



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA PENA Y LAS MEDIDAS PENALES EN EL
CODIGO PUNITIVO MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :

L I C E N C I A D O E N D E R E C H O

P R E S E N T A :

MARIA EUGENIA ALICIA ORDOÑEZ CASTILLO

MEXICO, D. F.

1988



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 está 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.

I N D I C E

	Pág.
I.- EL DELITO Y SU REALIDAD SOCIAL.	10
I. El delito una realidad Social	11
II. Concepto de Pena	13
III. El fin de la Pena	20
IV. La pena en las Escuelas Penales	28
II. LA EVOLUCION CONCEPTUAL DE LA SANCION PENAL EN MEXICO.	38
I. Período Precortesiano	39
II. En la Colonia	48
III. México Independiente	56
III. NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS DE DERECHO PENAL.	64
I. Antecedentes	65
II. Concepto	68
III. Naturaleza Jurídica	72
IV. El Derecho Penal Preventivo	79
IV. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.	81
I. Introducción	82
II. Europa.	82
1.- República Federal Alemana	
2.- República Democrática Alemana	
3.- Francia	
4.- Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.	
5.- Italia.	
III. América	102

1.-	Argentina	
2.-	Cuba	
3.-	Costa Rica	
4.-	Estados Unidos de Norteamérica	
V.	REGULACION JURIDICA ACTUAL DE LAS MEDIDAS PENALES EN MEXICO.	119
I.-	Concepto	120
II.-	Tratamiento con Privación de Libertad-Prisión	123
III.-	Tratamiento en Libertad	127
IV.-	Tratamiento en Semilibertad	146
V.-	Otras Medidas de Derecho Penal	150
VI.	CONSIDERACIONES FINALES	157
	BIBLIOGRAFIA	175

CAPITULO PRIMERO
EL DELITO Y SU REALIDAD SOCIAL

I- EL DELITO UNA REALIDAD SOCIAL.

No sería posible iniciar el desarrollo del presente trabajo, sin hacer alusión al delito, es decir, a la importancia que tiene el mismo para nuestra legislación penal. Desde los albores de la humanidad, se ha evidenciado el grave problema de la criminalidad, problema que ha apasionado tanto a dirigentes del gobierno, a los estudiosos del derecho, así como a todos los pensantes en general, en virtud de que lleva en sí con su solución, o al menos con su reducción, la seguridad, tranquilidad y desarrollo del conglomerado social.

Los actos delictuosos hieren profundamente la convivencia humana; la manera de combatirlos y prevenirlos ha variado con el transcurso del tiempo, esa función de castigo y prevención va unida al conocimiento y a la solución de los problemas que representan las causas y los factores determinantes de la criminalidad realizándose así una labor de terapéutica social, contribuyendo con esto a alcanzar las finalidades que en el campo del Derecho Penal muy fundamentalmente se persiguen: la seguridad social, el mantenimiento del orden jurídico y poniendo especial énfasis en la regeneración del delincuente, para que éste no lleve la máxima de la pena, sino que sea aquella la que lo reeduce y asimismo lo readapte a la vida social.

El desarrollo de tendencias reivindicatorias en el espíritu de los pueblos ha pugnado y pugnará siempre por una mayor equidad, por una igualdad entre los

componentes de la colectividad, por una mejor justicia impartida a los integrantes de la misma, asimismo luchará por la humanización de los castigos impuestos a los contraventores de la ley, por el bienestar y seguridad de la comunidad social, anhelos que deben ser satisfechos pues llevan en sí, amén de la seguridad social, el mantenimiento del orden jurídico y el progreso social y humano.

Los factores que engendran al delito no podrán desaparecer con severas penas o sanciones , pues es la actividad delictuosa consecuencia de multiples factores, los cuales, sibien, no pueden ser totalmente erradicados, si pueden proponerse medidas que reduzcan a éstos a su mínima-expresión , ya que el delito, si bien acto humano, es un -acto de tipo social.

En este orden de ideas, podemos concluir que debe la legislación penal contemplar el enorme panorama que rodea al delito y establecer en sus normas una visión -tal , que no se desligue aquélla de éste, ni suceda a la inversa. Al referirse a este punto, nos dice Maggiore "Que el delito y la pena como valores jurídicos, son complementarios; el uno atrae al otro: no hay delito sin pena, ni hay pena sin delito". (1).

(1) MAGGIORE, Guiseppe. Derecho Penal, Trad. J.J.Ortega T., Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1954, Tomo I, pag. 3.

II.- CONCEPTO DE PENA.

Dentro del clásico tríptico del Derecho Penal: delito, delincuente y pena, éste constituye el tercer elemento. Desde que Francis Lieber en 1834 utilizó por primera vez el término penología, el estudio de la pena como medio directo de lucha contra el delito cobra vital importancia y atento a ello, estudiaremos a la pena no con base en un descarnado análisis de las establecidas en los códigos, sino en su función de prevención y represión y sobre todo insertando el fin primordial del Derecho Penal la disminución de la delincuencia.

El concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como su consecuencia e históricamente aparejada a él la idea de castigarlo, y allí nace la pena. El concepto de sanción es en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas. Podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción no ocurre lo propio a la inversa.

Innumerable son las definiciones presentadas al respecto de la pena, en virtud de que no ha habido tratadista penal de importancia alguna que no haya contribuido con la propia, lógicamente cada una de ellas va enfocada desde el particular ángulo de su pensamiento o de la escuela a la que pertenece.

La palabra pena viene del latín "poena", que denota el dolor físico y moral que se impone al trans-

gresor de una ley. Para definir la pena. Ulpiano dice: "a estimatio delicti" es decir, que la pena es el precio del delito, si bien esta definición es concreta, toda vez que coincide con la dada por Hugo Grocio de hace ya más de trescientos años, al decir que la pena es un mal de pasión - que se infringe por consecuencia de un mal de acción, pero dicha definición necesita actualizarse y debe darse - por tanto una definición en la que se abriguen todas las manifestaciones de la penalidad, así las de la pena mal - como las de la pena correccional y tutelar.

Cesar Bonnesana, Marqués de Beccaria, asevera: que la pena "es el obstáculo político contra el delito" y al hablar sobre la idea de la pena Carrara señala que este autor estableció más bien el fin de la pena, tal como el lo concebía en lugar de dar la noción de ella (2).

Anteriormente señalamos que el concepto de sanción es más amplio que el de pena, ahora bien para tener una visión más amplia agregaremos que, sanción en sentido estricto "es el mal que sigue a la inobservancia de una norma, el castigo que confirma la inviolabilidad y santidad de la ley; el sentido amplio de sanción es la consecuencia inevitable del cumplimiento o incumplimiento de

(2) CARRARA. Programa de Derecho Criminal, Trad. Jose J. Ortega Torres y Jorge Guerrero, Ed. Temis, Bogotá Colombia, 1957, Volumen II, pag. 33

la ley y por ello expresa el castigo de la culpa y la recompensa al mérito. Es al hablar del concepto de la pena que Maggiore nos expresa sus dos conceptos, antes mencionados. (3).

Queda así definido lo que por sanción se debe entender, es decir contener los dos elementos: premio y castigo. Establece además Maggiore (4) que existen - sanciones de la ley divina, que son la felicidad prometida a los elegidos o la condenación amenazada a las réprobos; la sanción de la ley moral, que es, la estimación de la comunidad ética y el remordimiento de conciencia; la sanción a la ley natural, la cual no puede ser violada impunemente sin traer unida su fatal consecuencia, y por último la sanción jurídica que consiste en el mal con que amenaza o en el bien que promete el ordenamiento jurídico, en el caso de ejecución o de violación de una norma. (4)

Es certera crítica que al legislador hace Maggiore, al decir, que la figura de la sanción jurídica típica, consiste en la amenaza de algún mal, pues el legislador como el consenso social, se preocupa más de los efectos de la transgresión, que de la debida observancia del orden jurídico.

Correcto y novedoso sería el implantar en nuestras normas la recompensa a la virtud, ya que si el -

(3) Y (4) MAGGIORE, Giuseppe. op. cit. Tomo II pags. 221 y 224.

obrar mal acarrea un mal, lógicamente toda buena acción -- acción para ser imitada debe ser reconocida y premiada.

Consideramos que este perfil de la sanción jurídica, signa una nueva característica al Derecho Penal, pues dentro de sus fines tradicionalmente represivos, se sumaría el previsor y no por ello se formaría una nueva rama del derecho penal, pues si es esencia del mismo castigar, es esencia de todo el Derecho prevenir.

Al situarnos en el concepto estricto de la pena y en relación directa con la norma jurídica penal mexicana, qué es lo que nos interesa, diremos que, esta última, debe constar de dos elementos: El precepto y la sanción. El precepto expresa el mandato o la prohibición hechas a la conducta; la sanción denota la consecuencia del incumplimiento de la norma. El precepto y la sanción puede coexistir en una misma norma o encontrarse en distintas de una misma ley, pero nunca faltará la segunda a la primera, esto lo vemos contenido en nuestra Carta Magna, en el artículo 14 párrafo Tercero, al consagrarnos la garantía de exacta aplicación de la ley.

La sanción jurídica toma varias formas: Civil, Administrativa, Aduanal, Penal, etcetera; esta distinción tiene gran importancia, porque la naturaleza de la sanción sirve para calificar el tipo de ilícito jurídico sin lo cual esto no sería posible.

La pena es una sanción jurídica especial -- que obra mediante coacción personal sobre el que haya in --

flingido el orden penal. Así mismo diremos, que la pena obra en dos momentos: el de la conminación y el de la ejecución; la ley conmina en abstracto y el juez la inflige en concreto y al ser impuesta produce sus efectos que consisten regularmente en algún sufrimiento al sentenciado.

Respecto al tópicus anota Maggiore que, "la pena" es una sanción personalmente coercitiva, que se conmina y se inflige al autor de un delito" (5).

Ubicados en el pensamiento de Carrará, el mismo nos dice que la palabra Pena, tiene tres distintos significados:

- 1.- El sentido general: Expresa cualquier dolor o cualquier mal que cause dolor.
- 2.- El sentido especial: Designa un mal que se sufre por causa de un hecho propio, sea malvado o imprudente, y en esta forma comprende todas las penas naturales.
- 3.- En un sentido especialísimo: Denota un mal que la autoridad pública inflige a un culpable por causa de un delito. (6).

