces por esta fórmula arbitraria. Riviere, en su tratado de los monasterios, señala que la duración de la pena se fija con frecuencia por la regla; pero por lo general se deja al arbitrio del superior, que acuerda la gracia cuando cree que - el culpable se ha enmendado; es en los conventos de la edad media donde hace falta buscar la primera idea del régimen adoptado por los reformatorios americanos.

El principio de la enmienda, desaparecido en la práctica judicial, es sostenido siempre por la iglesia, y cuando en 1703 el papa Clemente XI hace construir en Roma la prisión de San Miguel, resume las tradiciones canónicas haciendo grabar con letras de oro la siguiente inscripción: "Parum est Coercere Improbos Poena, Nisi Probos Officia Disciplina" (1).

Así vemos que los orígenes de la sentencia indeterminada se presentan con toda claridad en la legislación penal de la iglesia.

LA PENA INDETERMINADA EN FRANCIA Y ALEMANIA:

Antes de la revolución francesa los jueces y tribunales podían penar y procesar a su arbitrio. Las penas, por lo tanto, lejos de ser legales, eran arbitrarias, los jueces podían, en general, incriminar por sí mismos ciertos hechos que la ley no había previsto, y aplicarles a su elección aquellas penas que les parecieran convenientes, de entre las establecidas por los usos y las ordenanzas. En este sentido es en el que los antiguos criminales decían. "las penas son arbitrarias en este reino". (2) Vidal afirma la existencia de la arbitrariedad judicial y-

1.- Jiménez de Asúa, La Sentencia Indeterminada, Madrid, Editorial Hijos de Reos 1913, pág. 19

2.- Idem pág. 20

de las penas arbitrarias, pero con la restricción de que para ciertos crímenes la pena estaba directamente pronunciada por las ordenanzas y no podía ser modificada por los jueces. Por consiguiente, se distinguan desde el punto de vista de la aplicación y del poder de los jueces dos clases de penas: las penas legales y las penas arbitrarias.

La situación en que se encontraba Francia era general en Europa. Esta arbitrariedad judicial, este poder absoluto de los jueces y tribunales, está justificado por la situación de la justicia penal que se atravesaba en ese tiempo. A mediados del siglo XVIII presenta Europa una incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales, por los cambios ocurridos en toda la faz de la tierra, entonces el legislador tomó el partido más breve y más sencillo y dejando de buscar y señalar él la pena que correspondiese a cada crimen, autorizó a los tribunales para que arbitrariamente impusieran el castigo o corrección -- que creyeran más adecuado o más merecido, según la índole y la naturaleza del delito que se les presentara. Y después de toda esa arbitrariedad erigida en sistema, servía de lenitivo a sus males y hacía más llevadera su subsistencia. La arbitrariedad judicial introducida en el siglo XVIII como medio de templar la dureza de las leyes penales fue -- en su tiempo un verdadero progreso, a tal grado se había llegado que -- un mal era el remedio de otro mal mayor. La Bastilla significaba la arbitrariedad; esto es, la forma antigua de la sentencia indeterminada. -- La Revolución Francesa, sentando en la ley el principio de pena prefijadas, acabó con todo esto.

La investigación intensa de los alemanes encuentra las primeras páginas legislativas en la sentencia indeterminada, en el sentido de prolongar la detención hasta ver conseguida la enmienda. El emperador -- Carlos V, en 1532, conmina a las personas de las cuales hay que esperar males y delitos con encarcelamiento hasta haber dado garantías de seguridad; esto es, desde luego, por tiempo indeterminado, para que el país y las personas estén en seguridad. La Ley Theresiana en 1768 conce ya penas por un tiempo indefinido y también sentencias por un tiempo indeterminado contra los reincidentes y delincuentes de hábito. No se fija máximo pero sí una medida mínima de la pena. "La duración de ésta era determinada por el tribunal superior por medio de comunicaciones periódicas. Lo mismo establece en esencia el Código Penal Josepino de 1787". (3)

Estas manifestaciones de la indeterminación no cesan ni se interrumpen con la Revolución Francesa, llegando con la proximidades de la época moderna.

En Alemania no produce la Revolución Francesa ese temor de arbitrariedad pues la sentencia, indeterminada continuó aplicándose, y entonces en una forma nueva anticipó lo que proyectos recientes proponen como medida de seguridad. Según el reglamento de 1793, eran entregados al establecimiento correccional de Tapiau, después de haber cumplido su pena, los delincuentes cuya liberación pareciera sospechosa en algún modo.

El Código Penal de Baviera de 1813, recomendaba castigos de prisión --

por tiempo indefinido. En Oldemburg se propuso esta medida para los --
reincidentes por el Código Penal de 1814. En el año de 1842 en Baviera
se encuentran nuevas muestras de indeterminación, pues en la cárcel de
Munich se condenaba a los delincuentes a penas de prisión sin tiempo --
fijo. En Wurtemberg se aplicó también como medida complementaria de --
seguridad en 1864. "A mediados del siglo XIX se conserva en Alemania --
la sentencia indeterminada, posteriormente desaparece en todos los Es-
tados". (4)

LA PENA INDETERMINADA EN ESPAÑA

España fué uno de los primeros países en aplicar penas indeterminadas.
Antes de la existencia de la llamada "cláusula de retención", disposi-
ciones aparecidas, en el Siglo XVI, de Carlos I, de Doña Juana y de Fa
lipe II, ordenaron a los alcaldes del crimen y a las justicias de sus-
reinos el envío de los condenados a graves penas corporales al servi-
cio de galeras por el tiempo que les pareciere, siempre que no fuece --
inferior a dos años. La pena sólo estaba limitada en su mínimo, siendo
de carácter indefinido en su máximo. Pero la razón de esta indetermina
ción no era la aspiración a eliminar criminales peligrosos, y menos --
aún la finalidad de su reforma, sino el propósito utilitario de nutrir
las tripulaciones de remeros de la tripulación de las galeras del rey.
La retención indefinida de los condenados denominada "Cláusula de Re-
tención" aparece bajo Carlos III, por pragmática 12 de Marzo de 1771,-
aplicada a los reos más temibles de los destinados a trabajos en los --
arsenales de el Ferrol, Cádiz y Cartagena. Había en ella un sentido --

humanitario pues "para evitar el aburrimiento y desesperación de los - que se vieran sujetos a interminables sufrimientos" (5), su duración - se limitó por un máximo de diez años, pero con fines de protección con- tra los criminales más agravados y de cuya salida al tiempo de la sen- tencia se recele algún grave inconveniente, agregaba, se les puede aña- dir la calidad de que no salgan sin licencia, más tarde, según los in- formes de su conducta, el tribunal que emitía la sentencia, con audien- cia del Fiscal podía proveer a su liberación. Esta cláusula, disponía- la Real orden de 1830, no podía seralzada sino por expreso mandato -- del Rey. Con el paso del tiempo "La Ordenanza General de Presidios del Reino de 1834 fijó en dos años la duración de la retención, período -- mantenido por el Real decreto de 13 de enero de 1860 que obligaba a -- cumplir dos años de prisión después de extinguidas las penas impues- - tas" (6). En 1887 todavía se dictaron disposiciones que muestran la vi- gencia de esta cláusula.

LA PENA IDETERMINADA EN AMERICA.

En América, en el año de 1825, Edwar Livingston, encargado de redactar un proyecto de código para la Luisiana, realizó una primera tentativa- práctica proponiendo que después de la tercera reincidencia no se fije la duración de la pena. En 1867, Eines y Dwight propusieron a la legis- latura del Estado de Nueva York la abolición de la sentencia prefijada y la adopción de una sentencia reformadora. En el mismo año, Brockway, director de la casa de corrección de Detroit, obtuvo una ley que conde- naba a las prostitutas a tres años de reclusión en la casa correccion-

5.- Cuello Calón, La Moderna Penología, Barcelona, Bosh, Casa Edito- rial Reimpresión, 1974, pág. 53

6.- Idem. pán. 54

al, dando a los inspectores el derecho de liberar definitiva o condicionalmente a toda mujer que lo mereciera por su regeneración o por su buena conducta. El 10 de Febrero de 1871 Hoyt sometió a la cámara de representantes de Michigan un Bill elaborado por Brockway, desenvolviendo el sistema de sentencias reformadoras, y en la cual el principal artículo concebido hizo que los tribunales no determinaran nunca la duración de esta Tutela (la tutela del Estado sobre el individuo). "Este bill fue rechazado". (7)

Tras algunas vicisitudes consiguió Brockway que el estado de Nueva York fundase un establecimiento de reforma, y fué el capítulo 207 de la Ley de 1876, el que creó el reformatorio de Elmira, del que tantas ventajas se han obtenido, sirviendo de modelo a otros muchos que con posterioridad se construyen, y en ella no se establecía la llamada sentencia indeterminada. Por fin, y después de esta larga gestión, consiguió Brockway, ser nombrado director del reformatorio por la ley de 1876, que el legislador de Nueva York, el 24 de Abril de 1877, aplicara al establecimiento recién fundado, el sistema indeterminista. Los resultados obtenidos en Elmira hicieron que este sistema fuera adoptado por otros Estados americanos; pero tanto en Nueva York, como en los demás que siguen su idea, no existe la indeterminación absoluta sino que en la mayoría de los casos se establece un máximo y un mínimo fijos por la Ley.

LA PENA INDETERMINADA EN LOS CONGRESOS PENITENCIARIOS INTERNACIONALES
En 1870 se reunió el primer congreso penitenciario en Cincinnati - - -

(Ohio) en el cual Brockway insistió en que las sentencias no debían -- ser determinadas sino INDETERMINADAS absolutamente. El Congreso terminó aceptando esta proposición.

En el segundo Congreso Penitenciario Internacional, celebrado en Estocolmo en 1878, fué discutida ya la idea en sesiones primera y segunda. Richard Vaux Kuhne (director de la penitenciaría de Filadelfia), defendieron en parte la indeterminación, creyendo el primero que la Ley no debe precisar jamás la duración de la prisión; y el segundo consiente en que la Ley y el Juez fijen la duración de la pena, pero propone la duración de la prisión celular. El Congreso terminó declarando; "que la Ley debe precisar la duración del aislamiento, y sentado como medio para luchar contra la reincidencia, un sistema penitenciario moralizador, teniendo como complemento la liberación condicional y el empleo -- menos frecuente de las penas de corta duración contra los delincuentes habituales". (8)

En 1883 apareció en una revista alemana un artículo de Franz Von Liszt en el cual se ocupa ya del Sistema Indeterminista. Pero el sistema del profesor alemán difiere del propuesto por Brockway, pues pretende que la indeterminación "se encierre dentro de los límites de un máximo y -- un mínimo". (9)

En 1885, la escuela Italiana, con Garófalo, propone "que a los reos no temibles no se les imponga pena, pero se les obligue a indemnizar a la víctima del delito si éste se negase a satisfacer la cantidad fijada --

8.- Jiménez de Asúa, Ob. Cit. pág. 31

9.- Ibidem.

será encerrado en la cárcel y permanecerá en ella por un tiempo indefinido, hasta que las multas hayan sido satisfechas". (10)

En el mismo año se celebró en Roma el tercer Congreso Penitenciario Internacional. El holandés Van Hamel, presentó su informe en el cual se muestra partidario de la indeterminación, si bien la restringe el tratamiento de los delincuentes incorregibles habituales. El Congreso -- acordó que se "fijase un máximo infranqueable y un mínimo que pudiera ser franqueado por el Juez". (11)

Por esta época muchos congresos penitenciarios americanos propusieron como principio general de penalidad la detención indeterminada y especialmente los de Atlanta 1887, Buffalo 1888 y Nashville 1889.

En el año de 1889 Von Liszt, Hamel y Prins, fundan la Unión Internacional de Derecho Penal, señalando la sentencia indeterminada como una de las cuestiones de que debían ocuparse.

El Cuarto Congreso Penitenciario Internacional que se celebró en San Petersburgo en el año de 1890, se plantea la cuestión de si se podría o no considerar a ciertos criminales como incorregibles, y en caso -- afirmativo qué medidas debían tomarse contra ellos. Sichert, Latschew y Brockway, se mostraron partidarios del sistema de penas indeterminadas. Pero el Congreso rechazó la existencia de delincuentes absolutamente incorregibles, y, entre las medidas que recomendó no figuraba la sentencia indeterminada.

En 1892 el tercer Congreso de Antropología Criminal reunido en Bruse--

10.- Jiménez de Asúa, Ob. Cit. pág. 32

11.- Ibidem.

les se ocupó del sistema de la indeterminación al buscar las medidas -- más apropiadas para los incorregibles. "Van Hamel, Thiry, etc. desarrollaron la idea indeterminista".(12)

En el año de 1893, Otlet publicó en forma de folleto el informe presentado al grupo belga de la Unión Internacional de Derecho Penal, titulado "Les Sentences Indéterminées et la Législation Belga". En este trabajo se trata de demostrar que en la legislación de Bélgica, se encuentran muestras indudables de la Sentencia Indeterminada.

El Quinto Congreso Penitenciario Internacional tuvo lugar en París en el año de 1895. Se lucha contra la reincidencia y de los medios más -- adecuados para reprimir el vagabundaje y la mendicidad, se puso a discusión el problema que nos ocupa. Van Hamel y Nanka, se mostraron partidarios de la idea. El Congreso acordó que "para los vagabundos y mendigos profesionales la medida más eficaz es un internamiento prolongado -- en colonias especiales de trabajo, que cesará cuando la detención no parezca ya necesaria".(13)

En el año de 1898 se publica la obra de Saleilles, "L' Individualisation de le Peine". Creía que "no es posible realizar la individualización penal mientras subsista la pena prefijada"(14), por esto, aceptaba la idea indeterminista.

En 1900, en el mes de agosto se celebró en Bruselas el sexto Congreso Penitenciario Internacional, llamado por Lacoste: El Congreso de la --

12.- Jiménez de Asúa, Ob. Cit. pág. 33.

13.- Idem. pág. 35.

14.- Ibidem.

Sentencia Indeterminada. Se estableció la siguiente pregunta ¿ Hay alguna categoría de delincuentes a los cuales pueda ser aplicada la sentencia indeterminada, y cómo esta medida deber ser realizada ?. El Congreso acordó que era inadmisibile en materia penal; que en lo que concierne a las medidas de educación, de protección y de seguridad, el sistema de sentencias indeterminadas sólo es admisible mediante ciertas restricciones; y por último, que la indeterminación se impone para el tratamiento de los delincuentes irresponsables, afectados de enfermedades mentales, pero en este caso no tienen ningún carácter penal. En 1907, Gaetano Amalfi, acepte la idea indeterminista como medio curativo.

En el año de 1908, Rosenfeld, abordó el problema indeterminista al tratar la medida de la pena, mostrándose partidario de las ideas sustentadas por Freudenthal. Este fué el que se encargó de redactar la parte referente a la Sentencia Indeterminada, hizo un trabajo documentadísimo y sistemático, "en el cual acepta la indeterminación relativa para los jóvenes delincuentes". (15)

ACEPTACION DE LA IDEA INDETERMINISTA EN LOS CONGRESOS

En 1910, en Washington tuvo lugar otro Congreso Penitenciario Internacional más, se hicieron remembranzas del Congreso celebrado en Bruselas, en donde fué rechazada la idea indeterminista. En Washington, se abordó el tema de la aplicación de la sentencia indeterminada a los reos. Más de diez y siete informes fueron presentados; doce fueron a favor de la Sentencia de duración indeterminada, cuatro admitieron la in-

determinación absoluta, seis se pronunciaron en contra; pero concluyeron adoptando medidas complementarias de duración indeterminada. El -- Congreso acordó aprobar la sentencia indeterminada como principio científico, debiendo ser aplicada a las personas moral o mentalmente defectuosas y, como parte importante del sistema educativo, a los criminales, sobre todo a los jóvenes delincuentes que tienen necesidad de tratamientos educativos y cuyos crímenes son debidos, sobre todo a circunstancias individuales. Lo curioso del caso es que al fin un Congreso Penitenciario admitió la sentencia indeterminada, ya que en anteriores Congresos había sido rechazada en forma relativa las ideas indeterministas, debido a que dichos Congresos se habían llevado a cabo en -- tierras europeas, en Washington se "aprueba la tesis presentada y en -- marcada el cambio a seguir de algunos países de América en la aplicación de dicho sistema". (16)

PRECURSORES DE LA IDEA INDETERMINISTA:

Entre algunos de los iniciadores de la pena indeterminada se menciona a Carlos Lucas en Francia, a Obermaier, Director de la prisión de -- Kaisalautern en Baviera a Maconochie en Inglaterra.

A mitad del siglo XIX, el Coronel Montesinos, aplicó la pena indeterminada en el presidio de Valencia, acortando la duración de la pena a los presos de buena conducta y asiduidad en el trabajo y no concediendo la liberación más que a los que con su oficio tenían asegurada su subsistencia y, a los que habían probado poder resistir las tentaciones de la vida en libertad.

Roeder fué uno de los propugnadores de la sentencia indeterminada. Señalaba, "que las penas, no pueden modificarse ulteriormente, aumentándolas o acortándolas, considerando con la mayor atención si el fin se ha logrado antes, o si no puede alcanzarse hasta el momento en que se esperaba al tiempo de pronunciar el juicio". (17)

Brockway, el primer director del Reformatorio de Elmira (1876), según la opinión de algunos penólogos, lo consideran promotor y realizador de la sentencia indeterminada. Esta fué una de las bases del régimen aplicado en el reformatorio. Brockway propuso un régimen absolutamente indeterminado, pero como el proyecto se recibió con hostilidad, fué -- sustituido por un régimen indefinido, limitado por un plazo máximo fijado por el tribunal. El éxito alcanzado en el reformatorio: En Massachusetts, en el año de 1884; Pensilvania, en el año de 1887; Minnesota en 1889, que aplicaron también la Sentencia Indeterminada.

LA PENA INDETERMINADA

CAPITULO I

CARACTERES Y FIN DE LA PENA
SEGUN LAS DOCTRINAS MODERNAS

CARACTERES Y FIN DE LA PENA SEGUN LAS DOCTRINAS MODERNAS:

1.1. Benthan, Romagnosi y Feuerbach.

Los principales penalistas de los diversos países buscaron en sus investigaciones la solución a los problemas penales que hasta entonces habían quedado olvidados y los cuales precisaban una reforma substancial.

Así Benthan en Inglaterra inicia una investigación recorriendo las di--versas prisiones tanto de su país como del extranjero, formando el mismo tiempo el esquema para su libro "Carceles y Prisiones de Inglaterra" en el cual presenta el cuadro pavoroso que presentaban las mismas.

Supone como fin principal de la pena la prevención de los delitos, obteniéndose por este medio la enmienda del reo, de su intimidación y de su segregación del medio social, el cual en esta forma ya no puede dañar - más, estableciéndose además, la necesidad de que existan penas que pue--den evitar la comisión de nuevos delitos, atribuyéndoles un carácter general intimidante para todos los miembros de la comunidad a la cual - - obliga y uno especial para todos aquellos que estén próximos a delin- -quir.

En Italia, Romagnosi, elabora su doctrina, basada en el derecho natural, del cual hace partícipe al derecho penal, pues supone que teniendo ésta como fin la conservación de la sociedad y siendo el delito una transgre--sión de las leyes que aseguran esa conservación, es indudable que la de--fensa de los intereses proviene del derecho natural que da a la socie--dad las facultades necesarias para el mantenimiento del bienestar so- -cial.

Sostiene que es preferible la prevención de los delitos y que este fin-

debe tener la actividad penal del Estado. La pena sólo debe ser aplicada como medida extrema y cuando los medios preventivos han sido insuficientes para evitar los delitos, que es el fin tanto de la pena como de estos medios. Por lo tanto, debe procurarse la intimidación del delincuente, pero nunca abrigar sentimientos de venganza, ni de causar un daño. El derecho penal no busca sino la protección social del orden jurídico que garantiza su existencia y, por lo tanto, sus fines son mucho más elevados que la simple aplicación al delincuente.

Feuerbach estima como fin de la pena la intimidación realizada por medio de la amenaza cuando aún no se ha cometido el delito; cuando éste se ha consumado la finalidad se traduce en la intimidación que produce en el reo, el recuerdo del mal sufrido (prevención especial), y a la vez el ejemplo que la sociedad debe tomar de aquel que ha padecido la pena, intimidando de este modo a todos los que forman el grupo afectado (prevención general). El Estado se encuentra obligado a conservar intactas las leyes que garantizan la convivencia de los hombres para que de este modo realizar su desenvolvimiento. La coacción es el medio legítimo de que dispone el Estado para reprimir las violaciones al derecho, supuesto que es la forma más eficiente de provocar la intimidación.

La ejecución de la pena se fundamenta precisamente en la existencia -- previa de la amenaza de la Ley.

Dos ideas substanciales se encuentran en esta teoría: La Defensa Social y la Intimidación, en la primera, la idea de la defensa, social, que es la base lógica del poder punitivo del Estado, ya que esta facultad deriva de la razón de ser de existencia: El Bienestar Social.

"Convirtiendo hacia el bien un estado de mal".

Requiere como labor del Estado, la educación de la sensibilidad del de lin cuente, de su inteligencia y de su voluntad, mediante instrucción y estímulos del sentimiento del honor; el análisis de sus vicios y su -- tratamiento, acostumbra a los criminales al orden, el aseo y al traba jo apropiado a su temperamento; negativamente, considera indispensable su alejamiento de los muchos atractivos y ocasiones exteriores del mal.

La pena debe buscar como efecto la corrección de los criminales a los- cuales se aplica y su duración será aquella que sea necesaria para co- rregir la mala voluntad a la cual se aplica.

Supone asimismo absurdo que el dolor y los males físicos puedan deter- minar la justa proporción de las penas.

Concluye diciendo que el cambio interior del delincuente sólo puede lo gr arse con una aplicación continua de todas las fuerzas disponibles, - que lo lleven a obrar bien y justamente, hasta que haya reformado su - naturaleza. El medio más indicado para lograrlo consiste en apartarlo- de todo aquello que ayude al mal y evite hacer el bien, debe procurarse que sea el delincuente por sí mismo, el que desista de su inclina-- ción criminal, siendo el modo más seguro de lograrlo, el confiar en -- las propias fuerzas intelectuales, materiales y morales del inclinado- a la injusticia, fuerzas que sólo estén extraviadas y las cuales necesi- tan del Estado para dirigirles a su objetivo. Considera que la en- - mienda es el más alto de los fines que puedan asignarse a las penas, - según los principios rigurosos del derecho.

Este breve análisis de su doctrina, nos permite considerar a Roeder co

mo uno de los mas brillantes tratadistas del indeterminismo y como uno de los precursores más notables; su lucidez y precisión de ideas sobre la labor del Estado para con los delincuentes adelantó mucho las investigaciones que sobre los sistemas penitenciarios se hicieron en Norte-América.

1.3. LA ESCUELA CLASICA.

Se ha designado con este nombre a todos aquellos autores que partici--pan las ideas similares respecto del fin de las penas, aún cuando en -diversos aspectos presentan notables divergencias.

Rossi, Carmignani, Carrara, Pessina, son nombres que forman las bases--sobre las que descansa la doctrina que tuvo gran aceptación a fines --del siglo pasado y que constituyó la principal inspiración de los re--dactores de los códigos de la época.

Fellegrino Rossi, concibe que existe para todos los hombres un orden -moral que les es obligatorio, del cual se desprende un orden social --conteniendo los deberes y derechos del hombre en relación con sus seme--jantes. El derecho viene a ser partícipe del orden social, siendo el -derecho penal una rama de aquel, tendrá forzosamente sus bases tanto -en el orden social como el orden moral.

En fin a que debe tenderse es la realización de la justicia moral, que se traduce, en el caso del derecho penal, en el establecimiento del or--den social que el delito ha perturbado. La pena sólo puede concebirse--como la retribución de un mal por el mal, el que se realiza por un - -Juez legítimo que establece la medida del mismo. La pena puede además--tener otros efectos pero sin que estos sean esenciales.

Carmignani, impugnó la doctrina de Rossi sobre la justicia moral. Esta blece que el Estado se ve precisado a castigar al delincuente por "una necesidad de hecho", pues éste, con su conducta, provoca un desorden social que el Estado necesite reprimir para conservar la seguridad social y para proteger a sus miembros.

El delito cometido no debe despertar un sentimiento de venganza que -- siempre es condenable, sino simplemente un afán de conservación de los bienes protegidos, lo cual sólo se logra si se impide todo aquello que atente contra la humana convivencia, evitando que se repita el delito.

La "necesidad política", es la que origina el derecho penal dada la indole de las pasiones humanas, la pena sólo debe ser aplicada por la -- utilidad que presta a la colectividad, siendo menos "obstáculos políticos", establecidos para contener los delitos.

Francisco Carrara, introdujo en la doctrina clásica atenuaciones al -- sentido retribucionista que hasta entonces prevalecía en la pena.

Afirma que la ley penal deriva de la voluntad misma de Dios pero tiene un fin humano: proveer a la tutela jurídica, a la protección del derecho: su límite es la moral: "El sistema de la tutela jurídica deriva -- la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el derecho; la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que -- protege". El fin principal de la pena es el establecimiento del orden externo de la sociedad; está destinada la pena "a influir más sobre -- los otros que sobre el culpable (moralmente, se entiende)".

El hombre es interiormente libre y la ley le garantiza el ejercicio exterior de su libertad.

Pero ambos necesitan tutela, la cual sólo se logra mediante la coacción externa que no implica justicia, pues esta "no da derecho a martirizar a sus semejantes" (1) cuando la necesidad de tutela del orden jurídico-así lo exige, teniendo la pena no a extirpar el delito de la sociedad - el cual siempre ha existido, sino a tranquilizarla restableciendo la -- confianza en el imperio de la ley.

Luego, el fin natural y principal de la pena es el restablecimiento del orden social externo que el delito ha perturbado.

Requiere este autor, varias condiciones para la existencia de un delito, suponiendo necesario que el acto tenga un valor moral, que el sujeto sea imputable, que se transforme en un perjuicio social y que la conducta se halle prohibida en la ley.

Pessina inicia su exposición estableciendo las deficiencias contenidas en la definición que de la pena dan Ulpiano y Hugo Grocio. Considera -- que Ulpiano, la ve únicamente "desde fuera", en sus relaciones con el delito, sin indicar su contenido. Continúa diciendo que Grocio si aporta este último factor al decir que la pena es "el mal de un sufrimiento", que tiene como razón de ser, el mal contenido de una acción criminal; sin embargo, hace notar que falta todavía algo que es precisamente el fin al que debe dirigirse el sufrimiento.

Agrega que el aspecto teleológico de la pena sólo se ha investigado a raíz de la reforma de Beccaria, concluyendo que el fin último de la pena es "negar el delito", en el sentido de anular el desorden contenido por su aparición reafirmando la soberanía del derecho sobre el indivi--

1.- Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, Tomo II, Editorial TEA, Argentina, 1973, pág. 387.

duo".(2)

Continúa diciendo que es apetecible que los demás fines asignados a la pena se realicen, tales como la intimidación, la seguridad social, la ejemplaridad, la corrección, etc., pero que todos ellos son efectos útiles siempre que esta vaya dirigida al fin de la reafirmación del derecho.

Su frase de que la pena "es remedio dirigido a hacer que el derecho reine inviolable en la humana convivencia"⁽³⁾, nos resume la finalidad de que este autor le asigne y nos permite juzgar con toda claridad su pensamiento.

La Escuela Clásica y los autores mencionados consideraban, como hemos señalado, en distinta forma el carácter y fin de la pena. Para unos tenía un sentido retributivo; para otros su finalidad se refería exclusivamente a prevenir la comisión de nuevos delitos, a reafirmar el derecho etc., sin embargo, sus autores presentan analogías, sobre todo respecto a la consideración del delito, haciendo caso omiso del sujeto delincuente. Asimismo fué esta Escuela la que organizó el sistema del derecho penal, elevándolo al rango de doctrina científica dejando asentados firmemente sus principios.

La Escuela Clásica establece los siguientes postulados:

- 1) "El punto de partida de la justicia penal es el delito. Su método filosófico jurídico es el deductivo y especulativo.

2.- Pessina, Elementos de Derecho Penal, Editorial Reus, S.A., España, 1936, pág. 377.
3.- Idem. pág. 378

- 2) Sólo puede ser castigado aquel que realice una acción - prevista por la Ley como delito y sancionada con una pena.
- 3) La pena debe ser impuesta a los individuos moralmente - responsables (libre albedrío).
- 4) La pena debe ser proporcional al delito (retribución), - y señalada en forma fija.
- 5) El Juez sólo tiene la potestad para aplicar las penas - señaladas en un código para cada delito". (4)

1.4. La Escuela Positiva.

En Italia se inicio una nueva ideología de ideas sobre el derecho penal, siendo sus más destacados pensadores César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo.

Esta escuela se distingue por su preponderante consideración de la personalidad del delincuente sobre la consideración del delito.

Para Cesar Lombroso, según las apreciaciones plasmadas en su libro "La- Crime, Causee et Remedee", el criminal no participa de la normalidad de los demás, afirmando en consecuencia, que existe un tipo patológico especial del hombre delincuente. Opina que debe buscarse la explicación - del origen de la criminalidad y de ella hacerse una clasificación sobre los diversos tipos de delincuentes. El criminal nato es un ser predeter- minado al delito y cuyas características externas lo asemejan extraordi- nariamente con el hombre primitivo y cuya anormalidad es debida a defi- ciencias somáticas y psíquicas, asimilándose al loco moral. Es un ser -

cuya naturaleza biológica lo lleva al delito, aún contra su voluntad, - siendo la causa de esta atavismo la deficiencia de sus secreciones internas, de su sistema nervioso, etc.

Pero en donde la afirmación Lombrosiana va demasiado lejos es precisamente al considerar que todo individuo con determinadas características somáticas, es un ser con tendencia al delito y predispuesto a realizarlo.

Admite también la influencia de otros factores, entre ellos el medio social en que el delincuente se desenvuelve, pero precisado que esto acontece sobre todo en los delincuentes ocasionales.

Su doctrina dió lugar a investigaciones de las cuáles ha nacido una ciencia auxiliar del derecho penal denominada antropología criminal, - que estudia precisamente los delincuentes patológicos, estableciendo las deficiencias encontradas en la biología de los reos.

Se puede deducir que el fin asignado a la pena por este autor es la protección de la sociedad, supuesto que el delincuente siendo un ser anormal, no es responsable de sus actos.

Enrique Ferri, partiendo de la negación del libre albedrío de los criminales, proclamó con lombroso, la anormalidad física y psíquica de los delincuentes, negando por consiguiente la responsabilidad penal y la imputabilidad, substituyéndolas por una responsabilidad social, pues el "hombre es imputable y responsable, por el hecho de vivir en sociedad" (5).

5.- Enrique Ferri, Citado por Cuello Calón, Derecho Penal I, parte general Vol. I Bosch Barcelona 1975 pág. 52

La peligrosidad del delincuente es la que hace necesaria su represión, la cual será determinada de acuerdo con la cualidad más o menos antisocial del culpable. El delito sólo representa la materialización de la peligrosidad de los delincuentes, a los cuales clasifica en diversos grupos siendo unos natos, otros por hábitos adquiridos, otros ocasionales y por último los pasionales; todos ellos, como es obvio suponer, necesitarán un tratamiento distinto y la pena deberá dirigirse a distintas finalidades según el caso: los criminales natos deberán ser eliminados así como los criminales por hábito adquirido. Los ocasionales y pasionales deberán ser tratados por la pena atendiendo su finalidad a una represión y educación del delincuente.

La influencia de la sociedad, de la familia, de su educación, tiene un papel preponderante para este autor, de donde parte para crear su teoría de la responsabilidad social.

Garófalo nos presenta la consideración de un nuevo aspecto dentro de la escuela positiva al hacer del delincuente un transgresor moral de la Ley, naturalmente a causa de anomalías psíquicas que destruyan "sus sentimientos altruistas" (6). El delito producto de la ausencia de leyes del espíritu, y el delincuente, careciendo por lo tanto de las bases necesarias para su recto proceder, se ve llevado a violar la Ley. La imputabilidad moral desaparece y con ella el fundamento clásico del derecho de castigar, por lo que Garófalo busca un fundamento tan importante como el anterior y así llega al establecimiento de la defensa social como base del derecho de penar. La sociedad castiga no por la ob-

6.- Garófalo citado por Castellanos Tena Lineamientos elementales de - Derecho Penal Editorial Porrúa, México 1981 Pág. 64

jetividad del delito cometido, sino porque trastorna la armonía de su desarrollo.

La pena debe proporcionarse de acuerdo con la falta, pero cuando las condiciones lo exijan, la eliminación debe llevarse a cabo, criticando este autor la benignidad para con los delincuentes, considerando un -- acierto la aplicación de la pena de muerte la cual lamenta que vaya de sapareciendo.

Su noción de "temibilidad", esto es, "la perversidad constante y activa del delincuente y cantidad de mal previsto que hay que temer de -- él" (7), permite juzgar la cualidad y la cantidad de la pena, que frecuentemente requerirá la eliminación del inadaptable.

Las bases fundamentales que destacan en los positivistas podríamos resumirlas diciendo que en ellos prevalece la consideración del delin- - ciente sobre la objetividad del delito; el delincuente es un anormal, - pero con responsabilidad legal por lo cual se hace acreedor a una pena, supuesto que la defensa social reclama. La pena sólo conserva una efica cia relativa, por lo que debe abogarse por la prevención de los deli- - tos debe, por consiguiente, buscarse la readaptación del delincuente a la vida social y la eliminación de los incorregibles.

La Escuela Positiva presenta los siguientes caracteres:

- 1.- El delito como fenómeno natural y social, su método es experimen- tal.
- 2.- La pena como defensa social y no como castigo.
- 3.- El Juez tiene la facultad para establecer la sanción en forma inde
- 7.- Garofalo citado por Carlos Pérez, tratado de Derecho Penal Vol. I Ed. Temis Bogotá 1967 pág. 144

terminada, según sea el infractor.

- 4.- Importa más la prevención que la represión de los delitos, por lo tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas.
- 5.- El sistema penitenciario tiene por objeto la reeducación de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles, ya que la pena es defensa y reeducación.

1.5. La Terza Scuola o Positivismo Crítico.

Esta doctrina es sostenida por dos penalistas italianos: Alimena y Carnevale..

Aceptando algunos principios de las escuelas positivistas y clásica, formando sus teorías, que pueden enunciar como "eclécticas", al adoptar ideas de unos y otros.