(5) MAGGIORE, Giuseppe, op. cit. Tomo II pag. 229.

(6) CARRARA, F. op. cit., Tomo II, pag., 32.

Es decir, para Carrará la pena es un mal, y es en este punto donde al igual que Roeder (7) opinamos que, la idea de la pena no debe ser necesariamente un mal; a lo cual el tratadista italiano reafirma: que la conciencia del derecho le es congénita al hombre, y a esa conciencia le es congenita la idea de que cuando un individuo viola el derecho de su semejante, como consecuencia de tal acción se le debe infligir un castigo. El impulso de este hecho ha variado con el desarrollo de las diversas formas de civilización. Pero la idea de castigo del culpable es preciso considerarla como un contenido necesario y promordial del Derecho y de la naturaleza del mismo hombre, concluyendo el autor de Pisa dice " LA PENA ES UN CONTENIDO NECESARIO DEL DERECHO". (8).

Proclama, además, que la Escuela de la Tutela, de la cual es fundador, vea la necesidad de que el derecho sea el soberano de la humanidad y que esta soberanía sea mantenida incólume contra cualquier ataque, y de que por consiguiente el objeto primario del orden social sea el mantenimiento de la soberanía del Derecho, del cual las potestades no son sino instrumentos pasivos, en cuanto se emplean para su protección.

(7) y (8). CARRARA, F. op. cit. Tomo II pag. 1 y 11.

Consideramos que de las tres clases de pe
na que nos señala Carrará, la primera es un concepto demasiado
general y que no tiene vinculación estricta con lo que por -
pena en la jurídica penal debemos entender; la segunda concep
ción serfauna idea congénita al hombre , es decir, sería una
primera reacción a un hecho que causa mal, que hiera en nues
tra vida y por tanto no es un concepto totalmente adecuado. -
Y en su tercer significado abarca unicamente el aspecto ne--
gativo de la pena, es decir, no contempla el perfil positivo,
el cual hemos dicho, debe contener un premio a la virtud.

III.- EL FIN DE LA PENA.

Si bien es cierto que el objetivo primordial de un trabajo de la naturaleza del presente no es simplemente reproducir lo escrito o afirmado por otros autores sobre determinado tema, no debemos omitir las diversas corrientes que se han conformado para señalar nos el fin de la pena, además esto nos lleva a establecer el objetivo a lograr, así iniciaremos el desarrollo del presente inciso, pues es una parte esencial de la doctrina penal.

Anotaremos primeramente que se distinguen las teorías que tratan de justificar la pena en : absolutas y relativas, según que constituya un fin en si misma o un medio tendiente al logro de otros fines, al igual, se unen las teorías mixtas, las cuales distinguen ambos aspectos en la misma.

Para las teorías absolutas la pena constituye una consecuencia necesaria e ineludible del delito. La razón de ser de la aplicación de una pena estará dada entonces por la sola comisión del delito. Dentro de las teorías absolutas, Binding, ha distinguido la teoría de la reparación de las teorías de la retribución(9). Para esta teoría -de la reparación- el delito es susceptible de satisfacción y la pena es el unico medio para lograrlo.

(9) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica argentina, Argentina, 1964, Tomo XXI , pags. 965 y 966.

En cambio, la esencia de las teorías de la retribución radica en que el delito es en sí mismo irreparable. Ahora bien, si la pena encuentra en sí misma su razón de ser, es decir, punitur quia peccatum, se castiga porque se ha pecado -teorías absolutas-, o bien se justifica por un motivo extrínseco, o sea -- brinda una utilidad a la sociedad como medio para prevenir los delitos, es decir, punitur ne peccetur, se castiga para que no se peque.

Debemos aclarar que estos dos criterios - están muy lejos de ser totalmente ciertos uno u otro, porque lo absoluto no puede ser por completo ajeno a lo relativo, - además esta distinción es muy débil, ya que vemos como las - diversas doctrinas van pasando según sus autores de una categoría a otra. Es decir, LA PENA NO PUEDE CONSIDERARSE COMO UN FIN , POR SÍ MISMA, SIN SER UN MEDIO. Al respecto coincide con esta conclusión Maggiore (10), al hablar sobre el fundamento filosófico de la pena.

Hemos dicho que dentro de las teorías - absolutas , existe una separación entre teorías de la retribución y de la reparación .Dentro de las primeras , éstas - se dividen según su tipo de fundamento , de orden religioso-político, moral o jurídico.

(10) MAGGIORE, Giuseppe, op. cit. Tomo II, pags. 247 y sigs.

Para el primer tipo de fundamento, el Estado es la expresión en el mundo de un orden anhelado por Dios, siendo la pena el medio en virtud del cual el Estado vence a la voluntad que al delinquir se sobrepuso a la voluntad suprema, mostrando el predominio del Derecho. Kant expone la teoría de la retribución moral y expone "la trasgresión a la ley moral es digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia" (11). Además diremos que la más antigua forma en que se presenta la teoría de la retribución es la ética, es una exigencia de la conciencia moral que el mal sea compensado con el mal.

La retribución moral alcanza su perfecta evolución en la fórmula de la retribución jurídica. Se debe a esta evolución a Guillermo Federico Hegel, quien con base en la dialéctica de los contrarios, distingue en la retribución la negación de una negación y por consiguiente la reafirmación del Derecho. Podemos entonces concluir al igual Maggiore que este principio fundamental de la pena es el más acertado, ya que :

1.- Liga el fenómeno de la pena al orden universal y expresa el punto de contacto entre la justicia humana y divina.

(11) Enciclopedia jurídica ONEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, Arentina, 1964, Tomo XXI, págs. 963 a 965.

2.- Establece un fundamento de carácter ético a la pena, estableciendo la máxima de que no hay pena sin culpa, es decir, será la acción la fuente de premio o culpa.

3.- Tiene un elemento de orden psicológico como recompensa y reacción de la conciencia humana ante el delito.

4.- Contempla que la pena se distingue de otras medidas de preservación contra el delito, de carácter no estrictamente penal.

5.- Contiene todas las otras teorías que fundamentan a la pena y a la vez no se contiene totalmente en alguna de ellas. Es retributiva en cuanto que hace que retornen al hombre las consecuencias de su delito, lo reeduca y lo reedime; en cuanto a la teoría de la defensa, niega al delito con el regreso de un mal igual, reafirma y por lo mismo ampara al orden social y jurídico.

6.- Finalmente, establece la proporcionalidad que entre delito y pena debe existir. (12).

Una vez expuestas las presentes ideas y conceptos, es bueno concluir que LA PENA ES UN MAL CONMINADO AL REO, DENTRO DE LAS FORMAS LEGALES PREVIAMENTE ESTABLECIDAS Y CONCRETAMENTE SEÑALADAS A UN DETERMINADO DELITO, COMO RETRIBUCION DE UN MAL DEL MISMO PARA REINTEGRAR EL ORDEN JURIDICO INJURIADO Y PREVENIR CONDUCTAS DELICTIVAS POSTERIORES.

(12) MAGGIORE, Giuseppe, op. cit. Tomo II, pags. 257 y sigs.

Ahora bien, a este respecto consideramos que si bien es la pena el medio por excelencia mediante el cual se reprime el delito, no quedan extinguida con ellas los medios para terminar y disminuir los delitos, es esto finalidad de las llamadas Medidas Preventivas o Medidas de Seguridad.

Los relativistas consideran que la pena tiene un fin, es un medio necesario para la seguridad que es lo que le da sentido a la represión. Dentro de estas -- teorías las doctrinas difieren acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa para obtener esa finalidad. La teoría contractualista deriva de Rosseau y en el área penal el exponente de la misma es Beccaria (13). El orden social está fundado sobre convenciones y tiene por fin la conservación de los contratantes. Se dice que así la idea de la pena es la de una reacción defensiva para la conservación del pacto social. La teoría de la prevención mediante la ejecución, ve el fin de la pena en la aplicación pública de las penas graves, para así inspirar temor. La teoría de la prevención mediante la coacción psicológica, creación de Feuerbach (14) realiza que para evitar la comisión de delitos,

(13) BECCARIA, César. Tratado de los Delitos y de las Penas, Trad. S. Sentís Melendez y M. Arreya Rodín., Edit. Aguilar, Madrid 1982, - págs. 9 a 11 y 45.

(14) MEIJER, Edmund. Derecho Penal. Traducción de la 6a. - Ed. Alemana por el Dr. A. Conrado Finzi, Parte General. Ed. Bibliográfica Argentina, Argentina, 1958. Pág. 371.

es eficaz la reacción física, sino la psíquica que es efectivamente anterior al delito y opera amenazando con una pena, - la posible transgresión de una ley y aplicándola realmente - cuando ella es transgredida.

Romagnosi formula la teoría de la defensa indirecta y se manifiesta actuando sobre el futuro delincente, infuyendo en su ánimo mediante el temor, es la pena una fuerza que impele al delito (15).

Las teorías anteriormente mencionadas se agrupan en el sector de las llamadas teorías de la prevención general, y al lado de ellas surgen las llamadas teorías de la prevención especial, diferenciándose éstas de aquéllas, en que las primeras actúan sobre la colectividad y las segundas denotan su sentido preventivo en relación directa con el terminado sujeto.

Mezger nos señala "que toda acción humana tiene un fin y por consiguiente la pena debe tener un fin y éste consiste en la prevención del delito, lo cual se puede realizar por dos caminos, bien sea actuando sobre la comunidad -prevención general- o actuando sobre el individuo -prevención especial-" (16). La prevención general es la actuación pedagógico-social sobre la colectividad intimidando y por consiguiente previniendo el delito y al mismo tiempo de

(15) Enciclopedia Jurídica OMEBA, op. cit. Tomo XXI, pag. 965.

(16) MEIGER, E., op. cit., Volumen I pag. 370

be servir para educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, es decir, la prevención general - persigue dos principios: intimidar y hacer cumplir el respeto a la personalidad, la cual es para el derecho un valor propio. La actuación anímica no es esencialmente distinta de la prevención especial, salvo en lo que respecta a su esfera de acción. Pero a pesar del paralelismo entre ambas prevenciones, los principios expuestos actúan en la prevención especial de forma propia, sus fines se incluyen en los criterios de seguridad y corrección. Decimos seguridad en virtud de que si antelación ya se dijo que la función o una de las funciones de la pena es prevenir los delitos, se suman ahora decir que la sociedad debe estar asegurada contra el delincuente. En el sentido relativo a la corrección se asevera que la prevención especial no es conforme con la seguridad de la colectividad, sino que actúa sobre el delincuente corrigiéndolo.