Niega desde luego la existencia de un tipo antropológico de criminal nato, la responsabilidad legal y la absorción del derecho penal por la sociología criminal. Admite que el delincuente no goza de su libre albedrío. Proponiendo la investigación científica del delito y sus causas. Acepta también la responsabilidad moral del delincuente y por lo tanto su imputabilidad, pero sin considerar al delincuente libre para obrar. La aptitud para percibir la coacción psicológica es la que determina su imputabilidad, esto es, lo que llaman "dirigibilidad" de la voluntad.

Reconoce para la pena el fin de defensa social, aún cuando puede aspirarse a la readaptación del delincuente.

La Terza Scuola presenta los siguientes caracteres:

- a) Afirmación de la personalidad del derecho penal contra el criterio-

de la dependencia que afirmaba Ferri.

- b) Exclusión del tipo criminal.
- c) Reforma social como deber del Estado.

1.6. Carranca y Rivas, Castellanos Tena, Cuello Calón, Jiménez de Asúa y Sebastián Soler.

En este punto, haremos alusión al pensamiento de algunos tratadistas penales, en cuanto al sentir del fin, y caracteres de la pena. El hecho es importante, ya que es necesario saber el pensamiento moderno de los penalistas mencionadas líneas arriba. Por otro lado es necesario determinar el fin general de la pena y sus caracteres, esto lo lograremos con el raciocinio de cada uno de ellos, y en conclusión sabremos si ha habido un cambio en esos dos aspectos, respecto de aquella época a la presente.

Carranca y Trujillo

Dice el presente autor:

En el derecho moderno, la pena es todavía un mal inflingido legalmente al delincuente como consecuencia del delito y del proceso correspondiente; " es un mal que se le inflinge (juez) al delincuente a causa de su delito. Como consecuencia de la reprobación social del hecho y al actor. Ya no atiende a la moralidad del acto sino a la peligrosidad social, pudiendo ser o no un mal para el sujeto y teniendo como fin la defensa social" (8).

Agrega:

Junto a la pena se perfilan parejamente las medidas de seguridad pues-

8.- Carranca y Trujillo, Ob. Cit. pág. 686

en la actualidad las penas están en decadencia: por esto éstas últimas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social. Propone la elaboración de dos códigos distintos, pero relacionados el uno del otro: "el código represivo o sancionador y el código asegurativo o preventivo" (9), aplicables respectivamente a los delitos y a los estados peligrosos, en éste último quedarían comprendidas en las medidas de seguridad.

Castellanos Tena

Expresa:

El fin último de la pena es la de salvaguardar a la sociedad, y para que sea eficaz, debe tener las siguientes características.

Intimidatoria.- "Evitar la delincuencia, porque en caso necesario se aplicará.

Ejemplar.- Que sirva de ejemplo a la colectividad, para advertir la efectividad de la amenaza estatal.

Correctiva.- Para enmendar al delincuente, utilizando medios curativos y educacionales, para evitar la reincidencia.

Eliminatoria.- Temporal o definitiva.

Justa.- Apegarse a derecho, de lo contrario, los valores del derecho no se llevarían a cabo" (10).

Por lo que se refiere a los caracteres de la pena, el autor en cuestión, cita a Ignacio Villalobos, él que expresa, respecto de éste punto, seña

9.- Carranca y Trujillo, Ob. Cit. pág. 686

10.- Castellanos Tena, Ob. Cit. pág. 307

lendo los siguientes:

"Aflictiva, legal, cierta, pública, educativa, humana, equivalente, suficiente, remisible, reparable, personal, variada y elástica" (11).

Cuello Calón.

Deduca:

La finalidad de la pena, es la obtención de un relevante fin práctico, - así también; es la prevención de la delincuencia, ésta queda, encomendada a las medidas de seguridad. Cumple su finalidad preventiva actuando sobre el delincuente y también sobre la colectividad. Inspira en el delincuente motivos por que temor a la pena, le aparten a la perpetración de nuevos delitos (intimidación). Y posiblemente tiende "a su enmienda y reincorporación a la sociedad, de lo contrario, la pena, por razón de peligro que representa, deberá separarlo de la comunidad social" (12).

Por otra parte, los caracteres de la pena, según este autor se encuentran en la definición de ésta. Conceptúa a la pena en los siguientes términos:

Pena.- "Es la privación o restricción de bienes jurídicos im- puesta conforme a la Ley, por los organos jurisdiccionales competentes; al culpable de una infracción penal" (13).

Por último expresa, que la privación o restricción al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia (vida, libertad, propiedad, etc.), causa en el culpable el sufrimiento característico de la misma. Toda pena- cualquiera que sea su fin, siempre es un mal, es causa de aflicción pa- ra el que la sufre.

11.- Castellanos Tena, Ob. Cit. pág. 307.

12.- Cuello Calón, La Moderna Penología, Editorial Bosh, Barcelona - 1974, pág. 19

13.- Idem. pág. 16.

Jiménez de Asúa.

Para este autor, el ideal penal sería la creación de un derecho que reprimiera la responsabilidad antes de la comisión del delito, lo que equivale a un derecho "antedelictum" o código preventivo", como purificación del actual derecho "post Delictum" o Derecho Represivo", códigos que complementándose formarían el derecho penal ideal del porvenir.

Agrega:

El fin de la pena es cesar la peligrosidad del delincuente para la sociedad por medio de una tutela que le enmienda, le corrija, le transforme en fin, un ser útil socialmente. Ya que el fin primordial es "corregir previniendo" (14).

Sebastián Soler:

Este autor manifiesta, no hay que confundir lo que la pena es con lo que la pena quiere. El ser de la pena constituirá el medio del cual el fin de la pena se sirve. Sobre esta distinción, la pena en sus momentos (el de la amenaza y el de la aplicación), "ella es un mal cuyo fin es evitar el delito. Este fin de la pena es el fin inmediato, envuelve a todos los que suelen señalarse, como: Restablecer la tranquilidad social, impedir venganzas, intimidar, corregir, etc., ya que la pena no trata de evitar un delito determinado, sino de evitarlos en general" (15)

Añade:

En el aspecto preventivo se distinguen dos funciones: "la prevención ge

14.- Jiménez de Asúa; La Sentencia Indeterminada, Editorial Reus, Madrid 1913, págs. 5 y 6

15.- Sebastián Soler, Ob. Cit. pág. 350.

neral y la especial. Esta distinción no corresponde a los dos momentos de la pena, el de la amenaza y el de la aplicación, se refiere únicamente a los destinatarios del efecto preventivo". (16) Por este lado, es característico que la aplicación de la pena no solamente tiene el fin de prevenir los delitos futuros del condenado, sino que previene otros (venganzas), constituye una reafirmación del poder de la pena, válida para todos como advertencia.

Para Soler, los caracteres de la pena son: "La pena como retribución, la pena siempre presenta el carácter de retribución", (17) de amenaza de un mal, que se hará efectiva mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado contra el autor de un delito.

"La pena como disminución de un bien jurídico", (18) la pena es un mal, porque es la disminución de un bien jurídico, para castigar, el derecho quite lo que estima valioso (la libertad). No todo lo que la fuerza puede hacer el derecho. Ninguna pena puede importar una pérdida total de la personalidad del individuo, ni siquiera privar de lo que son situaciones de la persona, y no bienes jurídicos (la calidad de padre, de hijo, de esposa, etc.).

"El carácter de mínima suficiencia", (19) la elección de una pena debe representar el máximo de eficiencia con el mínimo de lesión, principio este de la mayor importancia, por cuanto de él se derivan instituciones y características del Derecho Penal Moderno.

16.- Sebastián Soler, Ob. Cit. pág. 351.

17.- Idem. págs. 343 y 344.

18.- Idem. pág. 348.

19.- Idem. pág. 350.

1.7. Observaciones:

Las ideas hasta aquí expuestas nos pueden dar una idea de la variedad de opiniones propuestas por los autores para fijar cual es el fin de la pena. Así encontraremos a unos señalando como fin preponderante la prevención de los delitos, otros la intimidación tanto especial como general, la corrección del delincuente, el restablecimiento del orden social, la reafirmación del derecho, la defensa social etc., enseguida se abordan los criterios y sabremos cual es el correcto, para lo cual:

Tretaremos de precisarlo.

Soler en su tratado de derecho penal, al definir la pena propone como fin de ella el evitar los delitos asimilándose con Bentham y todos aquellos que proponen la idea de prevención. Acaso se afirma que científicamente este es el fin de la pena, evitar el delito que se ha cometido, absurda sería esta posición que él mismo rechaza, luego debemos pensar que se refiere a una prevención general, esto es, dirigida a todos los miembros de la comunidad, y entonces tenemos necesariamente que pensar en la pena como un medio intimidante y ejemplar, "válida a todos como advertencia"⁽²⁰⁾ Pero a nuestro juicio esto nos aparta de un concepto científico, pues a pocos intimidará la pena y esto no nos llevará a la idea de que efectivamente la pena atemoriza, pero que esta sensación subjetiva pudiera tomarse como fin, consideramos necesario que obsesionara en tal forma que sólo viniera a la imaginación la-

20.- Sebastián Soler, Ob. Cit. pág. 410.

idea del castigo; sólo entonces se lograría este efecto. Pero por desgracia esto no sucede, y lo que es más, tal vez esta sea la última consideración que tomemos en cuenta antes de cometer el delito; es evidente que lo último que acude a la inteligencia es la meditación del castigo; se anteponen las reacciones, los impulsos, que en un momento dado nos coaccionan de tal modo que desenfrenamos nuestras pasiones.

Refiriéndose a la prevención especial de la cual nos habla este autor, asegura que puede impedirse de este modo la comisión de nuevos delitos por el condenado; pero llevando al extremo el argumento llegaríamos a la conclusión de que el modo más eficiente de conseguir este fin sería eliminando a todos aquellos que han delinquido, posición esta que tenemos que rechazar.

Cathrein, partiendo de la idea de que el fin de la pena es la reparación del orden jurídico se asimila a su vez a todos aquellos que ven en el derecho un tabú intocable y perfecto. La esencia del orden jurídico es la regla de conducta que se vive en la sociedad, es así como; en una comunidad es donde el derecho no corresponde a la realidad jurídica de un pueblo, a nadie le importa que ese orden jurídico no sea observado. Luego, lo que marca su importancia, no es la violación del orden jurídico, sino la violación de lo que el debe representar. Hay intereses contenidos dentro de la expresión "Orden Jurídico" de muy superior rango, los cuales debemos mencionar y precisar, puesto que este sólo contiene las fórmulas que deben observarse para lograr la consecución del bien público. Luego no debemos detenernos en la consideración de que el fin es la reparación del orden jurídico, si no en todo caso la reparación de la perturbación que socialmente ha provocado el deli-

to.

A nosotros nos parece más importante no confundir la finalidad de la Ley penal con la de la pena. La primera si tiene como fin el evitar -- los delitos, lograr el bien público, la defensa social, etc., supuesto que marca, que define a la voluntad cual es la actividad que debe evitar; es ahí en donde se está previniendo el delito, al prescribirse de terminada conducta, al advertirle a la voluntad que lo que va hacer es una transgresión del derecho y que va a salirse de los límites de lo ilícito. La Ley Penal se establece con miras a señalar lo que daña la actividad, el ejercicio de la libertad necesaria al hombre para la realización de sus fines, lo que daña sus bienes, pero no es así la pena que ya no puede evitar que estos daños se realicen, supuesto que el delito ya se cometió y la pena es precisamente la consecuencia de esa -- violación.

Quede entonces por resolver cual será entonces el fin que la sociedad persigue al aplicar la pena. Nosotros consideramos que sólo puede fundarse en la corrección del delincuente, puesto que entre los fines -- asignados aparece como el más notable, elevado y científico.

Soler esboza la finalidad apuntada, al decir que en aspecto ejecutivo, la pena debe estar profundamente basada en el conocimiento de la realidad psicológica y social, plena de sentido humano y moralizador. Tan importante es esta exigencia, que ha podido incluso aparecer como borrando de la pena los demás caracteres señalados. Así procede el correccionalismo, el cual, según se ve no puede ser una teoría de la pena, aún cuando puede valer como teoría de la ejecución penal.

En otro párrafo se expresa finalmente la idea fundamental que nos ocu-

pa, al decir que: "La comisión del delito demuestra además, que en el transgresor, los medios generalmente válidos de evitación no ha sido suficientes (con lo que destruye su propio argumento de prevención general) es evidente que el Estado debe tomar en consideración especial las características particulares del sujeto al cual aplica, luchando contra las causas de la delincuencia en donde en concreto se han revelado"⁽²¹⁾.

Además, no tenemos por que excluir los demás fines asignados a la pena y tomar una posición radical; pueden aprovecharse todos ellos, pero -- considerando siempre que la pena debe tener como fin primordial la búsqueda de las causas que han provocado en el delincuente la comisión -- del delito, el cual sólo es uno de los efectos que resultan de la voluntad viciada por diversas circunstancias, mismas que variarán en cada caso particular, en cada delincuente.

No es posible desconocer esta fundamental consideración que nos lleva al punto crucial de nuestro estudio: es difícil suponer que a dos individuos cometen un delito idéntico y las causas sean las mismas en la comisión del ilícito, no hay ley alguna que gobierne los actos volitivos del hombre que reclama en justicia en darles el mismo castigo, ninguna respuesta nos dará una solución satisfactoria, pues el simple análisis de las reacciones que percibimos en cada uno de nuestros actos nos llevan a la convicción de que cada sujeto reacciona en distinta forma ante los mismos estímulos; es difícil fijar de antemano la duración y calidad de un tratamiento que debe variar según la individuali-

dad de cada delincuente ya que es absurdo sacrificar estos valores en-
aras de una tradición de falsas conquistas y progreso para la libertad
y dignidad humana.

CAPITULO II

CONSIDERACIONES SOBRE LA

PENA INDETERMINADA.

CONSIDERACIONES SOBRE LA PENA IDETERMINADA

2.1. Concepto Indeterminista.

Justificándose la pena precisamente por tender a la corrección del delincuente cuando esto sea posible, o bien, si quisiéramos afirmar apripiadamente que hay delincuentes incorregibles y por lo tanto, en -- ellos no será posible alcanzar su enmienda, debemos buscar medios para lograrlo, o para asegurar todos aquellos que por su temibilidad representen un peligro para la comunidad.

Entonces la pena procura en su transcurso, realizar por los medios adecuados la readaptación y corrección del delincuente, ya que a pesar de que se trata de un transgresor de la ley penal, puede transformarse por medio de un tratamiento idóneo en un ser apto para la vida social y en un miembro útil, que con el resto de la comunidad, colabore a la obtención de los fines comunes.

Más esta corrección además de requerir el empleo de un tratamiento especial, no se puede establecer como cierta en un lapso determinado, puesto que es imposible saber de antemano en que momento se alcanzará, ya que este momento variará en cada caso particular por la intervención de diversas circunstancias que son mutables, como mutables son los elementos que integran la personalidad de cada individuo. Obvio es que no todos necesitarán ni la misma cantidad ni la misma calidad de tratamiento para lograr la adaptación de su conducta y de su voluntad a fines lícitos, , es por eso difícil determinar que al que ha cometido un delito le corresponda tal cantidad de pena, tomando en consideración la igualdad objetiva que el crimen presenta con una regla abstracta establecida por la Ley.

Es imposible que quien confecciona una Ley se percate de las circunstancias que rodean a cada delincuente, al cual ni siquiera imagina.--- Por ello se ha estimado necesario, y cada día con más fuerza, dar al juez la mayor libertad de apreciación del sujeto que delinque y de todo aquello que aporte alguna idea sobre su personalidad sólo él podrá formarse una idea aproximada de las causas que determinaron el crimen, de las circunstancias que lo rodearon y de la mayor o menor responsabilidad que el reo ofrezca. Pero esta observación requiere que se realice científicamente, procurando analizar la íntegra individualidad del reo, lo que le permitirá precisar el criterio objetivo que del mismo se haya formado.

Pero la determinación de los efectos que la pena producirá sobre el delincuente constituirá un misterio en el momento en que nos encontramos frente al procesado, que ni aún el juez podrá desentrañar, por lo que nosotros consideramos absurdo el que se fije la cantidad y la calidad de esa pena, supuesto que esta debe prolongarse por todo el tiempo que sea necesario, hasta lograr la readaptación del delincuente.

Por otro lado, la justicia reclama para aquel que sufre las consecuencias de su desviación moral, que en cuanto esta desviación haya vuelto a la normalidad, y además se encuentra fortalecida lo suficientemente para evitar una nueva recaída, que se suspenda la ejecución del tratamiento al que se le ha sujetado. Pero también en este caso es imposible saber cuando se ha operado este cambio, el cual sólo puede ser fijado cuando se observe esta transformación, que probablemente se realizará en un momento posterior al de la declaración que hace el Juez -

de encontrarnos frente a un sujeto al cual debe aplicarse una pena y para otorgar la libertad, es evidente que se necesita que el delincuente no constituya más un peligro social, que esté regenerado, pues en caso contrario volveré a incurrir en faltas, que si bien le han provocado un sufrimiento moral, nos han negado a la causa productora del delito, en donde el mal sigue operando sus devastadoras consecuencias.

Una vez hecho el comentario anterior, es importante saber como Jiménez de Asúa y González de la Vega, definen cada uno de ellos a la Pena Indeterminada. Para el primero, atendiendo a la naturaleza misma de la sanción indeterminada, da un concepto y una definición de la misma, ya que hace un estudio completo sobre el tipo de pena antes referida. El segundo da una definición objetiva sobre el punto tratado, su opinión es interesante, debido a que en México sólo se aplica a determinadas personas (sordomudos, locos, idiotas, etc.), las cuales presentan determinadas características, y, por este hecho, no se les considera responsables penalmente, por no tener la capacidad de poder discernir entre lo bueno y lo malo, por lo tanto, se harán acreedoras a una medida de seguridad en lugares especiales que se han creado para este tipo de personas.