Existe como una de las más importantes teorías de este grupo, la teoría correccionalista, cuyo creador es Roeder estableciendo que la pena deja de ser un mal porque su fin es mejorar al delincuente (17).

Por último, las teorías mixtas incluyen en la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, pues debe considerarse que utilidad y necesidad deben complementarse. Entre los autores de este grupo de teorías están: Carrara, Merkel y Binding.

(17) Enciclopedia Jurídica ONEBA, op. cit., Tomo XXI pag. 965.

Carrara expone que el fin de la pena no estriba en que se haga justicia, ni en que el ofendido sea vengado, ni en que el delincuente purgue su delito, ni que se obtenga su enmienda, todas estas pueden ser consecuencias y aún deseables de la pena, sin embargo la pena continuara siendo un acto inobjetable aún cuando faltaran estos resultados. Es por tanto el fin primordial de la pena el restablecimiento del orden externo en la sociedad, que fue dañado al violar las leyes disminuyendo en los ciudadanos el sentimiento de propia seguridad (18).

Es certero entonces afirmar que dentro del concepto reparación se incluyen los resultados de corrección del culpable, estímulo a los buenos y amonestación de los más inclinados. Es decir, que este concepto de reparación es totalmente diferente de los conceptos llanos de intimidación y enmienda porque una cosa es inducir al culpable a no delinquir más y otra es pretender hacerlo interiormente bueno. La intimidación y la enmienda están implícitas en la acción moral de la pena, sin que sean éstos un fin especial de la pena, pues se desnaturaliza la función punitiva de la pena. Así el fin último de la pena es el bien social representado en el orden que se obtiene a merced de la tutela de la ley jurídica y el efecto del hecho de castigo se une a la causa que lo legitima.

(18) CARRARA, F., op. cit. Volúmen II pag. 613 a 626.

IV.- LA PENA EN LAS ESCUELAS PENALES.

Es de relevante interés conocer en el devenir de la historia la suerte que ha corrido algún tema o suceso, es con tal finalidad que iniciaremos el desarrollo del presente inciso.

Si bien no en su concepción actual la pena siempre ha existido desde que el hombre se ha visto afectado en su persona o propiedades y como una primera forma de reacción hacia el causante de ello, así la pena vista a través de la historia ilustra los elementos esenciales de ella y cuales de los mismos han mudado, además aporta, el que persigue el hombre con la misma y cuál ha sido su función.

Un vez anotado lo anterior, diremos que la función represiva nos muestra diversos fundamentos en los variados tiempos.

Los historiadores de la ciencia penal coinciden en afirmar que existen los siguientes períodos.

- 1.- De la venganza privada.
- 2.- De la venganza divina.
- 3.- De la venganza pública.
- 4.- Humanitario.
- 5.- Científico.

En cada uno de éstos aparece predominante el principio que le da el rubro. Aún cuando aclararemos que el señalamiento hecho no significa que cada uno sustituya por completo al siguiente, ya que por el contrario si bien en cada uno existe un idea predominante conviven con ella otras diversas e incluso contrarias.

1.- Período de la venganza privada.

Nada existe con seguridad acerca del principio que inspiraba la penalidad en los tiempos primitivos. Afirman los autores de la materia, entre ellos Maggiore que la función penal en este período era esencialmente una venganza, pero ésta viene siendo de carácter individual o realizada de un grupo a otro, no se puede considerar como una reacción penal pues esta venganza es puramente personal y la sociedad no la aprueba ni la rechaza. Podrá hablarse de una venganza privada equivalente a la pena, cuando la sociedad reconozca la legitimidad de la venganza del ofendido(19).

Así en esta etapa se da lugar a grandes arbitrariedades y sangrientos hechos, ya que no existe limitante alguna, sólo surge como una leve atenuante la ley del Talión, aunada a un sentimiento de propia conservación.

2. Período de la venganza divina.

En esta etapa afirma Cuello Calón que la represión penal funda su objetivo en que el delincuente expie su delito y la divinidad deponga su cólera. La justicia criminal se ejercita por los jueces y en nombre de Dios, siendo un claro ejemplo el pueblo hebreo(20).

(19) MAGGIORE, G . op. cit. Tomo II , pags. 245 y sigs.

(20) CUELLO CALON , Eugenio, Derecho Penal, Editorial Nacional S.A., México, 1951, Parte General, pags. 54 y sigs.

3.- Período de la venganza pública.

Durante la misma, el Derecho de castigar pasa paulatinamente de manos de los particulares a las del Estado. Ya que no se puede decir propiamente pena, cuando el castigo es impuesto por un particular. Es en este momento - cuando se intenta mantener a cualquier precio la tranquilidad pública mediante el terror y la intimidación. Es precisamente cuando surgen las leyes más severas y crueles, no existía una limitante a la arbitrariedad de jueces y tribunales, ya que éstos tenían la facultad incluso, de imponer penas no previstas en la ley, llegando incluso a sancionar hechos no considerados como delito. Peniéndose al poder no en manos de la justicia, sino en las arbitrarias autoridades judiciales, iniciándose con ello una reforma con fines positivamente evolutivos, afirma el maestro Villalobos (21).

4.- Período Humanitario.

Durante la vigencia del humanitarismo fue la iglesia la precursora en combatir la penalidad cruelísima. Siendo el Derecho Canónico el que hereda al Derecho Penal las ideas de humanización, la orientación moral del delincuente, la preferencia del perdón sobre el odio, la caridad y la fraternidad. Son el Derecho Canónico y el Derecho Penal, los que valoran el elemento intencional para

(21) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Porrúa, S.A, México, 1985, Parte General, pags. 28 y sigs.

la imposición de la pena. El Derecho punitivo no es derecho de los particulares, sino del Estado.

Señala Cuello Calón que se forma con el cúmulo de estas ideas la corriente que a finales del siglo XVIII se conoce como el iluminismo (22). Es bajo esta corriente que en el Derecho Penal nace el Período Humanitario. Son las ideas de igualdad y de libertad tomadas del Cristianismo, las bases que cimentan el pensamiento de Rosseau y Montesquieu, para iniciar el movimiento revolucionario francés. Ubicados en el Derecho Penal, es el milanés César Beccaria quien se encarga de cristalizar y exponer en su Tratado de los Delitos y de las Penas, los ideales de un Derecho Punitivo justo, es decir, propone la humanización de las penas, censurando la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, abogando por la atenuación de las penas, proclama las ideas de la legalidad de las mismas y la protección del acusado mediante garantías procesales (23). Paralelo al pensamiento de Beccaria, surge en Inglaterra Howart, aún cuando sus ideas se refieren a la pena de prisión casi exclusivamente, realiza un trabajo en el que propone la reforma moral de los reos por medio de la religión, del trabajo y propone un régimen higiénico y alimenticio. Ambos autores crean cambios al campo penitenciario y a los códigos penales de la época.

(22) CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. pag. 57.

(23) BECCARIA, César, op. cit. pags 113 y sigs.

5.- Período Científico.

Se habla de esta fase a partir de la sistematización de los estudios penales. Marcando el arranque por sus brillantes ideas el italiano César Beccaria, aún cuando antes del mismo hubo inquietud por los problemas del Derecho Penal y se hicieron algunas sistematizaciones para resolverlos. Existen autores que señalan el inicio de esta fase a partir de los positivistas, pero ellos más propiamente crean ciencias causales explicativas de la criminalidad y no hablan de un derecho esencialmente normativo. Es pues, el positivismo una corriente que irrumpe contra el humanitarismo, ocasionándose el estudio de la etiología del delincuente. El delito ya no es sólo una entidad jurídica en un cuerpo de leyes, sino que se le ve en una dimensión más amplia, es el reflejo de la personalidad del individuo. No es por tanto la pena sólo represión sino es un medio para reeducar al delincuente, es decir, surgen las medidas de seguridad como otro elemento contra la delincuencia.

Una vez hecha la narración histórica de pena, señalaremos el caminar de la pena en las diversas escuelas del Derecho Penal, para ver que concepto había de ella y llegar a una conclusión.

Surge la Escuela Clásica con su principal representante Francisco Carrara, quien concibe a la pena como un mal que se inflige al culpable, pero no debe la pena exceder a las necesidades de la tutela jurídica, si ello ocurre, ya no es protección del Derecho, sino violación del mismo. La

Medida de la pena se trata en relación a la gravedad del delito, es decir, le interesa primordialmente el restablecimiento del orden externo de la sociedad, en virtud de que con el delito se construye una ofensa a la sociedad al disminuir la seguridad de los ciudadanos. Sostiene que el Derecho es connatural al hombre, Dios lo dió a la humanidad desde su creación, para que se cumpla en la tierra con los deberes. La ciencia del Derecho Penal es un orden de razones emanadas de la ley moral, preexistentes a las leyes humanas. El delito es un ente jurídico que tiene dos elementos esenciales: el libre albedrío y un hecho exterior lesivo para el derecho. La imputabilidad penal se funda en el libre albedrío. Aún cuando esta escuela da mayor relevancia al delincuente, no por ello se olvida de la pena. Es el bien social el último objetivo de la pena.

González Alpuche señala las siguientes características, como aquellas que encierran el consenso de la Escuela Clásica:

- 1.- Se establece un límite al Derecho de castigar .
- 2.- Se propone abolir las penas capitales, corporales e infamantes, como consecuencia de ello se proclaman los regímenes carcelarios y las sanciones pecuniarias.
- 3.- Se reivindica la garantía de audiencia y el debido procedimiento para el infractor .

- 4.- Se dice que su estudio se dirige al delito y a la pena como entidades jurídicas aisladas.
- 5.- Es la pena un medio de protección jurídica.
- 6.- La pena es una sanción individual, a flictiva, determinada, cierta, ejemplar y proporcionada a la entidad del daño producido y en su ejecución es correctiva, inmutable e improrrogable. (24).

A raíz del positivismo se abandonaron los lineamientos clásicos para adentrarse a los métodos de las ciencias naturales, creyéndose erróneamente que se trabajaba en el campo jurídico. La aparición del positivismo fue consecuencia del auge alcanzado por las ciencias naturales en los estudios filosóficos del siglo pasado y que se hace sentir inclusive en el derecho. En materia penal la escuela positiva se presenta como la negación radical de la clásica, pretende cambiar el criterio represivo, suprimiendo su fundamentación objetiva al dar preponderante realce a la personalidad del delincuente. El positivismo se caracteriza por sus métodos inductivos como una reacción más contra el clasismo que utilizaba el método deductivo. Eugenio Cuello Calón señala los

(24) GONZALEZ ALPUCHE, Juan José, El Crepúsculo de la Doctrina Positiva del Derecho Penal, Imprenta Universitaria, - México, 1952, pags. 33 y 34.

siguientes enunciados como los correspondientes a la Escuela Positiva:

- 1.- La responsabilidad del delincuente de riva de su convivir en la sociedad.
- 2.- Es importante la personalidad del delincuente.
- 3.- Busca la preservación social evitando el delito, más que reprimirlo.
- 4.- La pena debe adaptarse a la peligrosidad del delincuente, clasificando para ello a los mismos.
- 5.- Para evitar los delitos se apoya en la individualización de la pena.
- 6.- La función penal tiene como fin la defensa social (25).

Ahora bien, si para toda ciencia de la naturaleza cuyo fin es conocer las cosas e indagar sus causas in mediatas y a las leyes a que se hallan sometidas, es imprescindible el método experimental, no resulta así, en cambio para el derecho por no ser ciencia de la naturaleza. El delito, como tal es un concepto formado en la mente por uno de los llamados juicios sintéticos a priori. En la actualidad ya nadie pone en duda la imposibilidad de utilizar el método inductivo para encontrar las verdades relacionadas con el derecho.

(25) CUELLO CALON, Eugenio, op. cit. pags. 48 a 50.

Así en materia penal dice Villalobos Ignacio "El método de observación es adecuado para formar los -- primeros conocimientos antropológicos, psiquiátricos etcétera, así como para observar los primeros objetos prácticos de las sanciones que puedan orientar la penología, todo lo cual constituirá los presupuestos básicos de la dogmática penal y de toda la política que haya de seguir el Estado para tratar de mantener la conducta de los hombres dentro de la normas constitutivas del régimen social; pero sobre los conocimientos -- así adquiridos y paralelamente a ellos, hay que seguir trabajando en el campo jurídico" (26).

De entre la lucha de las dos anteriores escuelas, surge la tendencia ecléctica, esta posición acepta parcialmente los postulados de las mismas. Encuentra esta escuela su formación con Alimena y Carnevale, admite del positivismo la negación del libre albedrío y concibe al delito como fenómeno individual y social, hablando de las conveniencias del método inductivo se inclina hacia el estudio científico del delincuente. Acepta de la Escuela Clásica el principio de responsabilidad moral; distingue entre delincuentes -- imputables e inimputables, aún cuando niega al delito el carácter de un acto ejecutado por un ser dotado de libertad.

Podemos concluir el presente capítulo diciendo que, el Derecho Penal ha de reducirse al conocimiento científico de los delitos y de las penas como fenómenos regu-

(26) VILLALOBOS Ignacio, op. cit. pag. 48.

lados por el ordenamiento jurídico positivo. Concluimos:

- 1.- El delito tiene diversidad de causas.
- 2.- La pena tiene su justificación en el mantenimiento del orden jurídico y social.
- 3.- La pena produce seguridad social.
- 4.- La pena debe reunir los siguientes elementos:
 - a). Contener una prevención general, es decir, la pena debe ser una amenaza advirtiendo e intimidando a todos los ciudadanos.
 - b). Debe contener una prevención especial, es decir, una prevención que se logra ejecutando la pena sobre el delincuente mismo, aspirando a convertirle en un miembro útil a la sociedad, esto sea mediante la intimidación o corrección.
 - c). Ser a la vez, la realidad palpable de que una persona al transgredir el orden social no queda su actitud impune, para reafirmar la confianza de toda la comunidad y dar satisfacción al ofendido al ver que el delito no queda impune.
 - d). Ser el medio que premie y estimule la virtud.

CAPITULO SEGUNDO
LA EVOLUCION CONCEPTUAL DE LA
SANCION PENAL EN MEXICO.

1.- PERIODO PRECORTESIANO.

Bien es sabido que las costumbres aborígenes de índole penal, no han influido en la formación de los sistemas penales actuales, sin embargo tienen una gran importancia y son la vereda que da inicio al desarrollo de nuestras presentes leyes penales.

1.- Los Aztecas.

Nos dice Kohler J. que "el Derecho Penal mexicano es testimonio de severidad moral, de concepción dura de la vida y de notable cohesión política" (1), y al hablar de cohesión política nos explica el Dr. Carranca y Rivas, se refiere a "que las penas en el Derecho de los aztecas estaban al servicio de la oligarquía dominante y a la cual no le convenía estimular la libertad y la humanidad en el trato con los gobernados (2). Obviamente se establece esta finalidad en las penas, tomando en consideración las particularidades de la vida social y política del pueblo azteca, es decir, una marcada diferenciación de clases, sobresaliendo la clase guerrera y sacerdotal, con la consecuente diferente justicia penal, dando diversas penas según la clase social de los infractores.

(1) KOHLER J. El Derecho de los aztecas, Criminalia, T.III, pags. 228 y sigs.

(2) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario, Porrúa S.A., México, 1981, pag. 17.

Predomina en el Derecho azteca, la pena de muerte en sus más diversas formas: lapidación, ahorcadura, decapitación o descuartizamiento. Era la pena un castigo en sí, no era un medio para lograr un determinado fin creativo, predominaba la venganza privada, y a su lado la Ley del Talión para enmarcar la justicia penal, es decir, la pena solo debía satisfacer un instinto primitivo de justicia entre las diferentes clases sociales, torturar y afligir.

Era pues, un derecho severo y cruel. Se establece que por falta de moneda no existía la pena pecuniaria ni tampoco existía la prisión como pena, pues no se comprendía la existencia de un hombre inútil a la sociedad, se imponía maltratamiento al cuerpo, esclavitud o como ya se dijo la muerte.

Se hacía la división de delitos leves y graves, los primeros se castigaban correccionalmente, generalmente con azotes o golpes de palos, y los graves eran delitos contra las personas, ataques a la propiedad, al orden público o a la moral y la desobediencia a ciertas leyes preceptivas. Existía una prisión llamada Cuauhcalli que servía para los sentenciados a muerte, diferenciándose de la Teilpiloyan que era para los presos de penas leves. La prisión duraba mientras se dictaba sentencia o se cumplía la pena corporal.

En cuanto a quien juzgaba, nos dice Carranca y Rivas, citando a Raúl Carranca y Trujillo que, era el emperador azteca Cualhuatecuhtli, Tlatocui o Hueitlatoani, junto con un Consejo Supremo de Gobierno, el Tlatocan formado por cuatro personas que habfan de ser sus hermanos, primos o sobrinos y entre los que habfa de ser elegido el sucesor del emperador, el que juzgaba y ejecutaba las sentencias (3). Los pleitos duraban ochenta días como máximo y seguian sin intermedios. Cada ochenta días el Tlatocan celebraba audiencias pú**u**blicas, sentenciando sin apelación.

Expondremos a continuación una lista de delitos y la pena con que eran sancionados tomados de la basta elaboración que de ellos nos hace la Enciclopedia México a través de los siglos.

Ahora bien, respecto a los delitos contra las personas, el homicidio se castigaba con la muerte y si se hacfa con veneno morfan el homicida y quien le dió el veneno; el marido que mataba a la adúltera morfa porque usurpaba las funciones de la justicia; generalmente daba a éstos muerte ahorcándolos, si se mataba a uno hombre que tuviera mujer e hijos, podfa evitarse la muerte si la viuda la perdonaba y entonces quedaba por esclavo de ésta.

(3) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. op. cit. pág. 19.

De los delitos contra el orden de las familias, la moral pública o las buenas costumbres, el que más se castigaba era el adulterio. Si tomaban in fraganti a los adúlteros y había testigos, los prendían y si era necesario les daban tormento, y una vez confesado el delito los condenaban a muerte, si las personas eran principales los ahorcaban y después eran emplumados de la cabeza y los quemaban por consideración a su jerarquía. El que forzaba a una doncella tenía pena de muerte si era en el campo o en la casa de su padre. La misma pena correspondía al padrastro que estaba con su entenada y la madrastra que estaba con su ente-

nado. Por honestidad se daba muerte al hombre que se vestía de mujer o a la mujer que se vestía de hombre. Se buscaba la publicidad de las sentencias para que sirviera de escarmiento.

De los delitos contra la propiedad, el robo de cosa notable o con violencia se castigaba la primera vez con esclavitud y la segunda con la muerte. Se consideraba la embriaguez como vicio que inclinaba al robo. Todas estas circunstancias se representan en sus pinturas, sin que jamás se considerase como circunstancia atenuante.

En los delitos del orden público cuando los culpables conspirasen o tratasen de traicionar al señor o le quisieren privar de su señorío, se le aplicaba la pena máxima. Al que era traidor avisando a los enemigos en la gue-

rra, los despedazaban, se les confiscaban sus bienes y se hacía esclavos a todos sus parientes. Era muy sancionada la embriaguez y se consideraba como un delito grave, sólo se permitía tomar pulque a los mayores de sesenta años o mayores de treinta, en alguna boda, y a los borrachos que empezaban a escandalizar se les tranquilizaba afrentosamente en la plaza.(4)

Luego entonces lo que se castigaba era la transgresión a una costumbre, a un mandato del soberano, es decir, la pena no tenía carácter de coordinación social, es decir, la defensa social y de mantenimiento del orden de la misma índole, sino que era una venganza y mandato.

(4) Enciclopedia México a Través de los Siglos, T. I, pág. - 657-661.

2.- Los Mayas.

El pueblo maya establecía penas de menor severidad, comparado este derecho con el azteca. Refiere Raúl Carranca y Rivas en su Derecho Penitenciario Mexicano, al citar al DR. Carranca y Trujillo que, la justicia era encabezada por el batab, que se hacía en forma oral, directa y pronta, el recibía e investigaba las quejas y resolvía de inmediato en forma verbal y sin derecho de apelación (5).