Por lo que respecta a nosotros, definiremos a la pena indeterminada más adelante, cuando tengamos una idea más completa de ésta, para ser más realistas y objetivos.

Jiménez de Asúa conceptúa a la Pena Indeterminada en los siguientes términos:

"Es el sistema por el cual se somete a una persona al régimen penal - -

exactamente como se encuentra en los libros de la biblioteca de la Universidad de Columbia.

algunos de los documentos de la biblioteca.

Y la misma es la siguiente: "El libro en cuestión del cual se trata en el presente es el libro de la biblioteca de la Universidad de Columbia, que se encuentra en el departamento de la biblioteca de la Universidad de Columbia."

En consecuencia, el libro en cuestión es el libro de la biblioteca de la Universidad de Columbia, que se encuentra en el departamento de la biblioteca de la Universidad de Columbia.

En consecuencia, el libro en cuestión es el libro de la biblioteca de la Universidad de Columbia, que se encuentra en el departamento de la biblioteca de la Universidad de Columbia.

3.3. El Estado y la Iglesia

Correspondiendo al Estado la responsabilidad de la Iglesia, que es una institución que se encuentra en el territorio de la Iglesia, que es una institución que se encuentra en el territorio de la Iglesia.

En consecuencia, el libro en cuestión es el libro de la biblioteca de la Universidad de Columbia, que se encuentra en el departamento de la biblioteca de la Universidad de Columbia.

En consecuencia, el libro en cuestión es el libro de la biblioteca de la Universidad de Columbia, que se encuentra en el departamento de la biblioteca de la Universidad de Columbia.

en libertad a su sujeto que seguirá constituyendo un peligro social. La razón que se tuvo para aislarlo continuará operando y por consiguiente obligando al Estado a proteger a sus miembros sanos de esta amenaza. -- Por el contrario, cuando el delincuente se encuentra en aptitud de no perjudicar más al grupo deberá serle concedida su libertad, justificándose en esta forma la penalidad por el criterio más noble y científico-imaginado. De esta manera estará muy firmemente fundado el poder punitivo del Estado; no es ya la venganza la que otorga este poder, ni la intimidación, ni tantos otros fundamentos invocados; es la necesidad de protección y defensa de sus miembros que gozan de buena reputación por un lado, y la educación y adaptación de los desviados por otro. La defensa y protección serán aceptables plenamente mientras el peligro no desaparezca, pero una vez anulado este, la pena deberá cesar puesto que ya no es necesaria.

Es así como se transforma, no ya en un deseo o en un propósito, el que las penas tiendan a regenerar a los miembros caídos, sino en un derecho del delincuente y en un correlativo deber del Estado. Este debe procurar la adopción de medios que lleven al tratamiento correccional y educativo del culpable, los cuales serán tan variados, indeterminados para precisar la idea, y rectificables, cuantos sean necesarios para dar a cada condenado la suficiente tutela que produzca los resultados apetecidos.

El Estado tendrá, con este sistema, una garantía de que el delincuente más temible, el reincidente, que ya ha adquirido experiencia en el vicio, quedará bajo su vigilancia en tanto esta sea necesaria de esta manera -

comentarios tan acertados como el de Aschaffenburg, cuando afirma refiriéndose a este tipo de delincuentes, "a un hombre peligroso para la sociedad, se le deja libre con permiso del Estado". Y este es el caso tan frecuente que presenciamos en los sistemas de pena prefijada..

Concluimos pues diciendo que la regeneración del delincuente es un dato cuya consideración es imprescindible para el Estado y del cual dependerá la duración de la pena, repitiendo aquí la idea expresada con anterioridad de que siendo imposible la determinación del momento en que la regeneración puede operarse, es indudable que el Estado mismo le interese que la pena no lleve un límite prefijado.

2.3. Ideas de la Pena Indeterminada.

La idea de crear penas de duración y calidad indeterminadas, surge así del análisis y observación de las distintas causas que provocan la comisión de los delitos, y la insuficiencia de las penas predeterminadas para reprimirlos.

En Cincinnati, durante el Congreso Penitenciario celebrado en esa ciudad, se afirmó con toda propiedad que "establecen una medida fija para cada delito es tanto como si un médico prescribiese un tratamiento a un enfermo, imponiéndole el día que había de salir del hospital, estuviese o no curado" (4). Hoy en día, el camino seguido por las legislaciones penales nos aparta de la rigidez e inflexibilidad de las legislaciones -- que prevalecían en la época en que fue elaborada la expresión (1870), -- los progresos a que ha llegado el arbitrio judicial, al cual ya no se le fija la aplicación de un número exacto de años para cada pena, ni la consideración exclusiva de circunstancias agravantes y atenuantes basa-

das en la métrica penal, y sin embargo, aún es aplicable el contenido de esa expresión, pues todavía se le exige al juez que al momento de pronunciar la sentencia, establezca la duración de la condena a que se ha hecho acreedor el culpable, destruyendo así todas las conquistas y ventajas que el sistema indeterminista aporta. Esto viene a demostrar--nos que la idea indeterminista poco a poco se ha venido abriendo paso y que las legislaciones tímidamente van admitiendo la necesidad de tratar individualmente a cada reo. Poco a poco va viéndose la necesidad de que el criminal sea sometido al tratamiento que sea más acorde con las características especiales que presente en cuanto a los motivos, educación, principios morales, etc., que tuvo antes de cometer el delito y las causas a que este puede atribuirse, haciendo un completo exámen psicológico de la vida del delincuente, antecedentes y todo aquello que sirva para aportar alguna idea sobre su personalidad.

Además, tomando la enmienda como condición sin la cual el condenado no podrá gozar de su libertad, los esfuerzos que se realicen para lograr su adaptación, se verán complementados con los que el reo realiza para alcanzar este efecto, ya que esta será la única forma en que pueda lograr su liberación.

Es sumamente interesante el punto de vista que nos ofrece el sistema de penas indeterminadas referentes a la protección que se otorga a la sociedad por medio de reclusiones, que mientras no constaten la más absoluta ausencia de temibilidad del reo, no podrán cesar en sus esfuerzos de regeneración, prolongando la pena y modificando el tratamiento según lo requiera el delincuente, el cual, si la corrección del individuo lejos de haberse logrado, lo han hundido más en el vicio, por un falso --

respeto a la libertad individual tendrá que liberar a aquel que constituye un peligro y una amenaza a la paz social, tal como es el sistema de penas prefijadas, entonces que valor tendrá para el delincuente su reforma si operada o no volverá a la libertad, la cual por un absoluto escrúpulo les está garantizada.

Hecho el análisis anterior, haremos mención de las opiniones vertidas por algunos tratadistas en materia penal, sobre la idea de la pena indeterminada, señalando cada uno de ellos los beneficios que podrá tener con la implementación de este sistema.

Para Carrancá y Trujillo, la pena indeterminada todavía no está admitida en las legislaciones más que en cuanto a la duración de la prisión, pero no en cuanto al cambio de naturaleza de la pena misma, sólo se le considera indiscutible "tratándose de medidas de seguridad, pues el tratamiento ha de ceñirse de manera absoluta al caso particular que contemple".(5) Asegura que las penas no pueden señalarse de un modo fijo e invariable, por el contrario, deben modificarse aumentándolas o disminuyéndolas en armonía con los progresos o decadencias del reo a quien se trata de reformar.

Concluye señalando "que todas las penas, mientras su naturaleza lo permita, deben ser indeterminadas y la indeterminación no debe reservarse tan sólo para ciertas categorías de delincuentes, sino debe aplicarse a todos sin distinción ya que la pena indeterminada permite la plena individualización administrativas"(6).

5.- Carrancá y Trujillo, Raúl, Derecho Penal Mexicano, Parte General, Editorial Porrúa, México 1982, pág. 766.

6.- Ibidem.

Para Cuello Calón, "A la Pena Indeterminada se asignó como fin a la -- reincorporación del delincuente a la vida en sociedad, o su separación de ella. A esta última finalidad aspirarán las primeras leyes que establecieron penas o medidas de duración indefinidas".(7)

Franco Sodi, establece que las "escuelas modernas no aceptan que la pena se encuentra predeterminada, ni que guarde proporción con el delito -- únicamente, sino por el contrario, afirma que la pena debe ser indeterminada y adaptada a la persona del delincuente. Este señalamiento, se basa en la consideración de que si la pena es un medio utilizado por la sociedad para defenderse de los delincuentes, debe individualizarse para ser eficaz".(8)

Para Jiménez de Asúa, la idea de la pena indeterminada, se encuentra -- justificada dentro de la "...Teoría de la defensa. No sólo como medida de aseguramiento, sino como el único criterio justo de penalidad".(9) -- Considera, que la defensa que el Estado pretende realizar, será legítima si encuadra dentro de un requisito esencial de justicia.

Afirma, que el aseguramiento deberá cesar cuando el peligro ya no exista; pero en cambio, deberá prolongarse mientras áquel se halle subsistente, y no habrá duda que cesará respecto del individuo que se halle -- civilmente corregido.

En conclusión advierte: "que la enmienda será la única indicación de la

7.- Cuello Calón; La Moderna Penología, Editorial Bosh, Barcelona 1974, pág. 64.

8.- Franco Sodi; Nociones de Derecho Penal, Parte General, México 1940, pág. 112.

9.- Jiménez de Asúa, Ob. Cit. pág. 69.

cual dependerá la duración de la pena".(10)

Castellanos Tena, señala, que en relación con las penas privativas de la libertad, se ha intentado establecer su duración indeterminada, lo cual en nuestro derecho es inadmisibile en función de las disposiciones de la Carta Magna, "solo es dable al ejecutor de las sanciones prolongar o -- disminuir la pena base fijada por el juez, dentro de los límites marcados en la propia sentencia y de acuerdo con la ley".(11)

Finaliza su exposición expresando; "...que los jueces, en acatamiento - del orden represivo, que la pena privativa de libertad se impone en calidad de retención hasta por una mitad más del término de su duración, - y en consecuencia la libertad preparatoria procede ya que se ha cumplido una parte de la condena".(12)

Una profunda meditación de estos problemas haría de todos los interesados en su solución científica, los más fervientes partidarios de la pena indeterminada, de la cual, sin pretender dar una definición precisa podríamos decir que la Pena Indeterminada:

"Es el sistema por el cual el delincuente es sometido a un régimen penal cuya duración y calidad se prolonga y adecúa según la individualidad del reo, hasta lograr su regeneración".

2.4. Naturaleza y Clase de la Pena Indeterminada (artículos 67 y 68 -- del Código Penal para el Distrito Federal).

Hemos establecido la imposibilidad de fijar la cantidad de la pena, así

10.- Jiménez de Asúa, Ob. Cit. pág. 69.

11.- Castellanos Tena; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Editorial Porrúa, S.A., México 1981, pág. 311.

12.- Ibidem.

como su calidad, encontrar el significado de ésta, desde luego, podemos afirmar que son aquellas propiedades que la pena necesitará para lograr el fin que hemos asignado: La corrección y adaptación del delincuente - para vivir en sociedad. Estas propiedades deberán ser tan variadas como variadas sean las características que cada delincuente vaya presentando y las cuales deben dirigirse, para combatir las deficiencias que el reo presenta en todos sus aspectos: moral, psicológico, religioso, etc., -- así como para aprovechar sus cualidades, encauzándolas todas ellas a su regeneración.

La clase de pena que debe ser aplicada ha de evitar por consiguiente el establecer un sistema general de represión para todos los delincuentes - en el cual se tome como base la clase de delito pues esta promiscuidad - podría dar lugar a un contagio moral que tan frecuentemente se presenta en nuestras prisiones.

Sin embargo, los medios penales podrán clasificarse para un determinado número de reos cuya falta presente similitudes tales que no ofrezcan -- ningún peligro, teniéndose siempre la posibilidad de cambiar el sistema de aquellos en quienes no se observe ningún progreso.

Varios autores (Willert, Ferri, Saleillès, etc.), encuentran cierta semejanza entre el tratamiento que debe darse a los delincuentes y el que los médicos emplean con sus pacientes basados en esta consideración - - práctica afirman que así como es imposible señalarle al médico un molde general al cual someta a todos sus enfermos, del mismo modo, no debe señalarse un patrón general para la regeneración de todos los delincuentes. Defienden sus ideas argumentando lo absurdo que parecería que un médico diera la misma medicina a todos sus pacientes, cualquiera que --

fuera la enfermedad que estos padecieran, V.gr. A un colérico, a un tífico, a un leproso, (cuantos de ellos, si no es que todos, estarían condenados a morir) del mismo modo, observan la imposibilidad de aplicar a todos los reos la misma pena; es preciso fijar qué síntomas especiales se observen en cada caso y combatirlos con las medidas adecuadas a cada uno de ellos. Por eso deben ser tan variados los sistemas, tan rectificables, cuantos sean necesarios para la obtención de resultados en los cuales obsequen la mejoría que su aplicación produce. Nada importa que sea preciso ensayar un sinnúmero de ellos. Pues la finalidad que guía esta selección es por demás elevada: hacer del delincuente un hombre útil socialmente y que a la vez sea un ejemplo y una esperanza para todos aquellos que, como él, cayeron en los vicios que provocaron su condena.

Coussin, al referirse al concepto tradicional de justicia elaborada por Justiniano, "constante y perpetua voluntad de dar a cada uno lo que es suyo", y después de afirmar que si el principio de que se ha de hacer justicia por igual, concluye diciendo que "la verdadera igualdad consiste en tratar desigualmente a los seres desiguales".(13)

Por último, señalaremos que en México, el Código Penal, para el Distrito Federal, establece la PENA INDETERMINADA en sus numerales 67 y 68. En dichos artículos se sanciona con una medida de seguridad, debido a que la reclusión se impone a sordomudos y enfermos mentales.

El artículo 67 de Código Penal para el Distrito Federal, antes de la reforma, establecía:

" A los sordomudos que contravengan los preceptos de una ley penal, se -

13.- Coussin citado por Jiménez de Asúa, Ob. cit. pág. 69.

les recluiré en escuelas o establecimientos especial para sordomudos, POR TODO EL TIEMPO QUE SEA NECESARIO PARA SU EDUCACION O INSTRUCCION" En este caso, el Código Penal no considera a los sordomudos, cuya conducta cause un resultado típico penal, penalmente responsables, pero sí los considera socialmente responsables, por su peligrosidad, debido a su insuficiencia de poder discernir por falta de desarrollo mental normal y en consecuencia, los hace objeto de la correspondiente medida de seguridad.

El problema que surge en el precepto citado, es el relativo de que, el artículo en cuestión no hace distinción alguna entre sordomudos de nacimiento o con posterioridad a éste. Al respecto Raúl Carrancá y Trujillo y Raúl Carrancá y Rivas señalan:

"El artículo 67 de ocasión a la sentencia indeterminada, no hay distinción entre sordomudos de nacimiento o con posterioridad a éste, ni entre educados o instruidos e ineducados o carentes de instrucción. Lo mismo es para la ley el sordomudo por nacimiento que el que, rebasa su mayor edad, sufre de sordomudez por efecto de un accidente.... la reclu sión "Por todo el tiempo necesario para su curación o instrucción" no le sería aprovechable a esos afectos, resulta que podría ser vitalicia si la sordomudez es incurable y si no se está en el caso del artículo 69 del Código Penal, o podrá no serle impuesta medida alguna si fuese curable al mismo tiempo que en persona instruida". (14)

Agregan dichos autores, que las medidas de seguridad que establece el -

14.- Raúl Carrancá y Rivas, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, - - México Raúl Carrancá y Trujillo, 1983 pág. 184

generalizada, que en el anterior artículo, que señalaba exclusivamente a sordomudos, ya sea por nacimiento o con posterioridad a éste.

El nuevo precepto, su párrafo primero, establece la facultad que tiene el juez de poder determinar el tratamiento aplicable al reo, ya sea en internamiento o bien en libertad, la potestad que le es conferida al -- juzgador, sin que éste tenga los conocimientos necesarios para aplicar un tratamiento adecuado al inimputable que ha transgredido la Ley y que se le ha puesto a su consideración. Es importante saber con que elementos se auxilia el juez para aplicar un tratamiento; si bien es cierto - que la mayoría de los juzgadores tienen experiencia en el tratamiento - de reos normales, no sucede lo mismo con los inimputables, ya que éstos requieren de exámenes psicológicos y médicos para poder evaluar su personalidad y así diagnosticar un tratamiento adecuado al individuo, es - por eso, que el artículo en cuestión, únicamente debió limitarlo en el plano jurídico al juzgador y no darle poder para diagnosticar un trata- miento a un inimputable, cuyo dictamen quedaría en manos de los psicó- logos y médicos para poder evaluar su personalidad y así diagnosticar - un tratamiento adecuado al individuo, es por eso, que el artículo en -- cuestión únicamente debió limitarlo en el plano jurídico al juzgador, - y el dictamen quedaría en manos de los psicólogos y médicos, que deben ser auxiliares del Juzgador.

En el párrafo segundo, habla de un internamiento para los inimputables, ya sea en escuelas o establecimientos especiales para llevar a cabo el tratamiento correspondiente, ya que es importante separar a los reos -- normales de los inimputables, por causas de seguridad.