Las penas eran ejecutadas sin demora por los tupiles y servidores destinados a dicha función. Los pueblos primitivos aprovechaban los medios que la naturaleza les ofrecía para con ellos dar muerte a sus enemigos o a los culpables de delitos, ya que el castigo tenía su origen en la naturaleza.

Carranca y Rivas, dice que "las penas y las formas de castigar de los pueblos revelan sus inclinaciones morales y su grado de evolución cultural cuando no espiritual y religiosa" (6).

Los mayas al igual que los aztecas, no concebían la pena como una regeneración o readaptación, sino que pretendían readaptar al espíritu, purificándolo por medio de la sanción, ya que en ocasiones se conducía al reo acompa-

(5) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. op. cit. pag. 35.

(6) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. op. cit., pag. 36.

ñado de peregrinos al cenote sagrado de Chichén Itzá donde era arrojado desde lo alto de la cima profunda. En la comisión de un delito se ofendía lo mismo al Estado que a los dioses.

Los mayas al igual que los aztecas carecían de detención y cárceles, si bien existía alguna de éstas era para aguardar la ejecución de la pena.

En cuanto a las penas, castigaban con la muerte al adúltero, para lo cual atado a un madero lo entregaban al marido ultrajado; si éste lo perdonaba quedaba libre, y si no lo mataba dejando caer sobre su cabeza una gran piedra, a la mujer se le daba como único castigo la fama y el desprecio del público. Al homicida lo estacaban para que muriese, al ladrón de poco monto lo hacían esclavo y si era señor se juntaba el pueblo y le labraban el rostro desde la barba hasta darle muerte. Tenía pena máxima, el que era traidor a su señor, al incendiario y al corruptor de doncellas. Si el homicida era menor, no se mataba, sino que se le hacía esclavo ad perpetuum. No usaban del juramento, pero maldecían al mentiroso. No usaban los azotes ni la prisión, pero a los condenados a muerte, a los prisioneros de guerra y a los esclavos fugitivos, les ataban atrás las manos, les ponían en la garganta callera hecha de palos y cadenas y los llevaban a una jaula de madera que servía de cárcel. La pena de esclavitud era hereditaria. Interminable sería seguir las costumbres mayas, toda vez que varían según los lugares (7).

(7) México a Través de los Siglos T. I., Pág. 352 y 353.

3.- Los Tlapotecos.

Nos refiere Raúl Carranca y Rivas que, la delincuencia en este grupo era mínima, existían en los pueblos cárceles que eran auténticos jacales, sin seguridad alguna. Existía la cárcel para la embriaguez entre los jóvenes y la desobediencia a las autoridades.

Al igual que los pueblos aztecas y mayas el adulterio era altamente penado, la mujer sorprendida en adulterio era condenada a muerte, si el ofendido lo solicitaba, pero si la perdonaba, ya no podría éste volverse a unir con la misma, y era el Estado quien la castigaba con crúes mutilaciones. El cómplice de la adúltera era multado y se le obligaba a sotener a los hijos que en caso de tal hecho existieren. El robo se castigaba con penas corporales como la glage-lación en público. Si el robo era mayor el castigo era la sanción máxima, es decir, se castigaba con la muerte(8).

4.- Los Tarascos.

Entre este pueblo dedicado principalmente a la agricultura, existía una marcada división de clases. El sacerdocio era una casta y a ella pertenecía el Cazonci y los principales del reino, luego existía la clase guerrera, el pueblo y una gran cantidad de esclavos.

(8) CARRANCA Y RIVAS, Raúl. op. cit., pag. 44.

II. - EN LA COLONIA.

1.- Las Fuentes en el Derecho Penal de las Indias.

En 1528 se comenzó a organizar a semejanza de los demás consejos de la Corona, el Gran Consejo de las Indias, centro de consulta y legislación, tribunal y oficina de administración, además de academia de estudios.

Para frenar los abusos de los españoles, que no eran de lo mejor de España, nos refiere Ignacio Villalobos que, en 1596 se hace una legislación de Indias constante de nueve libros, que se aplicaban conjuntamente con las costumbres de los encomenderos y pobladores de América. Con la finalidad de que los españoles se rigieran por sus propias normas y con la tendencia de proteger a los indígenas, además para evitar que los mestizos y los negros crearan motines. Las Leyes de Toro eran para españoles y supletorias para los indígenas, pero de facto se aplicaban también desde el Fuero Real y las Partidas hasta la Nueva y Novísima Recopilación y algunas órdenes dictadas para alguna materia en especial, éstas últimas al igual que los autos acordados por Carlos III en el año 1759 marcaban el inicio para las Indias de una legislación más sistematizada (10).

(10) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Porrúa, S.A. México, 1983, pag. 112.

Por la abundancia de pescado en su región los mexicanos la llamaron Michoacán. Aún cuando son escasas las noticias de este pueblo con referencia a la índole penal se puede decir que eran muy crueles. El adulterio con una de las mujeres del cazonci se castigaba con la muerte de toda la familia del adúltero y confiscación de sus bienes. Aún cuando los delitos cometidos por los principales, fueran mínimos eran degradados y desterrados, así como también desnudaban a sus mujeres. El hermano o el hijo del cazonci que llevaba mala vida, era muerto con su servidumbre y sus bienes leeran confiscados. Al fornicador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas y después lo empalaban. El hechicero corría la misma suerte pero en lugar de empalarlo era arrastrado vivo y muerto a pedradas.;

El primer robo era perdonado, pero si reincidente el delincuente, era despenado. A excepción dada de la fiesta Eguatácónscuaro, en el cual hacía justicia el Sumo Sacerdote Petamuti, este derecho era reservado exclusivamente al cazonci(9).

(9)CARRANCA Y RIVAS, Raúl, op. cit. pag. 46.

Es decir, la primera fuente la constitu-
yen la Recopilación de Indias terminada en 1680, pero el es-
pañol Luis JIMÉNEZ de ASÚA señala que existieron antes otras
recopilaciones como: la de JUAN de Ovando de fecha descono-
cida, el Cedulaario de Puga de 1525 a 1563, las Leyes y Orde-
nanzas Reales de las Indias del Mar Oceano por Alonso de Zu-
rita de 1570, los nueve libros de Diego de Zorrilla de 1605
entre otras más que vienen a ser la fuente de este nuestro -
Derecho Penal Mexicano (11).

Con este derecho Indiano, camina a la
par como derecho supletorio el Derecho de Castilla, ya que -
se mandó a aplicar en diversas ordenanzas reales incorpora-
das a la Recopilación de Indias, igualmente y como ya hemos
dicho las demás leyes de origen español.

Refiere JIMÉNEZ de ASÚA que, al lado de
estas dos fuentes subsistieron en la Nueva España las prime-
ras costumbres de los indios conquistados, expresamente san-
cionadas por los monarcas, siempre que no afectaran a la so-
ciedad y al Estado colonizador, aceptándose la jurisdicción
de los jefes indígenas, como lo vemos en la Ley 28 título 3
libro VI de las Leyes de Indias "La jurisdicción criminal -
han de tener en los indios de sus pueblos, no se ha de en-
tender en las causas criminales en que hubiese pena de muer-
te, mutilación de miembro y otro castigo atroz, quedando siem-

(11) JIMENEZ DE ASUA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Editorial
Lozada, Argentina, 1950, T. I, pag. 958.

pre reservada para Nos y nuestras Audiencias y gobernadores la Jurisdicción suprema, así en lo civil como en lo criminal, y el hacer justicia donde ellos no la hicieren" (12).

Una última fuente la conforman las disposiciones tomadas por los virreyes y gobernadores que aún cuando se enmarcan en la esfera policial contenían penas graves, llegando incluso a la de muerte.

2.- El Derecho Penal Indiano.

Siguiendo la investigación hecha por el multicitado autor español, anotaremos que un antecedente de un primitivo Código Penal Mexicano, lo es un expediente titulado Diligencias que en virtud de superior despacho se han practicado a pedimento de los naturales del pueblo de Santa-María Tlatitla de la Jurisdicción de Izcuar, México (13). De este expediente existe un mandamiento relativo a asuntos de los indios de fecha 30 de junio de 1546 en el cual se toma en cuenta la condición indígena y las penas son atenuadas en comparación a las aplicadas a los mismos españoles.

(12) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit. T.I, pag. 959.

(13) JIMENEZ DE ASUA, Luis., op. cit. T.I, pag. 961.

Ahora bien, como ya se estableció, en el inciso anterior, son las Leyes de Indias el documento más importante en este tipo de legislación. Inicia la mencionada ley Antonio Maldonado y la finaliza Vasco de Puga, según refiere Jiménez de Asua. Haciendo una cita Jiménez de Asúa de la Ley de 1621 denotamos en esta disposición el carácter preventivo que debe contener una legislación penal de progreso y que a la letra dice: "el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos, que en castigarlos después de cometidos" (14).

Asimismo en las leyes de Indias se establece la existencia de personas en estado peligroso, tales como jugadores, vagabundos, gitanos, etc. Una amplitud enorme en la autoridad judicial. La pena pecuniaria se establece en relación a las posibilidades del indígena. Y se denota mayor benignidad en las sanciones de los delitos, cuando éstos eran cometidos por indígenas.

Es en el libro VIII de las Leyes de Indias donde se encuentran las más disposiciones penales. Este libro se compone de ocho títulos y tomando como apoyo que la finalidad de la presente no es histórico fundamentalmente, nos centraremos en el análisis del título que tiene como rubro "De los delitos y penas y su aplicación", en el desorden que impera. En tal título diremos que aparecen como penas la de muerte, mar

14) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit. T.I, pag. 961

ca, galeras, destierro y multa.

Contiene este título 28 leyes, las cuales para fines ilustrativos transcribimos en seguida, tomando para ello la enunciación que con respecto al tema hace Ji
ménez de Asua.

Ley I: Todas las justicias han de averiguar y castigar los delitos.

Ley II: Como el jurar en vano y blasfemar.

Ley III: El falso testimonio.

Ley IV: Y el adulterio, ordenándose que los mestizos sean pe
nados igual que los españoles.

Ley V: Las penas de marca y otras pecuniarias para los mance
bos, serán el doble que en Castilla.

Ley VI: La de marca no se impondrá a los indios.

Ley VII: No se prenda mujer por mancebada de clérigo, fraile o casado, sin información.

Ley VIII: Y que las indias amancebadas se apremien a que mar
chen a su pueblo a vivir.

Ley IX: No se pueden tener estoques, verdugos o espadas de -
más de cinco cuartas de cuchilla.

Ley X: Los indios pueden ser condenados al servicio personal en los conventos y en las repúblicas.

Ley XI: Los condenados a galeras serán enviados a Cartegena o tierra firme.

Ley XII: De las personas de cá, ara (pecuniarias) se tomará lo necesario para conducir los presos del Perú.

- Ley XIII: Los galotes condenados a servir en galeras, no que darán en las indias despues de cumplida la condena, y serán devueltos a España.
- Ley XIV: No se condenará a los gentilhombres a las penas de galeras.
- Ley XV: LAS jucces han de imponer las penas legales de ordenanza.
- Ley XVI: Y los justicias guardan la ley y Ordenanzas en la ejecución de penas, aunque sea la de muerte.
- Ley XVII: Se prohíbe a los presidentes, oidores, jueces y justicias que hagan composiciones en causas criminales, salvo en especialísimos casos y por motivos no graves.
- Ley XVIII: Si fere necesario deportar a algún caballero o persona de calidad, para presentarlo ante el rey, deberá remitirse copia de las resoluciones.
- Ley XIX: El extrañamiento sólo podrá hacerse por los gobernadores.
- Ley XX y XXI : Dándose desde luego otras reglas sobre el exilio.
- Ley XXII y siguientes: Hablan de las sumas pecuniarias impuestas como sancion-s o costas. (15).

(15) JIMENEZ DE ASUA, Luis.op. cit. T.I, pags. 964-965.

3.- La Práctica Penal.

En lo referente a la aplicación de la justicia penal, diremos que los virreyes y gobernadores tenían facultades para imponer la pena de muerte incluso. Aún cuando las Leyes de Indias ordenaban que se cumplieran las garantías legales en todas las penas, en la práctica no fue esto totalmente cumplido. Las penas variaban con las personas, el domicilio y la raza.

Luis Jiménez de Asúa, citando a José Rafael Mendoza nos dice que, los procesos más comunes de la Colonia se seguían por delitos contra las personas: homicidios, heridas, injurias; o contra la propiedad: hurtos, robos, abigeatos y daños; entre los sexuales están: el concubinato, adulterio, seducciones, violaciones, raptos, sodomías y ocupando el cuarto lugar estaban las conspiraciones políticas. Los Tribunales coloniales, eran benignos, no aplicándose incluso por el Tribunal de Chile la pena de muerte y atenuando las penas legales. La substanciación de los juicios era breve. Los fiscales velaban por la solución rápida de los procesos y sus dictámenes tenían sabios fundamentos. Las sentencias en cambio sólo excepcionalmente exhiben fundamentos legales (16).

(16) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I, pag. 978.

Las penas aplicadas por los Tribunales Indianos la más de las veces eran menores a las penalidades establecidas. La condena de muerte no se ejecutaba casi nunca. Cuando se hacía, se ejecutaba de distintas formas: la horca, la decapitación o el garrote. Debido a la dificultad de quien ejecutaría las sentencias, la Real Audiencia de Buenos Aires conmutaba la pena impuesta por el desempeño por 10 años o a perpetuidad del oficio de verdugo (17).

La pena de muerte y la de azotes eran ejecutadas en la plaza mayor.

Las penas corporales existieron, pero las severas eran conmutadas. De todas las mutilaciones, la más frecuente fue siempre la amputación de la mano. La pena de azotes era la más usada, pero previo el seguimiento del juicio. Tenía el carácter de afrenta y se hacía en espaldas desnudas y por las calles y en la plaza pública (18).

Existió la pena de presidio que reemplazó a la de galera y a la de trabajos públicos, a ración y sin sueldo. La pena menos fue la exhibición infamante en la picota. También menores fueron el arresto, el confinamiento y la reclusión.

(17) JIMINEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I, pag. 991

(18) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I, pag. 996.

III.- MEXICO INDEPENDIENTE.

1.- Las primeras leyes penales.

Al triunfo de la Independencia, como era lógico las primeras disposiciones legislativas se refieren por las circunstancias presentes, casi exclusivamente al Derecho político. La Constitución de 1824 de tipo federal requería que cada entidad federativa tuviera su propia legislación, pero debido más que nada a la fuerza de la costumbre sucedió que en 1838 se declararían vigentes en todo el territorio las leyes de la colonia(19).

Hasta 1857 no hay bases sobre las cuales edificar el propio Derecho Penal Mexicano, reinando una total anarquía en cuanto a disposiciones esenciales, pues ya existían algunas disposiciones pero éstas eran referentes al procedimiento y a la jurisdicción.

Los constituyentes de 1857 sientan las bases para edificar el Derecho Penal, pero debido a la intervención francesa, dicho trabajo se interrumpió y se restableció el gobierno republicano, el estado de Veracruz fué el primero en poner en vigor sus códigos propios, civil, penal y de procedimientos.

(19). VILLALOBOS, Ignacio. op. cit., pag. 113

2.- El Código Penal de 1871.

Siendo Juárez en 1867 presidente de la República a don Antonio Martínez de Castro, Secretario de Instrucción Pública, quien preside la comisión redactora del que sería el primer Código Penal Federal Mexicano. Lográndose con los primeros trabajos la formación del libro primero y quedando -como ya se ha dicho- interrumpidos dichos trabajos, reanudándose en 1868. Con base en este libro primero y en el Código Español de 1850 y su reforma de 1870, se aprueba y pública el Código Penal el 7 de diciembre de 1871 que iniciaría su vigencia el 10. de abril de 1872 en el Distrito Federal y en el territorio de Baja California sobre delitos del fuero común y en toda la República en delitos del orden federal(20).

Es este código, manifiesta expresión de la corriente clásica y constante de 1152 artículos .dicho código se componía de un título preliminar sobre su aplicación, una parte general sobre responsabilidad penal y formas de aplicación de las penas, otra sobre responsabilidad civil derivada de los delitos en particular y una última sobre faltas (21).

(20) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I., pag. 1242 y 1243.

(21) BARRAGAN BARRAGAN , José. Legislación Mexicana sobre presos, cárceles y sistemas penitenciarios (1790-1930), Biblioteca Mexicana sobre Prevención y Readaptación Social, Núm. 4, Secretaría de Gobernación, México, 1976, pag. -277.

Es en la primera parte donde se dan separadamente las penas de las medidas preventivas, reglas generales sobre las penas, enumeración de ellas, agravaciones y atenuaciones e incluso se contempla en este título el aspecto relativo a la libertad preparatoria.

El artículo 60, da el concepto que de pena se debe entender. Así dice "no se estimarán como penas: la restricción de la libertad de una persona, ya sea por arraigo, o por detención o prisión formal; su incomunicación: la separación de los empleados públicos de sus cargos ni la suspensión en el ejercicio de ellos, decretado por los tribunales, o por las autoridades gubernativas cuando esto se haga para instruir un proceso" (22). Es decir, no son estas disposiciones una sanción irrevocable y definitiva, sino meras medidas preventivas o de aseguramiento.

Este código, pretende con base en lo establecido en el artículo anterior, sentar una perfecta diferenciación entre una pena y otra medida de diversa índole. Así mismo el artículo 66 establece los tres términos de la pena temporal: mínimo, medio y máximo. A no ser que la ley fije el primero y el último, en este caso el juez tiene pleno arbitrio para aplicar la pena que estime justa dentro de esos dos términos.

(22) BARRAGAN BARRAGAN, JOSÉ. op. cit. , pag. 252.

Respeto al trabajo en prisión se incluyen para que éste además de ser una forma de ocupacional, sea un medio para allegar a los presos un ingreso económico, disposiciones para tales fines.

En el artículo 92 se hace una enumeración de las penas para los delitos en general, y son : pérdida en favor del erario, de los instrumentos del delito y de las cosas que son efecto u objeto de él; extrañamiento; apercibimiento; multa; arresto mayor y arresto menor; reclusión en establecimiento de corrección penal; prisión ordinaria en penitenciaria; prisión extraordinaria; muerte; suspensión de algún derecho civil, de familia o político; suspensión de empleo o cargo; destitución de determinado empleo, cargo u honores; inhabilitación para toda clase de empleos o cargos; inhabilitación para obtener determinados empleos, cargos u honores, suspensión en el ejercicio de una profesión que exija título expedido por alguna autoridad, o corporación autorizada para ello; inhabilitación para ejercer una profesión; destierro del lugar, distrito o estados de la residencia (23).

Se señalan además penas para los delitos políticos, sólo que se aumentan el destierro de la República y se sustituyen las formas de prisión por el confinamiento que es ordenarle al reo la residencia en lugar determinado, y esta designación del lugar la hará el gobierno y la reclusión simple se hace efectiva en una fortaleza o en otro edi-

2) BARRAGAN BARRAGAN, José. op. cit. pag. 236-238

ficio destinados especialmente con este objeto.

Las medidas preventivas que se señalan son : reclusión preventiva en establecimientos de educación correccional; reclusión preventiva en la escuela de sordomudos; reclusión preventiva en un hospital; caución de no ofender; protesta de buena conducta; amonestación; sujeción a la vigilancia a la autoridad política; prohibición de ir a determinado lugar, Distrito o Estados, o de residir en ellos(24).

Se hace además señalamiento específico para en caso de agravantes o atenuantes de la pena.

3.- Los proyectos de reformas.

En el año de 1903 el presidente Don Porfirio Díaz designó una comisión presidida por el licenciado Miguel S. Macedo para hacer una revisión al Código Penal y proponer las pertinentes reformas, quedando terminado el proyecto de reformas en junio de 1912, constante de cuatro volúmenes careciendo de efectos prácticos debido a los movimientos revolucionarios que desviaban la atención hacia otros asuntos de mayor envergadura.

(24) BARRAGAN BARRAGAN, José. op. cit. art. 94 pag. 238.

En opinión de Jiménez de Asúa, dicho proyecto es deficiente en su técnica, pero tiene un espíritu político-criminal bastante certero que se muestra en medidas - como la retención por más de la cuarta parte de la pena contra los reos habituales, la hospitalización en manicomios para enajenados y anormales y el aislamiento de bebedores consuetudinarios (25).

4.- El Código Penal de 1929.

En 1929 se culmina con la revisión al Código Penal, hecha por una comisión entre cuyos integrantes están José Almaraz y Luis Chico Goerne, es el Presidente Portes Gil quien publica el Código Penal de 30 de septiembre de 1929, el cual entraría en vigor el 15 de diciembre del mismo año.