En conclusión, el artículo 67 del Código Penal, para el Distrito Federal, reformado, utiliza un nombre más apropiado para todos aquellos que en una forma u otra estén impedidos física o mentalmente de sus facultades, al nombrarlos inimputables y no hace distinción alguna, como lo hacía el precepto derogado, que habla de sordomudos, y en el artículo 68 del mismo ordenamiento, se señalaba a los locos, idiotas, imbéciles, etc.

Por otra parte, el artículo 68 del Código Penal, establece:

ARTICULO 68.- "Los locos, idiotas, imbéciles o los que sufren cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental, y que hayan ejecutado hechos o incurrido en omisiones definidos como delito, serán reclusos en manicomios o en departamentos especiales, POR TODO EL TIEMPO NECESARIO PARA SU DURACION y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo.

En igual forma procederá el juez con los procesados o condenados que enloquezcan, en los términos que determine el Código de Procedimientos Penales".

La legislación actual con respecto a los delincuentes que se encuentren en cualquier hipótesis de las que establece el párrafo primero, del artículo anterior, por necesidad utilitaria de defensa, ha seguido el criterio de responsabilidad social de los mismos, por los hechos delictivos que ejecutan.

El trastorno mental de carácter patológico y transitorio, que origina un estado de inconciencia, es causa de inimputabilidad y por tanto, excluye la responsabilidad penal, con base en el artículo 15 fracción II-

del Código Penal, la debilidad, la enfermedad, y la anomalía mental no son sino aquellas circunstancias en que el sujeto realiza conductas que causan un resultado típico previsto por una Ley penal, dan como resultado la exigencia de su responsabilidad social y por lo tanto a la aplicación de la medida de seguridad correspondiente.

El artículo 15 fracción II del Código Penal señalaba antes de su reforma:

ARTÍCULO 15.- Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal:

II.- "Hallarse el acusado, al cometer la infracción, en un estado de inconciencia de sus actos, determinado por el empleo accidental e involuntario de sustancias tóxicas, embriagantes o estupefacientes, o por un estado tóxico-infeccioso agudo, o por un trastorno mental involuntario de carácter patológico y transitorio".

El anterior artículo, fué reformado, según reforma publicada en el Diario Oficial, de Enero 13, 1984.

El artículo 15 del Código Penal vigente dispone: Son circunstancias excluyentes de responsabilidad penal.

II.- "Padecer el inculgado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho o conducirse de acuerdo con esa comprensión excepto en los casos que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad internacional o imprudencialmente".

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no establece una reglamentación especial a que debe sujetarse el proceso contra enajenados mentales.

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece en sus numerales-

495 a 499, el procedimiento que debe sujetarse a los anajenados que han incurrido en un delito:

ARTICULO 495 del Código Federal de Procedimientos Penales Dispone:

"Tan pronto como se sospeche que el inculcado esté loco, idiota, embé--
cil o sufra cualquiera otra debilidad, enfermedad o anomalía mentales, -
el tribunal lo mandará examinar por peritos médico, sin perjuicio de --
continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fun-
dado, ordenara provisionalmente la reclusión del inculcado en manicomio
o en departamento especial".

Los exámenes médicos que se le practiquen al individuo, son importantes,
toda vez que servirán para determinar si está enajenado o no, para, en-
el primer caso, separarlo de los demás procesados y llevarlo a un esta-
blecimiento especial para ese tipo de personas.

El artículo 496 del Código Federal de Procedimientos Penales Dispone:

"Inmediatamente que se compruebe que el inculcado está en alguno de los
casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento or-
dinario y se abrirá el especial, en el que la Ley deja al recto crite--
rio y a la prudencia del Tribunal la forma de investigar la infracción-
penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculpa-
do, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el --
procedimiento que se emplee sea similar al judicial"

Una vez comprobada la inimputabilidad del sujeto, el procedimiento ordi-
nario terminará y se abrirá el especial, en el que se comprobará de ma-
nera fehaciente la intervención del inculcado en el delito que se le im-
puta.

El artículo 497 del Código Federal de Procedimientos Penales expresa: "si se comprueba la infracción a la ley penal y que en ella tuvo participación el inculpado, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste, del defensor y del representante legal, si los tuviere, el tribunal resolverá el caso ordenando la reclusión en los términos - de los artículos 24, inciso 3, 68 y 69 Código Penal. La resolución que se dicta será apelable en el efecto devolutivo."

El artículo 24, inciso 3, del Código Penal, señala las penas y medidas de seguridad.

En el inciso 3, expresa, la reclusión de locos, sordomudos, degenerados y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupe--
facientes o psicotrópicos.

Dicho artículo fue reformado habiendo quedado de la siguiente manera:

ARTICULO 24.- Las penas y medidas de seguridad:

3.-" Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quie
nes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o
psicotrópicos".

Por lo anterior, podemos concluir, que la reclusión INDETERMINADA es -
dictada como MEDIDA DE SEGURIDAD Y NO COMO PENA, basada en el criterio
de responsabilidad social, se reforzó por los artículos antes señalados,
ya que se debe juzgar en una forma especial a los inimputables y no co-
mo personas normales que tengan la capacidad de querer y entender.

Por otro lado, cuando un procesado enloquezca durante el proceso, el Juez deberá proceder de acuerdo a lo dispuesto en los artículos 498 y 499 - del Código Federal de Procedimientos Penales.

Artículo 498 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

"cuando en el curso del proceso el inculcado enloquezca, se suspenderá el procedimiento en los términos del artículo 468 fracción III, remitiéndose al loco al establecimiento adecuado para su tratamiento".

Asimismo el artículo 499 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone:

"La vigilancia del recluso estará a cargo de la autoridad administrativa Federal correspondiente".

El artículo 68 del Código Penal, fué reformado, según decreto publicado en el Diario Oficial, enero 13 de 1984.

El artículo en su nueva redacción determina:

"Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora; en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las nece-

sidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia característica del caso".

El artículo 68 del Código Penal, habla en forma general y no clasifica a cada uno de los enfermos ya sea mentales o físicos. El término "inimputable" comprende a todas aquellas personas que de una forma u otra es tén impedidos ya sea física o mentalmente de sus facultades: este término no abarca también a los sordomudos, que como en el caso del artículo 67, hablaba únicamente de ellos, ahora se establece como principio general, el que esté impedido física o mentalmente de sus facultades, para poder determinar la medida de seguridad y no una pena, en virtud de que los enajenados (física o mentalmente), son responsables socialmente y no penalmente, debido a que estos seres no tienen capacidad de querer y entender.

En síntesis, se necesitó del Código Federal de Procedimientos Penales - para establecer la secuela que se seguirá en el proceso para los enajenados, en virtud de que el Código de Procedimientos Penales, del orden común no establecía la manera adecuada para seguir el procedimiento que se les seguiría, ni estaba en condiciones de defenderse y en consecuencia se convertía en un procedimiento ficticio, ya que se juzgaba a un enfermo mental, que no podía darse cuenta de su realidad jurídica.

2.5. Variedades Propuestas

Como idea novedosa, la teoría indeterminista ha provocado entre los di

versos autores que la admiten, críticas y comentarios que han dado lugar a que se establezcan diversas modalidades dentro del sistema original.

i

La idea original la encontramos en aquellos autores que se proclaman partidarios de una indeterminación absoluta. Otros por el contrario, proponen límites máximos. Ambos a la vez, a la duración de la pena, y por último tenemos al grupo que forman los que no encajan en ninguna de las clasificaciones anteriores.

Unánimemente se considera a Brockway, "como iniciador de la indeterminación de la pena en América y como su más ardiente defensor en su concepción original", (17) esto es, sin establecer límites de ninguna especie a su aplicación. Se ha dicho que esta es una indeterminación absoluta, ya que sólo admite como posible límite la consecución de la enmienda del delincuente, por lo tanto, mientras ésta no se alcance la pena continuará operando durante el tiempo que sea preciso. La autoridad a la cual se le haya confiado la aplicación de la pena, será la única que pueda determinar cuando deben cesar sus efectos.

De acuerdo con los principios que hemos dejado asentados, esta idea es la que para nosotros nos ha parecido la más adecuada para la obtención de los fines asignados a la pena, puesto que si admitiéramos la fijación de límites máximos o mínimos, desvirtuaríamos los principios sobre los que descansa su fundamentación.

17.- Cuello Calón; Obra citada, pág. 56

En el informe presentado por el consejo reformativo de ELMIRA, en el cual se ha ensayado la aplicación de las penas indeterminadas, se expresan sus autores en términos manifiestos, en donde abogan por la implantación de la pena en su sentido absoluto, en todos los reformatorios, - ya que cuando a esta se le fijan límites, máximo sobre todo, provocan una negligencia en los delincuentes poco inclinados a la corrección, los cuales no realizan ningún esfuerzo por hacerse dignos de su libertad.

Como habíamos apuntado al principio de este subtítulo, hay autores que pretenden amortiguar los defectos de la pena indeterminada en su sentido absoluto, pretendiendo fijar límites a su aplicación. Aquí se distinguen tres subclasificaciones, pues unos piden la fijación de un límite mínimo, otros la de un máximo y un gran número de autores apoyan la fijación de ambos límites a la vez.

Al primer grupo lo forman aquellos autores que inexplicablemente reclaman el establecimiento de un límite mínimo: entre ellos contamos a Saliellies que dice: "mientras exista la idea de sanción, es absolutamente preciso la imposición al menos de un límite mínimo de encarcamiento" (18). Se debe descartar la idea de sanción como sinónimo de sufrimiento que se le impone al culpable, solo en esta forma admitiríamos que se necesita al menos una pequeña dosis de sufrimiento para aquel que ha violado la ley, y está renunciando a la idea de que la pena sólo debe aplicarse con miras a la enmienda del culpable; pero si éste es su -

18.- Jiménez de Asúa; Obra citada, pág. 81.

fin y al cabo del lapso más pequeño imaginable se ha conseguido la úni-
ca razón que podemos invocar para continuar aplicando la pena a aquel -
que se ha enmendado, es la de procurarle una aflicción de carácter inti-
midante.

Es posible que aquí repugne el que un individuo que ha cometido un cri-
men, queda absuelto al poco tiempo de haberlo realizado; pero es que pa-
ra nosotros enmienda significa que tenemos un índice de probabilidades
lo suficientemente importante para suponer que aquel individuo no volve-
rá a delinquir, que está curado, si vale la expresión, como el enfermo
al cual se le declara sano: se le da de alta y puede volver a su vida -
normal. Además como en capítulos siguientes expondremos, hemos tratado
de rodear de toda clase de garantías el otorgamiento de esa libertad, -
para no vernos en el caso de liberar a un sujeto de cuya enmienda no -
estamos seguros.

Vienen después aquellos autores que reclaman para la pena la fijación -
de un máximo, que servirá para garantizar el ejercicio de la libertad -
individual.

Aquí se nos presenta un resabio de la obsesión, abrigada por los revo-
lucionarios franceses: reaccionaban contra los abusos de los jueces que
arbitrariamente detenían a los individuos que les placía, encerrándolos
en las mazmorras, por tiempo indefinido. Natural es que la reacción con-
tra estos abusos participara plenamente de las características de vio--

lencia y apasionamiento de todas las crisis. Se proclamó como un derecho individual el que al mismo delito correspondería la misma pena, para -- acabar en esta forma con aquellas arbitrariedades. Pero sería infantil desconocer que los progresos y conquistas del derecho nos han aportado mucho de aquella situación que para la época actual resultan anacróni-- cas. La experiencia demostró el absurdo que encerraban aquellas expresiones legislativas, tanto de la explosión de las pasiones políticas, y no fueron precisos grandes esfuerzos para llegar a la conclusión de que había elementos más importantes y trascendentales que consideran y que eran precisamente los referentes al individuo, y que hoy llamamos elementos subjetivos. Y si el progreso del Derecho Penal, Constitucional, etc. nos van alejando de aquellos excesos, garantizando por medio de -- una depuración doctrinal la libertad individual, parece un retroceso el que aún se le asigne medidas de garantía individual, a las penas. Es -- que hemos olvidado que las constituciones garantizan esa libertad, pues to que es a ellas a quienes corresponde hacerlo, y que hay instituciones creadas para evitar las arbitrariedades en este aspecto, la ley penal -- representa la reacción de la sociedad en defensa de sus miembros y la -- pena representa la tutela que el Estado ejerce sobre aquellos que se -- han desviado, tutela que reclama la educación que ha faltado al delin-- cuente. Ahora bien, si admitimos que el Estado tiene facultades para -- privar de la libertad a aquellos miembros que amenazan la seguridad so-- cial por un tiempo determinado, debemos admitir del mismo modo, que es-- ta determinación se ha establecido arbitrariamente, sin tomar en cuenta

bases científicas que permitan asegurarnos de su justicia.

Nosotros creemos que es más importante buscar la corrección de un reo, que la fijación de un límite arbitrario que garantice su libertad, aún cuando conserve íntegra su peligrosidad. Además, para evitar los abusos excepcionales a que podría prestarse el sistema, es preciso crear instituciones que garanticen su libertad, pero sin destruir el bien fundado objeto de la pena. No creemos justificado el que impida la implantación de un sistema que demuestre su excelencia, por el hecho de que algún individuo pudiera eventualmente sufrir las consecuencias de un abuso. Impedirlo significaría pobreza de espíritu para vencer las dificultades que su aplicación acarrea; luego no debemos buscar la solución de las deficiencias que como obra humana debe tener.

Otros autores han elaborado un sistema cuya indeterminación oscila entre un límite máximo y un mínimo. Desde luego los supone lo suficientemente alejado para garantizar de este modo una científica individualización.

Pero si defectuoso hemos encontrado los sistemas que proponen un solo límite, mucho más hemos de encontrar éste que adolece de los errores de uno y de otro sistema. Jiménez de Asúa expresa muy bien sus ideas respecto de este sistema eclético al cual refuta diciendo, que o bien se establecen límites tan alejados como un día y treinta y cuarenta años, con lo cual se pasa prácticamente a una indeterminación absoluta; o se

estrechan tanto que se cae en el sistema de penas prefijadas, con todos los inconvenientes que su aplicación presenta, liberando al condenado - antes de estar corregido por haber llegado al máximo establecido; o re tienen al enmendado, porque aún no se ha cumplido el mínimum exigido.

La tercera variedad que apuntábamos, la constituyen sistemas que no encajan en ninguna de estas clasificaciones y de los cuales sólo mencionamos los principales.

Primero encontramos aquellos que solo admiten la indeterminación como - complemento de la pena prefijada, siendo aplicable cuando el reo da manifiestas demostraciones de peligrosidad, sistema que adopta un carácter para la indeterminación de mera medida de seguridad, negándole aplicación como tratamiento por el cual se somete al reo con miras a lograr su readaptación. Esta idea preventiva ha sido admitida desde hace mucho tiempo.

Existen, además, sistemas como el nuestro, en donde la ley fija límites máximos y mínimos de las penas, entre los cuales el juez puede libremente determinar cuantitativamente la pena a la cual se somete al delin--- ciente. Aquí prácticamente ya no se trata de una indeterminación, pues el juez, en el acto mismo de pronunciar la sentencia, fija la duración de la condena, con lo cual se cae en todos los inconvenientes señalados para aquellos sistemas de penas, en los cuales se fija un límite a las mismas.

Silvela, con mucha audacia dentro del sistema que sostiene, opina que la pena debe ser "fija", aún cuando no debe ser tomada "como un programa - que es imposible corregir o enmendar, en superticioso culto a la llamada santidad de la cosa juzgada en todos sus accidentes, entre ellos, la duración y la clase de pena, con lo cual destruye integralmente el sistema de penas fijadas, pues cada sentencia deberá ser modificada en atención a la personalidad del delincuente. Podríamos afirmar que él, a su vez, establece un culto a la pena fijada, puesto que a pesar de que el sistema se le representa como insuficiente e inadecuada, y el cual indirectamente destruye, no se reconoce como partidario de la abolición de la pena fija, la cual sigue tributando un respeto tradicional.

C A P I T U L O I I I

SISTEMA PROPUESTO

PARA

SU EJERCICIO

SISTEMA PROPUESTO PARA SU EJERCICIO

3.1.- EXPOSICION PREVIA

Las dificultades que el sistema de penas indeterminadas presenta, se encuentran en su aplicación y para que esta idea resulte un éxito, se debe tener en cuenta que esta aplicación sea adecuada con el fin de la pena. Sin caer en exageraciones, podríamos decir que llega en esta parte al punto más ambiguo del desarrollo de la teoría, ya que es aquí en donde debe mostrarse la eficiencia que presenta el establecimiento de penas indeterminadas. Si la pena prefijada ha sido insuficiente para contener los delitos, corresponde ahora a la pena indeterminada demostrar su capacidad represiva y su eficiente prevención delictiva.

Pero aquí se nos presenta un doble problema, consistente en saber cual será el mejor procedimiento para seleccionar el régimen penal a que debe someterse al delincuente, y cuando podrá cesar sus efectos, por haberse conseguido la enmienda.

Se consideran tres clases principales de individualización como las más aceptables para dar una aplicación eficiente al sistema de penas indeterminadas. Primero se encuentra la individualización judicial; En segundo término tenemos la individualización administrativa y por último la de comisiones mixtas; pasaremos ahora al análisis de cada una de ellas.

3.2.- Individualización Judicial

Jiménez de Asúa divide la individualización en dos momentos: el primero tendrá como objeto determinar "cuando, como y por quien debe determinarse la clase de pena".(1) Y el segundo "cuando y por quien debe determinarse la cantidad, señalando el momento de la liberación".(2)

Respecto al primer momento, opina con Saleilles, que debe corresponder al juez el determinar la clase de pena que debe sufrir aquel que ha sido condenado por su crimen, considerando que una vez conocido el reo, - puede el juez apreciar la clase de tratamiento que le conviene y determinarlo. Naturalmente que para llegar a ese conocimiento, deberá el -- Juez hacer un estudio completo del mismo, de su árbol genealógico, de - sus antecedentes, medios de vida, neuropatías, etc., en una palabra de toda la personalidad del delincuente, opinión con la cual nosotros no - estamos de acuerdo. Para hacer posible esto, sería preciso que el juez dedicara toda su actividad al estudio de los sujetos a proceso y es muy posible que ni aún así llegara a un estudio completo de la personalidad del delincuente. El mismo autor esboza esta dificultad y propone que es ta determinación pueda ser enmendada y corregida por las comisiones mix tas que propone para la determinación de la duración de la condena.

En nuestra opinión, debe buscarse que la labor del juez se limite a la

- 1.- Jiménez de Asúa; Obra citada, pág. 86
- 2.- Ibidem.

parte legal, a su campo de conocimientos, pero jamás será posible exigirle que además de los amplios conocimientos jurídico penales que ha de menester, tenga dominio sobre la psicología, la medicina, y otras tantas ramas científicas que serán necesarias para que el juez llegue a un conocimiento completo del reo. Nociones superficiales es evidente que las necesita y que debe tenerlas; pero estas no son suficientes para llegar a un conocimiento de la personalidad del reo, que es lo que nosotros intentamos.

Debemos asignarle al juez una labor humana y no sobrenatural. Exigirle que conozca exhaustivamente todo aquello que relacione al hecho delictuoso, con los caracteres exigidos por la ley para la tipificación del delito, los elementos objetivos y que procure llegar a un conocimiento lo suficientemente amplio que le permita dictar una sentencia justa. Una vez que esta se ha dictado, que cese su intervención, para que se inicie la de organismos especializados en la aplicación de las penas.

El juez seguirá conservando la dignísima labor de ser quien establezca si un individuo se hace acreedor a una sanción por parte del Estado; deberá abstenerse de individualizar la clase de tratamiento a que se ha de someter el reo, porque carece de los conocimientos necesarios para seleccionar la clase de pena que produzca mejores efectos.

Nosotros consideramos que es más acertado que sus auxiliares (cuerpos colegiados integrados por médicos, psiquiatras, directores penitenciarios, penólogos, pedagogos, sociólogos, antropológicos-criminalistas),

aporten conocimientos que permitan individualizar la clase de pena en atención a los caracteres presentados por el reo, Así pues, es a ellos a quienes debe corresponder esta selección, que se hará después de un serio análisis de cada reo.

Refiriéndose al segundo momento, o sea el que se llama de determinación de la cantidad o quantum, corrobora la idea indeterminista diciendo que debe durar el tiempo que sea necesario para la obtención de la enmienda del culpable, tratamiento que obviamente variará en su duración para cada uno de aquellos a quienes se aplica, debido a que es imposible determinar el momento en que se presentará la enmienda.

Pero en la designación de la autoridad que debe decir cual es el momento en que esta liberación puede llevarse a efecto, propone tres sistemas, de los cuales nosotros solo estudiaremos el judicial en este subtítulo, tratando los otros, en apartados especiales.

El sistema de individualización judicial contiene caracteres propios y singulares, tales como separar el juicio en dos momentos, haciendo del mismo lo que Jiménez de Asúa llama un doble juicio.

El Primero.- Se ocupa del estudio del delito, sus circunstancias, la determinación de la criminalidad de la gente y todo aquello que aporta datos suficientes para condenar o absolver al reo. En este primer juicio, se hará también la selección del tratamiento penal, pero sin establecer su duración, ya que esta determinación constituirá el objeto del segun-

de juicio el cual sólo tendrá lugar para establecer que la regeneración del condenado se ha operado y que por lo tanto, puede otorgársele su libertad.

Desde luego, en este sistema se le dan al juez las más amplias atribuciones para el desempeño de tan complicada labor, pues además del problema, que según apuntábamos presenta la selección de la pena, viene a agravarse con el de la determinación de la duración de la misma, determinación que precisa un nuevo análisis del comportamiento del reo, de sus manifestaciones de enmienda, etc.

El segundo juicio.- Al cual nos hemos referido, sería el que vendría a constituir la determinación de la duración o quantum de la pena, pues - de él resultaría la sentencia que otorgaría la libertad cuando el delincuente quedará apto para la vida en sociedad por haber cesado de ser un peligro para ella. Pero ¿cuantos juicios serían precisos para determinar que el individuo está corregido? si del análisis que el juez realiza se llegara a la conclusión de que el reo aún no estaba regenerado, sería preciso devolverlo a la cárcel y cuando de nuevo se supiera que - esta enmendado, iniciaría un nuevo juicio y así indefinidamente. ¡cuanto tiempo perdido inútilmente por el juez!

A nuestro juicio, es imposible admitir un sistema que presenta dificultades prácticas de la índole de la que hemos apuntado. El juez estaría abrumado no sólo con los nuevos procesos, sino con aquellos de los que

pretendieran su libertad. Además seguiría careciendo de los conocimientos necesarios para juzgar acerca de la enmienda del reo.

3.3.- Individualización Administrativa

Saleilles, después de establecer que la duración y clase de la pena no puede determinarse de antemano, continúa su exposición afirmando que la clase de pena debe ser establecida por el juez, sin embargo, no parece estar muy convencido de la idea, pues sostiene que es necesario que la ley contenga iniciativa y elasticidad bastante para la aplicación de la pena pueda individualizarse a las exigencias educacionales y morales de cada uno a la cual llama textualmente: "Individualización Administrativa". (3)

Refiriéndose al quantum de la pena, considera un absurdo el que el juez prefija la duración de la pena ya que no se puede preveer el tiempo que necesitará una educación para rehacer al reo. Observa, asimismo, que só lo debe devolverse al delincuente a la libertad y a la vida social cuando haya dejado de representar para ella un peligro. Esto es, cuando haya recobrado su salud moral. Pero la comprobación de esta circunstancia solo puede estar establecida por aquellos que siguen de cerca sus pro--

3.- Saleilles, La Individualización de la Pena; México: I Paz, 1900 pág. 326. Traducido por Arturo Ríos

gresos y pueden darse cuenta de los efectos que la pena ha producido en el reo. El juez por lo tanto, debe quedar **excluido**, ya que no tiene más contacto con el reo que los breves minutos que permanece ante su presencia y por lo tanto ignorará los adelantos que éste realice.

Más adelante encontramos en el pensamiento de Saleilles un toque de genialidad cuando dice que "es imposible que exista indeterminación en cuanto al régimen y que sería absurdo pretender aplicar penas indeterminadas si no se tuviera el compromiso de hacer del régimen al que se somete al criminal, un instrumento de reforma moral apropiada en su naturaleza".(4)

Tomando como base todas estas consideraciones, concluye diciendo que "la fijación del momento en que la pena debe cesar, obviamente debe corresponder a la administración penitenciaria, puesto que es la única que esta en continua relación con el delincuente".(5)

Este sistema es propuesto también por Brockway, director de la Penitenciaría del Elmira, en los Estados Unidos, por el año de 1876, en el cual sostuvo "que era la única forma en que la duración de la condena fuera exactamente a las necesidades morales del reo, ya que solo los emplea--

4.- Saleilles, Ob. citada, pág. 329

5.- Idem. pág. 328

dos penitenciarios que han palpado los distintos procesos por los que - el delincuente ha atravesado, pueden determinar cuando ha dejado de constituir un elemento dañoso para la sociedad".(6)

Nosotros vemos una serie de dificultades al dejar a la administración - penitenciaria un punto tan delicado como es el de la liberación del delincente, dificultades que harían que el sistema se desechara por no - ofrecer suficientes garantías en su aplicación práctica, así pues, consideramos necesario que en un momento tan delicado se tomen todas las - precauciones que sean necesarias para garantizar el éxito de la organización indeterminista y por ello hemos optado por aceptar la idea que - inspiró la creación de comisiones mixtas que, como a continuación veremos, evitan las impugnaciones que en este sistema podrían hacerse.

3.4.- Individualizaciones realizadas por Comisiones Mixtas

Von Liszt admitió este sistema como el más apropiado para garantizar la ejecución de la pena, así como el más apropiado para garantizar que la libertad del reo sólo será otorgada cuando nos encontremos en presencia de un hombre apto para vivir en sociedad. Formó el sistema de comisiones mixtas, integrándolas con el director de la prisión, con el Procurador General, con el Juez y dos ciudadanos de confianza nombrados por

el gobierno. Posteriormente "aumentó estas comisiones con el médico de la prisión, los delegados de la administración de ésta y con los representantes de un patronato que tendría como funciones rehabilitar a los reos y colocarlos a la salida del penal en algún trabajo". (7)

El sistema propuesto por el profesor alemán tuvo gran aceptación entre la mayoría de los indeterministas, por considerarse como el más idóneo para obtener buenos resultados en la aplicación práctica del mismo, opinión que compartimos y de acuerdo con la exposición que Jiménez de Asúa hace de ellas, trataremos de organizar, apuntando las modificaciones - que a nuestro parecer deben incluirse.

Jiménez de Asúa integra las comisiones con tres cuerpos inspectores: - cuerpo médico antropológico, cuerpo jurídico y cuerpo administrativo, - haciendo a continuación la enumeración de los miembros que corresponderían a cada uno de ellos.

El primer cuerpo consta de médicos, antropólogos criminalistas y los - psiquiatras, que tanta intervención tienen en la actualidad en los problemas patológicos-mentales de los delincuentes y cuyos conocimientos - se hacen indispensables hoy en día para la exacta apreciación de la personalidad de los delincuentes.

El segundo se integra con magistrados con varios años de práctica, abogados, entre ellos el defensor y el fiscal.

Aquí difiere algo nuestra opinión, pues consideramos que debe estar constituido este segundo cuerpo por especialistas en penología, esto es, - expertos en la ciencia que trata del estudio de las penas y de sus resultados; también deberá intervenir aquí un Procurador Penitenciario, - el cual tendrá la representación de los intereses del Estado y de la so ciedad, pero especializando su función, es decir, dándole el carácter - especial de miembro de la comisión, creado para el efecto exclusivo de velar por los intereses de la sociedad, los cuales se traducirían en - cerciorarse de que el tratamiento es adecuado para rehabilitar a los de linquentes, de que su enmienda se ha producido, de que el otorgamiento de la libertad es procedente, de que los delinquentes peligrosos se encuentran regenerados, etc. Es a éste funcionario (procurador penitenciaria rio), al que correspondiera analizar los informes presentados a las Comi siones, las cuales, y oyendo el parecer de éstas (comisiones mixtas) - integrarán los elementos que provocarán el otorgamiento o la negación - de la libertad de los **criminales sometidos a tratamiento.**

Como resultado de esta idea consideramos que deben suprimirse de este cuerpo, a todos aquellos funcionarios señalados por Jiménez de Asúa, -- que ya no tienen porqué intervenir, tales como el defensor, acusador y el fiscal, pues su intervención sólo es aceptable en sistemas de penas prefijadas en donde, por ejemplo, el defensor podrá solicitar el indulto, la amnistía, y en fin a todas aquellas instituciones establecidas - como privilegio para la liberación de condenados que han observado una

conducta ejemplar, pero en un sistema en donde la duración de la condena esté condicionada precisamente a la reforma del reo y sólo cuando ésta se presenta podrá otorgarsele su libertad. Para nada se necesita ya la intervención del acusador y del fiscal, pues la liberación dependerá de factores que ni uno ni otro conocen. Para constatar la presencia del momento en que la enmienda es un hecho, es para lo que hemos creado un sistema especial, pues siendo totalmente diferente al de Penas Prefijadas, deberá tener una organización completamente distinta.

El tercer cuerpo llamado administrativo, se integra con "el director - del establecimiento penitenciario y con los demás altos empleados del - mismo". (8)

Nosotros hemos afirmado con anterioridad la importancia que presenta la realización práctica del sistema; y creemos que es precisamente en aquellos que van a tener contacto con el reo en donde ésta realización adquiere una mayor importancia. Podemos crear sistemas teóricos perfectos, sin fallos de ninguna especie, los cuales sin embargo, den resultados - desastrosos si los encargados de llevar acabo su aplicación en la práctica, no se cifan a los postulados seleccionados. Por eso es necesario que aquel a cuyo cargo está confiado el tratamiento adecuado del delincuente sea honesto en sus apreciaciones. Esto nos muestra que es preciso hacer una selección del personal destinado a una misión tan elevada

como es la adaptación social de los criminales. Desde el director hasta el último empleado, deberán estar empapados de la responsabilidad a su cargo, de la necesidad de que su moralidad sea cabal. Si es preciso -- crear escuelas de capacitación, que se establezcan y que en ellos se -- prepare al personal que sepa cómo cumplir su deber y lo que la sociedad espera de su labor.

Aquí en este cuerpo, incluiríamos nosotros a personas especializadas en la educación de los delincuentes, que formarían parte del personal reformativo y a los cuales nos hemos atrevido a denominar con anterioridad como pedagogos penitenciarios, designación tal vez no muy apropiada, pero que nos aporta una idea más amplia de la función que deberán desempeñar. Desde luego la observación del reo, de ser posible en su idiosincrasia (antecedentes, educación moral, sentimientos religiosos, etc.), ya que es muy importante, toda vez que puede proponer cuando no fueran casos patológicos, el sistema que a su juicio fuera más adecuado a su personalidad y carácter, designando la clase de trabajo a que el reo debe dedicarse, así como impartirle el tratamiento moral y educacional que requiere.

Estos tres cuerpos integrados por tan variados funcionarios vendrían a garantizar que el reo reciba el tratamiento más adecuado a su individualidad y que cuando la reforma se presente pueda otorgarse la liberdad a aquel que ha conseguido su enmienda.

La libertad se encontraría garantizada por un cuerpo de profesio--

nistas que sólo la otorgarían si ésta no constituyera más un peligro y una amenaza para la sociedad, misma consideración que se tendría en cuenta para liberar a todos los adaptados.

3.5.- Deberes de la Comisión.

De ellos hemos casi mencionado la totalidad, sin embargo, procuraremos precisar en este subtítulo cuáles son estos deberes.

Tenemos desde luego el de seleccionar la clase de pena que deberá aplicarse al reo, en atención a los caracteres observados en ésta durante el proceso, y del estudio que a la comisión corresponde hacer de cada delincuente. Al referirse Jiménez de Asúa a este deber, lo califica de provisional, de acuerdo con la tesis por él sostenida, "la selección de la pena que debe hacer el juez",⁽⁹⁾ lo que viene a demostrarnos, que admite las deficiencias que esta selección presenta. Nosotros hemos sostenido que ésta selección debè corresponder a la comisión, pues consideramos que este criterio está más de acuerdo con las funciones que deben desempeñar tanto el juez como las comisiones.

También deberá corresponder a la comisión, el modificar el tratamiento al que se haya sometido el delincuente cuando se encuentre --

9.- Jiménez de Asúa; Obra citada, pág. 88

que esta no ha sido suficiente o que no ha producido ninguno de los efectos deseados, y que los cambios que se suponían debían operarse en el criminal, no se han verificado.

La iniciativa para poder liberar a un reo, deberá ser también propuesta por cualquiera de los cuerpos de la comisión y en vista de los progresos observados por los empleados penitenciarios encargados de administrar el tratamiento penal, progresos que se harán constar en informes que integrarán el expediente penitenciario de cada delincuente. Estas anotaciones permitirán juzgar del aprovechamiento cotidiano del penado, dato que aportará una orientación precisa para saber cuando es ya un hecho que el reo se encuentre reformado. Este sistema lo menciona Jiménez de Asúa, estableciendo que se conoce con el nombre de "Reporting System en Elmira", (10) en donde todos los maestros, vigilantes, guardias, etc. del reformatorio reciben hojas especiales en donde anotan todas sus observaciones acerca de la conducta del reo y lo que ésta le sugiere: méritos, deméritos, progresos, infracciones al reglamento penitenciario, etc. de todos ellos se va formando la cuenta corriente que todo recluso tiene abierta, según opinión de Dorado Montero. Este sistema nos permite apreciar el aprovechamiento de cada recluso, día por día, para en esta forma lograr un criterio sobre su enmienda muy aproximado a la realidad.

Hecha la iniciativa corresponderá al procurador penitenciario decretar la libertad de aquellos delincuentes, que los distintos cuerpos

10.- Jiménez de Asúa; Obra citada, pág. 95

de las comisiones consideren que han logrado su enmienda, opiniones que formarán cada uno de los cuerpos por separado, dejando el funcionario mencionado, la consideración de los elementos que han tomado en cuenta para aceptar o rechazar la liberación del reo.

3.6.- Condiciones complementarias requeridas para la obtención de los resultados asignados a la Pena Indeterminada.

Los buenos resultados que la pena indeterminada puede alcanzar necesitan que se complementen con diversos requisitos que en seguida expon-dremos.

Para nosotros es fundamental la creación de reformatorios que reu-nan todas aquellas condiciones de ambiente que sean precisas para lograr buenos resultados. En ellos podrá aplicarse el tratamiento que ha sido seleccionado para cada delincuente, procurando que éste sea rigurosamen-te observado, empleando todos aquellos medios que despierten en el reo sus sentimientos altruistas y lo lleven al reconocimiento del error co-metido haciéndole ver la necesidad de su reforma. Deberá instruírsele -asimismo en sus deberes morales, aprovechando los sentimientos religio-sos de cada uno de ellos, para de este modo lograr su cooperación al -fin regenerador, estimulándole además con la consideración de que su li-berdad depende de su enmienda, de su dedicación al trabajo, al aprendi-zaje de un oficio y de la eficiencia que demuestre en el desempeño de -éstos.