Este código de supuestas orientaciones - positivas -asevera Jiménez de Asúa- consta de 1233 artículos. Refiriéndose a Almaraz dice Jiménez de Asúa que, si bien este código es de transición y por lo tanto adolece de defectos, es el primer código que en el mundo inicia la lucha consiente contra el delito a base de la defensa social e individualiza a las sanciones (26):

(25) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I., pag. 1243.

(26) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit., T.I., pag. 1244.

Afirma Luis Jiménez de Asúa que, agregan los comisionados "que el concepto de pena limitado hasta entonces a la acción de la sociedad sobre el hombre criminal, se sustituye por el concepto de represión del delito, trascendiendo la pena hasta el ambiente social y físico de nacimiento de la delincuencia" (27).

El código penal de 1929 era un Código de defensa social, ya que el artículo 68 dice "el objeto de las sanciones es : prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles, aplicando a cada tipo de criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la defensa social exijan" (28).

Las sanciones que establece el Código de 29 se dividen según la categoría de delincuentes; existen por tanto, para delincuentes comunes mayores de 16 años, delincuentes políticos, delincuentes en estado de debilidad, anomalía o enfermedad mental, delincuentes menores de 16 años y el artículo 73 de dicho ordenamiento agrega un quinto grupo llamado Sanciones Complementarias y dice que lo son cuando no constituyan sanción por si mismas.

(27) JIMENEZ DE ASUA, Luis. op. cit. T.I. pag. 1244

(28) BARRAGAN BARRAGAN , José. op. cit. pag. 726.

Como opinión personal cabe considerar que tanto el bloque de penas del grupo de delincuentes menores de 16 años y el de penas para delincuentes en estado de debilidad, anomalía o enfermedades mentales, constituyen un grupo de medidas preventivas, aún cuando, los autores del proyecto de dicho código establecen que éste pertenece a la corriente positiva y por lo tanto no debe existir diferencia alguna entre pena y medida de seguridad. Es este último punto la esencia del capítulo que a continuación desarrollaremos y la finalidad última de esta investigación.

Existen sin duda alguna múltiples comentarios sobre el Código Penal de 1929, más siendo pretensión de la presente el estudio relativo a las penas y medidas de Derecho Penal, es por ello que las referencias y comentarios hechos se limitaron al citado tema.

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DE LAS
MEDIDAS DE DERECHO PENAL

I.- ANTECEDENTES.

Existe polémica acerca de la fuente de origen común o diversa de las penas y las medidas de Derecho Penal. La resolución de ello da pauta u orientación a aspectos teóricos y prácticos del Derecho Penal.

Refiere Antonio Berinstain, la división existente entre los penalistas, en atención a que hay quienes establecen una misma fuente y en contrapartida los hay que señalan a las medidas una naturaleza complementaria a la insuficiencia de los medios tradicionales en la lucha contra el crimen e igualmente afirman que proceden de otros campos del Derecho. Se basan éstos últimos en el contenido pluridimensional y preventivo de las medidas y su aspecto subjetivo que únicamente presupone la peligrosidad del delincuente. En cambio las penas son de un contenido unidimensional y retributivo, presuponen la culpabilidad; las medidas de Derecho Penal aparecen por primera vez a finales del siglo XIX como un fruto del positivismo italiano, en cambio las penas nacieron con el Derecho Penal Primitivo(1).

Coincidimos con el mencionado autor al considerar que las medidas han surgido en el Derecho Penal y así mismo éstas han evolucionado en su seno, y si bien no

(1) BERINSTAIN, Antonio, Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo, Importancia, Dificultad y Actualidad del tema, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1974, Pág. 65.

existían en su forma actual, si han tenido vida latente.

Como indicamos en el inicio del presente, la pena va perdiendo su carácter meramente represivo para ampliar su finalidad hacia el aspecto reeducativo y de terapia y con ello lograr la resocialización del delincuente.

Aún cuando se establece formalmente en nacimiento de las medidas a finales del siglo XIX, todas las legislaciones penales dan clara evidencia de instituciones semejantes a las medidas basadas en la peligrosidad del infractor.

Entre los pensadores que dan vida a las actuales medidas penales se cuenta a Platón y Santo Tomás según los cuales, la sanción es la medicina del alma o bien del espíritu. Para Lucio Anneo Séneca es fin de la sanción la corrección del delincuente y la seguridad de los buenos, separando a los malos; Beccaria dice que es mejor evitar los delitos que castigarlos.

Es en los inicios del siglo XIX, como ya dijimos con antelación, cuando los penalistas alemanes discuten acerca de las medidas de Derecho Penal. Asimismo en Italia los positivistas replantean una nueva visión de las medidas, señalan como un error en el Derecho Penal que la corriente Clásica únicamente aplique tales medidas a los mentalmente anormales y no a delincuentes reincidentes o profesionales, y esta corriente al negar el libre albedrío dice que la sanción se basa en la responsabili-

dad legal o social, luego entonces la sanción se podrá imponer por la mera circunstancia de vivir en sociedad. La sanción tiene un carácter esencialmente preventivo, anota Berinstain (2).

Al citar a Ferri, Berinstain dice "una vez excluida toda idea de retribución de la culpa moral - en el delito, las medidas de seguridad poseen la misma - función y naturaleza que las penas" (3).

Es decir, la Escuela Positiva no ve mayor distancia entre pena y medida de seguridad.

De estas opuestas posiciones: Clásica y - positiva, deriva Carlos Stoss en el siglo XIX, una sistematización de penas y medidas de seguridad en el anteproyecto de Código Penal Suizo.

Ahora bien, podemos concluir que las medidas nacen en el propio Derecho Penal y en la evolución positiva del mismo que se presta mayor atención a la peligr osidad y resocialización del sujeto delictual, provocando el mayor interés de las medidas en la dogmática penal.

(2) y (3) BERINSTAIN, Antonio, op. cit. pags. 39 y 42.

II.- CONCEPTO.

Es oportuno recordar en este punto, la mención hecha en nuestro capítulo primero respecto a la prevención de los delitos. Al respecto señalamos que si como fin primor-dial y esencial de la pena se establece la represión y ejemplaridad, también anotamos que se contiene en la misma un fin reeducador y previsor de los delitos, es decir, es la pena un castigo con una luz de esperanza.

Ahora bien, respecto al rubro que da título al presente capítulo, queremos subrayar que si bien la pena tiene entre sus fines la prevención es esencia - de éstas la prevención especial. Ya que como lo asegura Maggoire "la lucha contra el mal del delito si tuviera - que limitarse a castigar los delitos ya realizados, sin poner ningún freno a los futuros sería ineficaz" (4).

Anota la Enciclopedia Jurídica Omeba, bajo el rubro de Medidas Preventivas, que en un sentido amplísimo dicha expresión contiene toda disposición o me-dio de cualquier índole cuya finalidad va encaminada a - disminuir el fenómeno criminal. Distinguiéndose el amplio concepto del estricto y técnico-jurídico precisamente en que éste último se agota en la prevención especial(5).

- (4) MAGGIORE, G. Derecho Penal, El delito, las medidas de seguridad y sanciones civiles, Tr. de José Ortega T., Ed. Temis, Bogotá 1954, VII, pag. 395
- (5) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica argentina, Argentina, 1964, Tomo XIX, pags. 464-497.

Fue Carlos Stoss penalista suizo, profesor de Berna, Gruz y Viena, quien en 1893 las incorporó a un documento legislativo: El proyecto de Código Penal Suizo, base del código promulgado en 1937 y que rige desde 1942 bajo el título de Medidas de Seguridad (6).

Al respecto el autor mexicano Ignacio Villalobos en su libro titulado Derecho Penal Mexicano, señala como un error frecuente, el que se crea que estas medidas son recursos modernos y agrega que ya en el Derecho Romano los locos o sea, personas mentalmente enfermas eran enviadas a un sanatorio (7).

Villalobos establece que, las medidas de seguridad "son aquellas que, sin valerse de la intimidación (pena) y por lo tanto sin tener carácter definitivo buscan el mismo fin de prevenir futuros atentados por parte de un sujeto que se ha manifestado propenso a incurrir en ellas" así mismo señala el autor mexicano que esta denominación no es del todo impropia y le parece hasta ahora el título más acertado (8).

Antonio Berinstain define a las medidas de seguridad en los siguientes términos: "las medidas (penales) son medios asistenciales, consecuentes a un hecho típicamente antijurídico, aplicado por los órganos jurisdiccionales,

(6) Enciclopedia Jurídica CMEBA, op. cit. pag. 497.

(7) VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial - Porrúa, S.A., México, 1983, pag. 528.

(8) VILLALOBOS. Ignacio. op. cit. 528.

al tener de la ley, a las personas peligrosas para lograr la prevención especial". Agrega que estas medidas no necesariamente van a privar de bienes jurídicos a determinada persona, y por lo tanto, se declara contrario a los autores que en su definición contenga tal elemento (9).

Consideramos que cualquier disposición u orden dada por la autoridad, por menor que ella sea, perturbará nuestra esfera de acción.

Eugenio Cuello Calón dice: las medidas de seguridad son especiales medios preventivos, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por los órganos estatales competentes a determinados delinquentes para obtener:

- a). Su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y de curación).
- b). Su separación de la misma (medidas de aseguramiento de delinquentes, inadap tados).
- c). A prevenir la comisión de nuevos deli tos (10).

Queremos hacer patente que unicamente so mos simpatizantes de la anterior definición en forma parcial, en efecto, es cierto que tal medida debe ser impuesta por una autoridad estatal (poder judicial) , que priva o limita nues tra libertad, y va dirigida a determinado sujeto (que es - - quien se ha hecho merecedor a la misma) .

(9) BERNSTAIN, Antonio, op. cit. pags. 49 y 50.

(10) CUELLO CALON, Eugenio, La Moderna Penología, Bosch, S.A. España, 1958, pags, 88 a 90.

Ahora bien, es nuestra particular opinión señalar que en la mencionada definición existe una reiteración es decir, lo definido entra en la definición, en efecto, establece Cuello Calón como concepto Medidas de Seguridad, más sin embargo al dar como fin de la aplicación de las mismas - dice se logrará con ellas el aseguramiento de los inadaptados. Si bien , el autor quisó dar una especie y un género, es nuestra posición el decir que esto no es claramente palpable - en su definición.