Obvio es que aquellos que se encuentren afectados mental o físicamente, deberán recibir la atención médica que precisen, encaminada a la obtención de su salud.

Que reciba un trato disciplinario pero humano; una alimentación suficiente y que, de acuerdo con sus progresos, vayan mejorando en privilegios y premios. Que se les someta a pruebas y exámenes que permitan corroborar el comportamiento que en general se ha observado en el reo, debiendo aplicarse todos aquellos progresos científicos que contribuyan a alcanzar su enmienda.

Ya hemos apuntado la necesidad de que el personal de los reformatorios posea la suficiente preparación para que el tratamiento sea rigurosamente aplicado, necesidad sobre la que tanto hemos insistido, pues de ella dependerá el éxito del sistema. Krapelin afirmaba "humanidad de sentimientos, energía tranquila en el obrar, independencia de carácter y hallarse libres de fantasías, son las propiedades que exigimos de aquellos hombres a quienes confiamos la educación de nuestros prójimos caídos", (11) a la que nosotros agregaríamos la que contiene a todas ellas: una moralidad a toda prueba, como anhelaríamos la tuvieran nuestros administradores de justicia.

Consideramos de vital importancia fijar nuestra atención sobre la

capacidad intelectual del delincuente para aplicarla al trabajo honesto; hacer un verdadero análisis de su inteligencia y dirigirla hacia lo que presente cierta inclinación procurando cultivarla en la actividad lícita que más se adapte a ella. Es indudable que grandes y maravillosos resultados nos esperan al encauzar aptitudes que por defecto de educación se han desviado, pero que vueltas a un objetivo sano, nos ofrecerán el producto de esos esfuerzos dirigidos hacia el bien.

Es pues indispensable que cada reo adquiera conocimientos que le permitan ganarse la vida honradamente; que adquiera durante su condena un oficio o una profesión a la cual se dedique con todo empeño. Debe por lo tanto crearle hábitos sanos que absorban su atención, que lo perfeccionen e instruyan preferentemente en aquella deficiencia moral que ha provocado su falta. Sintetizando: que adquiera una educación durante su condena de todo aquello que sea indispensable para impedirle la vuelta al delito.

Por último, consideramos que tal como se ha venido sosteniendo por la mayoría de los indeterministas, la libertad concedida a los delincuentes que han logrado su enmienda, debe ser condicional y revocable, como garantía adicional para corregir cualquier equivocación, posibilidad que puede presentarse a pesar de las precauciones adoptadas, pues si bien estas reducen las posibilidades de equivocación a un porcentaje mínimo, puede darse el caso de que se libere a un reo que aún no se encuentre totalmente reformado. Este caso puede presentarse y, para evitar

lo, creemos necesario garantizar en esa forma el peligro que presenta - la libertad de un individuo que aún conserva peligrosidad.

Maus, implacable impugnador de la pena indeterminada, considera - absurdo el que los indeterministas admitan la libertad condicional pues esto es contrario a sus principios, ya que estos se fundan "en la enmienda del culpable para el otorgamiento de su libertad". (12) Luego si se admite este tipo de liberación, es porque se reconoce la imposibilidad de percibir la enmienda del culpable. Pero como hemos afirmado, esto es solo una garantía más que se exige para descartar la posibilidad excepcional de que algún reo pueda burlarse de la justicia del sistema, que puede, en efecto, incurrir esporádicamente en un error.

Por su parte, Jiménez de Asúa afirma, "los integrantes de las comisiones no pueden ser profetas ni pretendemos que lo sean". (13) Por ello precisamente se busca una organización que garantice lo más exactamente posible que la enmienda se ha realizado, pero ante la posibilidad de - que alguna vez se incurra en un error, cosa muy humana, se busca garantizar en la forma más eficiente posible que las consecuencias del mismo podrán repararse. Así pues, si una vez otorgada la libertad, se ve que el supuesto que se tomó en cuenta para concederle no se ha realizado, - podrá revocarse la libertad del reo.

12.- Jiménez de Asúa, Obra citada, pág. 107

13.- Idem. pág. 108

CAPITULO IV

OBJECIONES AL

SISTEMA

OBJECIONES AL SISTEMA

4.1.- Observaciones

Las principales impugnaciones que al sistema de penas indeterminadas se hace, pueden, si las resolvemos satisfactoriamente, contribuir a que nuestras argumentaciones se ven reforzadas por las sólidas bases que la resolución de estos problemas aportan.

De ellas se han hecho distintas divisiones por los autores, siendo la más aceptable para nosotros la que presenta Jiménez de Asúa en su tratado sobre las sentencias indeterminadas. Sin embargo, no transcribiremos la división doctrinal que de las mismas hace por considerarlo innecesario, ya que todas ellas, tienden a destruir el sistema. No obstante, trataremos de seguir su exposición que en esta parte, salvo en algunos párrafos que actualmente consideramos desusados contienen magníficas ideas.

4.2.- Objeciones basadas en el fin de la pena

La primera objeción que se hace a la pena indeterminada, es en relación a que algunos autores (Gysin, Brusa, Pessina, etc.), buscan el punto débil del sistema en el fin que se asigna a la pena. Desde luego aquí podemos establecer que si el fin asignado a la pena, difiere del criterio sostenido por nosotros, fácil es suponer que todas las conclu

siones que de ahí se deduzcan llevarán necesariamente a negar la aplicación de la pena indeterminada. Si unos opinan que su fin es evitar los delitos, el resultado se podrá obtener por varios medios, entre ellos, - la intimidación general, el medio por el cual, la sociedad estará sometida a la Ley. Asimismo, establecen que la pena indeterminada no consigue el fin que a la pena le supone, por este motivo es preciso buscar la solución del problema en la causa misma que provoca la comisión del delito para atacar el punto en donde se encuentra el mal. Por esta razón proponemos el estudio individual de cada sujeto, porque en cada uno de ellos habrá una variación en cuanto a los motivos que lo han llevado a violar la ley, los cuales necesitan ser analizados para que una vez conocidos se les pueda dar el tratamiento adecuado.

Si otros ven como fin de la pena el que esta sea retributiva y expiatoria, la pena indeterminada romperá la justicia, pues a cada delito deberá corresponder una cantidad fija de sufrimiento en todos los casos, para qué entonces enmendar al reo si en el transcurso de la condena se alcanza este fin, será muy halagador, pero no necesario. La pena sólo debe dar solución por el delito cometido.

Nosotros consideramos que estas ideas son insostenibles actualmente; la mayoría de los códigos admiten que el juez goce de cierto arbitrio para que tenga libertad en la consideración de un factor tan importante como lo es el reo; del mismo modo tratan de suprimirse las penas de corta duración porque producen efectos contraproducentes en el delin

cuente; en fin, la teoría ya ve como anacrónicas estas consideraciones retributivas y expiatorias y las han substituido por otras de contenido mucho más elevado, tales como: la enmienda del reo y su adaptación a la vida social.

Por otro lado, tenemos la corriente que fija a la pena un fin intimidante: tal como en párrafos anteriores advertimos no consideramos que el efecto que esta intimidación produzca, sea la de evitar los delitos, o cuando menos de reducirlos, pues el número de individuos a quienes atemorice será tan reducido que no podemos tomarlo en cuenta como base científica. Pero aunque este fin no nos parece aceptable, podríamos admitir que se aprovecharan sus efectos para ese número reducido de que hemos hablado, y estamos seguros que comparado los efectos intimidativos de uno y otro sistema, un mayor número de delinquentes temería más la indeterminación, que la fijación de límites a las penas, con lo cual y de ser sinceros sus partidarios, optarían por la indeterminación. Además consideramos muy optimistas, sobre todo en nuestro medio, la idea de que un código ha marcado una pena fija a un delito, la conciencia del delincuente la tome en cuenta para evitar éste, siendo que la mayoría de las veces estas cifras son desconocidas por la gran mayoría de los miembros de la sociedad. Gautier se expresa muy bien respecto de esta idea cuando dice: "lo que hace reflexionar al culpable posible, es el temor de entrar en contacto con la justicia, de ser castigado, más bien que la perspectiva de sufrir un número de días o meses de detención determinados exactamente".⁽¹⁾ Este observación tan precisa explica porqué

1.- Gautier citado por Jiménez de Asúa; Ob. cit. pág. 136

en algunos casos se presenta ese temor hacia la reclusión, dado que - cualquier castigo impone, atemoriza, más no por su duración, sino porque representa un mal, una aflicción.

Varios autores (Levy, Vargha, Freudenthal), se expresan en forma - semejante y encuentran "que el castigo indeterminado tiene mayor influencia, por su vaguedad: la fijación de la pena".(2)

Por su parte, Haller opina que el delincuente si toma en cuenta la duración del castigo que por el delito le será aplicada, ya que lo comete con cálculo, a lo que nosotros agregaríamos que lo comete con premeditación, puesto que ha tenido presente hasta la pena que va a corres--ponderle, requisito que debe presentarse en todos los casos para que - sea valida la afirmación de porque la Ley marca un determinado número de años, se evitan los delitos.

Por el contrario, tanto Hogel como Pessina emplean el argumento para impugnar la pena indeterminada afirmando que es una verdadera tortu-ra moral la que soporta el reo cuando no sabe por cuanto tiempo conti--nuará privado de la libertad, ya que el sistema conduciría a la desesperación.

De lo anterior se desprende que los argumentos no son muy sólidos,

en virtud de que el sistema de penas indeterminadas se desenvuelve en - dos direcciones opuestas; unos diciendo que no intimida; otros que se-- ría cruel su exceso, luego, para ser realista en ambas opiniones, debe-- mos colocarnos en el punto medio y afirmar; que el sistema intimide sin desesperar, ya que el reo no podrá aportar la idea de que es muy posi-- ble que su liberación esté cerca por haber logrado su enmienda, o bien de que se esfuerce porque este momento se aproxime más rápidamente, - coadyuvando con los esfuerzos desplegados para lograr su adaptación.

Sin embargo, seguiremos afirmando que el fin primario de la pena - debe consistir en lograr la corrección de los delincuentes y no su inti-- midación.

4.3.- Objeción basada en la Santidad de la Cosa Juzgada.

Una nueva objeción presenta Jiménez de Asúa en su exposición refe-- rente a la santidad de la cosa juzgada, que hace de la sentencia la ver-- dad legal, y por lo tanto algo intocable e irreformable. Contesta este autor a la objeción, con citas de Aramburu y Garçon, el primero de los cuales opina que actualmente y de acuerdo con la crisis presente de - nuestra ciencia es poco razonable invocar apotegmas añejos que cierran el cambio a nuevas prácticas. Garçon considera que si la enmienda se - ha realizado, "nadie tratara de retener en prisión al delincuente por respeto teórico de la cosa juzgada". Concluye diciendo Jiménez de Asúa, que "el principio de la cosa juzgada es la verdad absoluta, es falso;-

puesto que los errores judiciales son frecuentes e inevitables como -- obra del hombre". (3)

Florian opina que la imputabilidad de la cosa juzgada, debe desaparecer cuando una vez concluido un proceso nos encontramos en presencia de un nuevo elemento fundamental de convicción.

Nosotros consideramos que ese respeto a la cosa juzgada, como principio indispensable para la seguridad jurídica, sigue operando, ya que la verdad legal será la que el juez establezca en la sentencia en la cual se condena a un individuo a sufrir una pena; la decisión del magistrado será respetada, pero la pena y su duración, nada tiene que ver con ella; son dos entidades heterogéneas que deberán por lo tanto ser tratadas por separado. Al individuo se le ha encontrado culpable y va a procederse a su enmienda; la consideración del delito, del proceso y de todos aquellos elementos que integran la cosa juzgada no sufren alteración alguna. En la pena indeterminada sólo va a darse cumplimiento a las resoluciones de la sentencia, pero aplicando desde luego la que se considere más adecuada al reo, y por el tiempo que sea preciso.

Cualquiera que sea la posición que adoptemos frente al problema creemos que se encuentra resuelto en la forma expuesta.

4.4.- Objeción basada en el Derecho de Igualdad

3.- Garçon citado por Jiménez de Asúa, Ob. cit. pág. 137

La conquista del derecho de todos los hombres a ser tratados por igual, sirve de argumento a otros autores para impugnar el sistema de penas indeterminadas. Se basan en que la mayoría de las legislaciones constitucionales, proclaman entre los derechos del hombre, el que sea tratado en la misma forma que sus semejantes, sin diferencias de ninguna especie.

Aquí se manifiestan en primer lugar, un cierto anacronismo en la idea, pues esta ha dejado de ser absoluta, es decir, considerada en su sentido literal, toda vez que la igualdad es insostenible en el sentido que se le pretende dar. La exageración de la idea sólo equivale a establecer la derogación de privilegios en favor de determinadas clases sociales, razas, etc., y a considerar a los hombres con los mismos derechos esenciales, la han tomado los informadores de la idea indeterminista, para establecer de manera general que la justicia reclama que a todos los individuos que han cometido el mismo delito se les aplique la misma pena, tanto en calidad como en cantidad.

Nuevamente transigiremos provisionalmente con esta idea y aceptaremos, teóricamente, que a los individuos que han cometido un mismo delito, se les aplique la misma pena. Este principio debe procurar alcanzarse por cualquier medio, pues está inspirado en la justicia, pero congruente con el, en la práctica, es difícil que se presenten dos delitos en los que sus respectivos agentes presenten los mismos caracteres, ya que la variedad de los mismos hacen imposible que dos individuos sean -

identicamente responsables. Si el caso llegara a presentarse, que se les aplique la misma pena, pero cuando estas circunstancias múltiples -
 várien, siendo fieles al principio, debe variar esimismo la cantidad y
 calidad de la pena.

Saleilles precisa esta idea diciendo que "no hay que hablar ya de la igualdad delante de la pena, pues desde hace mucho tiempo, los modos propuestos para individualizarla, han abierto honda brecha en la idea -
 igualitaria entendida en su sentido clásico y doctrinario, habiendo dejado ya de ser un dogma".(4)

Debemos concluir que todos estos argumentos sirven, en última instancia, para considerar un acierto la aplicación de este tipo de condenas, pues sólo limitando las ideas y mutilándolas en forma que sólo se aproveche de ellas la parte que conviene a una tesis que se quiere hacer prevalecer es posible llegar a la impugnación de la idea indeterminista, lo cual nos aparta de un espíritu científico.

4.5.- Objeciones basadas en el Principio de la Libertad Individual.

Aquí nos encontramos frente a la objeción que presenta mayores pro

blemas que resolver y cuya consideración denota una importancia fundamental.

Se considera que el delito es el efecto de la libertad humana, es preciso privar al delincuente de su ejercicio en tanto que no se garantiza, dentro de lo posible, que cuando de nuevo haga uso de ella, no trastornará los intereses de la sociedad, garantía que reclama la educación de esa voluntad. La suprema necesidad social exige que se segregue al delincuente, pero también exige no se le devuelva la libertad mientras siga constituyendo una amenaza para ella. La pena debe así dirigir sus esfuerzos a la consecución de la enmienda y lograda esta, la misma sociedad exige también que se le reintegre su libertad puesto que ha dejado de ser temible. La pena prefijada retendrá en muchas ocasiones, sujetos en quienes el peligro ha desaparecido, luego, este sistema no garantiza con mucho acierto la libertad individual.

Por otra parte, no estamos ya en épocas en que la libertad individual se sacrifica ligeramente, los progresos de la humanidad tienden a rodear este sacrificio de todas las garantías imaginables y por ello nosotros hemos propuesto un sistema que ofrece muchas complicaciones, pero que tiende a mejorar los sistemas fracasados que se aplican.

Sin embargo, opinan varios autores (Roux, Vzdal y Garçon), que las garantías que suponen a la pena indeterminada, quedan confiadas a los empleados penitenciarios en último término, ya que a ellos corresponde anotar los progresos que determinan cuando debe liberarse a un reo,

pues a pesar de que se trate de garantizar con cuerpos y comisiones esta libertad, los integrantes de las mismas, delegarán en los empleados subalternos la aplicación del tratamiento, desempeñan en esta forma el papel principal del derecho penal.

Por su parte, Jiménez de Asúa, cita todavía el último párrafo del capítulo VI de la obra *Catherinein*, en donde su autor sarcásticamente se expresa en esta forma. "estas son las seguridades con las cuales se quiere garantizar su libertad individual. Yo tengo para mí que el que defiende en serio tal procedimiento criminal, tiene muy bajo concepto de la dignidad y la libertad personal".(5)

Pero nosotros hemos propuesto, para evitar esta objeción, que se prepare al personal que ha de tener contacto con los reos, que se les capacite para la alta labor que van a desempeñar. Claro que si pensamos en nuestros actuales carceleros, que sabrá Dios de donde han salido, es muy natural que esta objeción alcance una importancia desmedida; en esta forma si podemos calificar de criminal el procedimiento puesto que hasta ahora nadie se ha preocupado de ver que ese personal sea selecto. Pero así como se prepara a los maestros que han de impartir educación a los niños, así como se exige que su preparación sea adecuada y se realice en establecimientos especiales, así debemos exigir que integran al -

personal de los reformatórios y en la de sus alumnos, en una lista de calificaciones, así debe anotarse el progreso de los delinquentes, notas que los distintos cuerpos analizarán y que servirá, entre otras cosas para considerar adaptado al reo. Y así como no nos parece absurdo enviar y confiar la educación de los niños, a un personal especializado, así tampoco debemos tener escrúpulos infundados para objetar este sistema.

Contesta Dorado Montero estas objeciones preguntando "¿si no pueden abusar igualmente de sus facultades discrecionales el médico y el alienista? ¿no puede el uno matar o empeorar si le place al enfermo - en vez de curarlo, castigar o perjudicar de mil maneras al loco confiado a su cuidado y dirección, el otro? seguramente que pueden, más a na día se le ocurre temer que lo hagan de hecho".(6)

Fues bien, la idea que acude a nuestra mente y al recapacitar sobre las penas indeterminadas, es un cierto escrúpulo contra ellas, que parte de la meditación del peligro que presenta la falta de fijación de la duración de la condena, para la libertad individual. Todos exigiremos que se respete a aquellos a quienes nos parece tan imprescindible la realización de nuestros fines lícitos: La Libertad.

Nosotros hemos procurado rodear a la aplicación del sistema de todo género de garantías, de modo que al considerarlos, se desprendan fun

damentos bastantes para afirmar que el sistema no ofrece algún peligro para este derecho, por el contrario, tal vez se hayan exagerado los seguridades, que para mantener tranquila la conciencia general, nos hemos permitido proponer.

Concluiremos diciendo, que si a pesar de las garantías propuestas se quiere, con suspicaces pesimismos, suponer que los cuerpos propuestos pueden estar de mutuo acuerdo para conculcar la libertad individual, podemos contestar que en todos los sistemas es posible obrar mal, y para "tales terquedades sólo puede erquirse la siguiente máxima clásica; no es posible rechazar una institución por el mal uso que los hombres - hagan de ella". (7)

4.6.- Objeciones aducidas por los sostenedores de la incorregibilidad del reo.

La objeción, basada en la afirmación de muchos autores de la existencia de criminales incorregibles a los cuales es imposible adaptar a la vida social, forma un nuevo contingente de ideas que buscan impugnar la pena indeterminada.

Influídos tal vez en la doctrina de Lombroso, consideran estos tratadistas que hay delincuentes que por naturaleza están inclinados al crimen y cuyo atavismo no puede arrancarse en ninguna forma de su personalidad, consideran pues innecesarios los esfuerzos por reformar " a su

jetos que vienen a formar un tipo, o más bien una clase especial de incorregibles, muy semejante a los locos. De ahí que según las ideas particulares de cada autor para estos delincuentes penas que serán de eliminación o de segregación definitiva".(8)

Como ya hemos afirmado, si todos los argumentos que se aducen para impugnar la pena indeterminada no se detuvieran en la parte del desarrollo que conviene a ideas que se quieren imponer de antemano, llegarían a concluir que el único tipo de penas que de una solución satisfactoria a sus problemas, es el propuesto por nosotros. En este caso, las ventajas que ofrece el sistema indeterminista, hacen que la solución del problema que este propone carezca de reproches, puesto que si hemos afirmado que en tanto no se enmienda al reo, continuará bajo la tutela y bajo el régimen educacional al que se ha sometido, prolongándose indefinidamente su duración, se obtendrá el resultado que se quiere por estos autores respecto a los incorregibles; no su eliminación que contiene objeciones muy serias que no es posible tratar en el presente trabajo, pero si su "segregación definitiva si la adaptación no se logra con la ventaja de que si la probabilidad tan débil se realiza, puede otorgarse le la libertad al reo".(9)

En síntesis, consideramos muy temeraria la afirmación de que hay sujetos incorregibles, puesto que nunca se ha ensayado, en forma científ

8.- Cuello Calón, Obra citada, pág. 76

9.- Jiménez de Asúa; Obra citada, pág. 114

fica la forma de comprobar este resultado, toda vez que es difícil establecer de una manera cierta que haya criminales envejecidos en forma tal que no tengan remedio, ya que de lo contrario, se rebasarían límites de algo que nadie ha podido comprobar. Tardará más o menos la enmienda, pero llegará porque se está alimentando aquella voluntad con lo que le hace falta; se están llenando los vacíos que han provocado su desviación, y esa labor es la que nosotros le asignamos a la pena. Y que mejor manera que se reintegre a la sociedad un sujeto cuya adaptación se ha logrado.

4.7.- Objeciones basadas en la dignidad judicial

Binding y Tarde sostienen que el sistema indeterminista quiere hacer del administrador de la pena "un funcionario más importante que el juez y que el legislador, ya que a este le compete la fijación de la pena, con lo cual se hace omnipotente y arbitraria su intervención. Además, la labor del juez quedaría reducida a una labor muy pobre al no señalar la cantidad de pena que al delincuente debe corresponder".(10)

Gautier contesta certeramente este argumento diciendo que la función de castigar los actos que lo ameriten la conservará siempre, disponiendo de "su prerrogativa esencial, pues si se dan las condiciones de incriminación, si hay delito y si debe haber represión, lo cual es inde-

10.- Binding y Tarde citados por Jiménez de Asúa, ob. cit. pág. 138.

pendiente de la cuestión de medida".(11) Esto a nosotros nos parece -- evidente, toda vez, que no se rebajará la dignidad del juez por el hecho de no medir la pena y su calidad; en donde existe una deficiencia de conocimientos de los cuales carecemos; y día a día, la especialización va tomando más incremento porque demuestre sus ventajas; la división del trabajo es una idea aceptada por todos nosotros, porque permite un mayor dominio de nuestras funciones. Y esta división es la que nosotros proponemos, la cual no tiene porque dañar la dignidad del juez.

Existe otro problema relacionado con el legislador, pues señalar el criterio en que se ha basado para establecer la medida de las penas y determinar la proporción justa que debe existir entre las distintas penas marcadas en los códigos. Ya que no se puede castigar más un delito que otro.

Tissot, prefiere evadir el problema diciendo que es de imposible solución, opinión esta que comparten varios autores. Y "¿esto es lo que atenta contra la dignidad de los legisladores y jueces? con razón afirma Fraudenthal que dichoso juez a quien se lebera de una obligación que no le compete".(12) El sistema que nosotros hemos propuesto, encierra una especialización de cada cuerpo al estudio de su materia y atribuye al juez su papel: decide el derecho, más no el tratamiento pues para ello debe existir cuerpos especializados en la selección de penas.

11.- Binding y Tarde citados por Jiménez de Asúa; Ob. cit. pág. 138

12.- Tissot y Fraudenthal citados por Jiménez de Asúa, Ob. cit. pág.133

4.8.- Objeciones que se invocan por la dificultad de comprobar la enmienda.

La comprobación de la enmienda es también tomada como tema de impugnación de las ideas indeterministas, sosteniéndose que es de imposible comprobación el momento en que esta enmienda se presente, y lo que es más, si esta existe verdaderamente en el ánimo del delincuente. Se pregunta si no hace falta ser más que un hombre para sondear la conciencia de un detenido que tiene interés en simular, puesto que su deseo es recobrar la libertad, fin para el cual empleará todos los medios que es té a su alcance entre ellos la mala fé.

Cierto es que esta comprobación presenta un arduo problema, para ello hemos creído conveniente llevar un record de su conducta, el cual permitirá con mucha aproximación, saber cuando se ha enmendado, además de los exámenes y pruebas a los que se someta al reo por los distintos cuerpos que forman las comisiones.

Ahora bien, si difícil es saber si esta corrección ha llegado, mucho más difícil será para el reo la simulación de esta enmienda, puesto que la pena se prolongará al menor indicio de que aún no se ha logrado efectivamente y que el reo trata de simular. En una escuela, el alumno podrá valerse de diversos medios para engañar al profesor, pero el índice de su aprovechamiento se formará con el promedio que aporten todas las pruebas a que se le someta, siendo sumamente difícil que en todas ellas haya logrado evadir la vigilancia del maestro. Luego, de la efi-

ciencia de estas pruebas dependerá el acierto o desacierto de este índice. Así pues, lo que nosotros debemos cuidar es la selección de las pruebas a que se somete a los alumnos. Del mismo modo, debemos hacer una selección de pruebas y exámenes a que debe someterse a los reos, para que el índice que nos aporten sea bastante acertado y preciso. El desenvolvimiento que actualmente han tomado las ciencias penales auxiliares, vendrán en nuestra ayuda y de toda esa gama tan variada de testimonios, podremos contar con un gran número de probabilidades lo suficientemente alta, que pueda asegurarnos que nuestra apreciación ha sido correcta.

Y como Jiménez de Asúa advierte, la pena indeterminada "no tiene pretensiones de hacer una transformación completa del carácter, ni una santificación, ni ver salir de las prisiones productos superiores al término medio de la especie humana", sus aspiraciones son mucho más modestas, se limitan a que esta corrección se traduzca en una fuerza normal suficiente para que el reo no vuelva a reincidir y como Smith opina "que su reforma sea la razonable probabilidad de que el reo vivirá en libertad sin violar la ley".(13)

Además, si en la libertad condicional y revocable otorgada se encuentran bases suficientes que permitan suponer que el reo ha estado fingiendo, volverá al recinto correccional, aplicándose en esta forma, una medida de seguridad que garantiza el cuidado que se tiene de los pasos del reo cuando se le ha otorgado la libertad.

13.- Jiménez de Asúa, Obra citada, pág. 142

Vanier y Marwell, afirman que aunque se acerte en el momento de la enmienda, no hay seguridad de que el reo no vuelva a reincidir, supuesto que no se puede calcular su fuerza de resistencia al mal. Jiménez de Asúa ante esta objeción se exalta y opta por decir que no es digna de tomarla en cuenta, pues los indeterministas no pretenden haber encontrado una vacuna o suero contra el crimen, y que de nadie, ni aún de los hombres más probos y honrados, puede asegurarse que no cometan un crimen llegado el caso.

Sólo queremos agregar que estas impugnaciones, tanto en lo referente a acertar si la enmienda ha operado o no, como la que no hay seguridad de que el reo no volverá a reincidir, son objeciones que pueden ser virnos, si las tomamos en serio, para impugnar cualquier sistema y con mucho mayor fuerza el de Penas Prefijadas, pues si aquel en el cual se crea una organización que permita constatar si la enmienda se ha realizado o no, puede lograrlo, mucho menos puede hacerlo el que se limita a fijar límites a las penas, sin procurarse por obtener durante su transcurso, la corrección del delincuente, sin someterlo a pruebas y exámenes que permitan saber si la enmienda es probable, en fin, en un sistema que se conforma con retener al delincuente por un número fijo de meses o años. En él, así se tenga la plena certeza y la más completa seguridad de que aquél individuo es más perverso que al entrar en el recinto penal, por un absurdo respeto a la libertad individual de aquel sujeto corrompido, se expone a toda la sociedad de los trágicos efectos que el otorgamiento de esa libertad acarrea.

4.9.- Otras Objeciones.

La primera que trataremos, es la referente a la perturbación social que muchos autores suponen acarrearía la implantación de la pena indeterminada, sobre todo en aquellos países en donde las decisiones judiciales son respetadas, porque se encuentran establecidas en una Ley, pero se consideraría injusto que se dejara en manos de un funcionario el otorgamiento de la libertad, al poco tiempo de haber sido encarcelado un delincuente.

Desde luego no suponemos aplicable en nuestro medio esta objeción, pues ya se han sentado ciertos precedentes indeterministas con la implantación del arbitrio judicial sin que esto hay provocado ninguna alteración social, según tenemos entendido, ni siquiera en casos de flagrantes injusticias que hemos presenciado se han provocado reacciones de este tipo, por lo que nos parece que esta objeción no debe ser tomada en cuenta en un ambiente como el nuestro.

Una objeción de carácter práctico se nos ocurre a nosotros y que consistiría en argumentar que la pena indeterminada requeriría tal variedad de tratamientos, que sería imposible su aplicación en la práctica y en un sólo recinto reformador.

Creemos que sería posible organizar los establecimientos penales en forma semejante a los sanatorios, en los cuales después de hacer una clasificación de las distintas enfermedades que presentan cierta similitud

tud, se destinen pabellones especiales a cada una de ellas, dentro de los cuales se especializa el tratamiento que requiere cada enfermo.

En la misma forma organizaríamos los reformatorios, destinando a los delincuentes que presenten analogías en el tratamiento que deben recibir a crujiás semejantes a los pabellones, en los cuales se especificaría el tratamiento que debe recibir cada reo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La lucha contra la delincuencia reclama hoy nuevos medios, - en virtud del fracaso de los empleados, deduciéndose del derecho que la sociedad tiene a defenderse, y del fin correccional que la pena ha de perseguir para lograr la readaptación del delincuente.

SEGUNDA.- El Sistema Indeterminista presenta dos momentos:

1) La pena debe ser absolutamente indeterminada legalmente. esto es, que no se fijará en los códigos la naturaleza y clase de la misma, y que de antemano no se tasará la duración del tratamiento. La limitación de máximo y mínimo, o de uno de ellos, altere la idea y la convierte en una simple idea de eclecticismo.

2) La pena debe indeterminarse:

La selección de la pena aplicable al reo y a la declaración del momento en que ésta debe cesar, corresponderá a una comisión integrada por tres cuerpos:

médico-antropológico, jurídico y administrativo. Toda vez que estos cuerpos, estarán en contacto con el reo y conocerán de una forma más realista los avances que tendrá cada individuo con la aplicación de la pena de acuerdo a su temperamento al llevar un orden de los méritos y deméritos

que presentan.

TERCERA.- Es necesario crear reformatorios que den una garantía de eficiencia en la aplicación del tratamiento al que se somete a cada reo. Y asimismo crear escuelas de capacitación para los empleados penitenciarios en donde se les impartan los conocimientos necesarios para atender debidamente a los reos.

CUARTA.- Sólo debe decretarse su libertad cuando la enmienda se haya conseguido. La libertad otorgada a los reos debe ser condicional y revocable, atendiendo a los siguientes requisitos.

- a) Que el recluso haya aprendido un arte u oficio, para que al momento de salir del reformatorio pueda ganarse su subsistencia .
- b) Tener un grado de estudios mínimos (secundaria), y la práctica de varios deportes
- c) Que el Estado le proporcione un trabajo de acuerdo al oficio que haya aprendido en su internamiento.

QUINTA.- En México, en la actualidad sería riesgoso introducir el sistema de Penas Indeterminadas de una sólo vez y de inmediato; pero podría conseguirse su implantación en una forma parcial, esto es, que de momento se imponga a los delincuentes habituales y reincidentes, a manera de experimento científico, para que en el caso de que los resultado sean satisfactorios se hagan estudios exhaustivos, llegando por último a intentar su implantación en todos aquellos delitos que así lo ameriten.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Abarca, Ricardo; El Derecho Penal en México, México, 1941
- 2.- Beccaria; Delitos y Penas, Madrid 1982, 4a. reimpresión.
- 3.- Bentham; Teoría de las Penas Legales, Traducido por Manuel Osorio; Barcelona, 1938.
- 4.- Carranca y Trujillo, Raúl; Derecho Penal Mexicano, Parte General, Tomo I, Ed. Porrúa, S.A. 1982
- 5.- Carranca y Rivas, y Carranca y Trujillo; Código Penal Anotado; Editorial Porrúa, S.A. 1983
- 6.- Castellanos Tena, F; Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Parte General. México, Editorial Porrúa, 1981
- 7.- Catherim V.; Principios Fundamentales de Derecho Penal, Barcelona, 1911.
- 8.- Ceniceros, J.A.; Trayectoria del Derecho Penal Contemporáneo, México 1943, Editorial Botas.
- 9.- Ceniceros y Garrido.- La Ley Penal Mexicana: México, 1943, Editorial Botas.
- 10.-Cuello Calón E.- Derecho Penal; Barcelona 1945; Editorial Bosh.
- 11.-Cuello Calón E.- La Moderna Penalogía, Barcelona, Editorial Bosh, reimpresión 1974.
- 12.-Dorado Montero, P.;- Estudios de Derecho Penal Preventivo, Madrid Editorial Manuel Soler, 1907.
- 13.-Dorado Montero, P.;- Bases para un nuevo Derecho Penal; Editorial Manuel Soler, Barcelona 1923.
- 14.-Franco Sodi.- Nociones de Derecho Penal, Parte General; México 1940

- 15.- Jiménez de Asúa, Luis.- La Sentencia Indeterminada, Editorial Hijos de Reus, Madrid, 1913.
- 16.- González de la Vega.- El Código Penal Comentado; Editorial Porrúa 10a. Edición, México, 1983.
- 17.- Fessina.- Elementos de Derecho Penal; traducción por Hilarión González del Castillo; Editorial Reus, España, 1936.
- 18.- Froal.- El delito y la pena; Madrid, 1907.
- 19.- Pellegrino, Rossi.- Derecho Penal; Madrid, 1883.
- 20.- Roeder, Carlos.- Estudios sobre Derecho Penal; Madrid, 1875
- 21.- Soler, Sebastian.- Derecho Penal Argentino, Tomo II; Buenos aires Tipográfica, editorial Argentina, 1973
- 22.- Saleilles Raymond.- La Individualización de la Pena; México, I. Paz, 1900, 2a. edición, traducido - por Arturo Ríos.

LEGISLACION CONSULTADA:

- 1.- Código Federal de Procedimientos Penales, Editorial Andrade, México 1984.
- 2.- Código Penal Mexicano para el Distrito Federal; Editorial Porrúa, México, 1983.
- 3.- Diario Oficial de la Federación; 13 de Enero de 1984; No. 10