Para concluir el presente inciso, debemos hacer una clara diferencia entre género y especies de las Medidas Penales. Conviene también distinguir las de otras especies de medidas que estando inmersas en el Derecho no tienen cabida en nuestro Derecho Penal.

No podemos llamarlas simplemente Medidas pues es un término vago y que nada aporta, tampoco es correcto la denominación de medidas de defensa social, propuesta el 6 de julio de 1951 en el Acuerdo de la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria (11) ,pues resulta poco concreta.

Para determinar con precisión nuestro concepto, diremos con Antonio Berinstain, que el título correcto es el de Medidas Penales, porque son las medidas que establece nuestro Derecho Penal concretamente en México, nuestro Código Penal y que tiene relación en forma más o menos directa con la pena, ya sea complementándola o sustituyéndola.

(11) BERINSTAIN, Antonio, op. cit. v. pags 73-75.

III.- NATURALEZA JURIDICA.

Para fijar la naturaleza jurídica de las Medidas Penales, debemos hacer referencia a dos corrientes - en que los teóricos se separan o dividen en : Unificación y Dualismo.

La teoría de la Unificación asevera que entre penas y Medidas de Derecho Penal, no existe diferencia y se comprenden ambas bajo el rubro de sanciones. Esta tesis la sostiene el movimiento positivista. Cita Sebastian Soler - "si el único fundamento de la actividad penal del Estado fuese la defensa social, y en virtud de ello todos los autores del delito respondieran por el sólo hecho de haberlo cometido, es natural que, cualquiera que sea la naturaleza de la consecuencia del delito, llame-se ésta pena o medida de seguridad su carácter común aparecería indudable y entre una y otra no existiría una diferencia cualitativa" (12).

Esta postura adolece de fallas esenciales, pues una sanción ordinaria es invariablemente proporcionada a la gravedad del hecho , entre tanto las medidas penales no están unidas, ni por su forma ni por su contenido a la gravedad del hecho cometido, sino a la particular situación del autor y se basa en la peligrosidad del sujeto.

(12) SOLER, Sebastian, Derecho Penal Argentino, Editorial TEA. Buenos Aires, Tomo II, pag. 456.

Además el mecanismo de prevención mediante amenaza en una pena, falta en la medida de D. Penal, la cual actúa en los sujetos que por su minoridad, deficiencia o inmadurez psíquica no comprendían esa amenaza y por lo tanto ésta depende en su tipo y duración de la peligrosidad del sujeto.

Señala el mencionado autor que, desde el punto de vista dualista en el cual entre pena y Medida de Derecho Penal existe una diferencia de cualidad, pues las Medidas de Derecho Penal tienen un carácter estrictamente administrativo y no deben incorporarse a los códigos penales, manteniendo su naturaleza de disposiciones de prevención y de buen gobierno. De este modo, se reserva para el Derecho Penal el campo de la represión.

Ya anotamos en el inciso anterior que no es únicamente la represión la esencia de las penas y por lo tanto del Derecho Penal, si no que la prevención forma parte de las penas si bien es cierto esto se produce en una forma distinta que en las Medidas de Derecho Penal, no podemos afirmar la total ausencia preventiva en las penas.

Es conveniente anotar las ideas que respecto a entre penas y medidas penales, nos da Maggiore.

El mencionado autor establece que las medidas de seguridad -como el las llama- están limitadas por dos frentes: el de las penas y el de las medidas de policía. Si la concepción de la pena se reduce a: la pena como defensa social y la pena como retribución.

Si se toma como base la defensa -dice el autor- los positivistas tienen razón al aseverar la total

inexistencia de una diferencia entre pena y medida. Los dos términos básicos para los positivistas son la peligrosidad y la defensa, sea esta última directa o indirecta. La defensa indirecta tiende a remover o atenuar las causas sociales del delito con medidas de prevención y de asistencia sociales; - la defensa directa tiende a ser inofensivos a los individuos-peligrosos propensos a cometer un delito. Toma dos formas: La de la prevención en cuanto provee con medidas de policía (antes del delito) ; la de represión en cuanto provee con medidas de Derecho Penal (después del delito y a causa de éste). En este orden de cosas la Medida de Derecho Penal elimina totalmente a la pena (13).

Concluye el autor, que no podemos estar de acuerdo con esto, pues la peligrosidad no debe ser la base del Derecho Penal, ni tampoco que la pena vacía de todo contenido ético y moral se anule en una automática reacción defensiva indiferente a los principios básicos de culpa y de expiación.

Finaliza el autor diciendo que la tendencia hacia la unificación es vaga, "la pena castiga, para prevenir y corregir existe la medida de seguridad" (14).

(13) MAGGIORE, G, op. cit. Volumen II, pag.

(14) MAGGIORE, G, op. cit. Volumen II, pag. 400.

Para subsistir el concepto de pena, el mismo debe alejarse de la prevención y la enmienda, esto quiere decir que la pena no puede producir otros efectos como la intimidación, la prevención, la corrección y otros, pero son generalmente de un modo eventual.

Ahora bien, respecto a la relación de Medida de Derecho Penal y Medida de Policía, asevera el autor que no existe diferencia alguna, si no más bien, una gran atracción desde el punto de vista dogmático.

Dice el autor que si tienen un sólo presupuesto: el peligro, y un sólo fin: la prevención tienen que coincidir en todo.

Señala como dos diferencias las siguientes:

- 1.- Que las medidas de seguridad son después del delito y las de policía antes.
- 2.- Las medidas de Derecho Penal son de exclusiva competencia del órgano judicial y las medidas de policía caen en autoridades de seguridad pública, o sea administrativas.

Pero, asevera siguen siendo medidas de prevención.

Sin embargo se anotan a juicio del autor dos condiciones a cumplir para que las mismas se apliquen, a saber:

- a). Que sea una persona socialmente peligrosa.
- b). Que esta persona haya cometido un hecho previsto por la ley como ilícito penal.

Es decir, primeramente no da importancia al presupuesto del delito como diferencia entre medida de Derecho Penal y medida de policía y posteriormente la señala como conditio sine qua non, aquélla se puede aplicar al sujeto responsable de tal conducta.

Asimismo agrega Berinstain, que aunque tenga carácter administrativo deben ser ordenadas por un juez, es decir, reconoce que tales medidas deben ser impuestas por una autoridad judicial, lo que presupone la comisión de un hecho delictivo y siguiendo el debido procedimiento para la imposición de una medida penal, lo cual es una manifiesta aplicación del principio de legalidad y si se diera un carácter meramente administrativo tal cualidad no cobraría tal importancia, porque si bien es cierto que este es un principio general de Derecho, en Derecho Penal, garantiza los bienes más preciados del hombre: su libertad y sus bienes.

Antonio Berinstain, anota que desde el punto de vista dogmático, existen entre Medida y Pena diversas coincidencias e igualmente diferencias. Y precisa que la principal diferencia se refiere al presupuesto básico peligrosidad (y en la pena es la culpabilidad) y la no limitación de la medida (en la pena el límite lo establece la culpabilidad).

Agrega que difieren respecto al ámbito temporal de la ley, ya que para las medidas no es aplicable el principio de irretroactividad de la ley, aún cuando ambas se unen en su justificación última que es la necesidad de su imposición para proveer la convivencia social(15)

(15) BERINSTAIN, Antonio, op. cit., pag. 52.

En lo relativo a la aplicación éstas como ya han establecido otros autores anteriormente citados, deben ser impuestas por la autoridad judicial, perenne guardian del principio de legalidad, así mismo lograr su independencia de las simples disposiciones administrativas.

Podemos anotar como una diferencia más en tre pena y medida penal, que al ejecutarse la medida evita el carácter totalmente retributivo existente al ejecutarse una - pena.

Concluye Berinstain "las medidas difieren más o menos de las penas, ontológica y formalmente, sustantiva y procesalmente" (16). Sus conceptos deben complementarse más que sobre el renglón privativo de derechos en lo referente a su carácter afflictivo.

Uno de los autores que pertenecen al dualismo, es sin duda Eugenio Cuello Calón, señala que existen - profundas diferencias en sus fines y por las diferentes clases de delincuente a que se aplican.

Debe admirtirse que algunas medidas tienen una esencia netamente penal como ciertos internamientos que presentan escasas diferencias con las penas privativas de libertad sobre todo cuando estas se imponen de un modo más o me nos indeterminado.

(16) BERINSTAIN, Antonio, op. cit. pag. 57.

Estamos totalmente de acuerdo con el autor en cuestión, al señalar que "que la medida de Derecho Penal - recae sobre la peligrosidad postdelictual, a diferencia de las llamadas medidas preventivas que obran sobre la peligrosidad social o ante delito, por lo tanto no puede ser impuesta sino por razón del delito, en sentencia judicial y contener todo género de garantías" (17).

Por empeñosa que sea la tentativa de unificar teóricamente penas y medidas, mientras se reconozca en los códigos la necesidad de prefijar escalas penales proporcionadas a la distinta gravedad de los delitos, la unificación será puramente verbal. Solamente la llana aceptación de la sentencia absolutamente indeterminada, basada en la peligrosidad del delincuente, importaría borrar toda diferencia entre las distintas sanciones.

(17) CUELLO, CALON, Eugenio, Derecho Penal, Parte General, Editorial Nacional, SA., México, D.F. 1951, pag. 51

ESTA TERCERA COPIA
SALIDA DE LA BIBLIOTECA

IV.- EL DERECHO PENAL PREVENTIVO.

Aún cuando el desarrollo del presente trabajo, no es precisamente referente a explicar o señalar las características del Derecho Penal, si es necesario hacer mención en el inciso que nos ocupa a su carácter preventivo, por ser precisamente las medidas penales, las que le dan tal cualidad.

Existen diversos autores que consideran a las medidas penales como disposiciones ajenas al Derecho Penal y de naturaleza totalmente administrativa.

Es claramente manifiesto que la evolución realizada por la pena se aproxima cada día más a las medidas penales y actualmente se señalan a la pena fines análogos a los de las medidas penales y a éstas además de su predominante sentido preventivo, se les reconoce un indudable carácter aflictivo y a veces intimidatorio, es decir, rasgos peculiares de la prevención general. Por ello hay códigos que a una pena la consideran medida penal o de seguridad -según el rubro dado- y al contrario.

Raúl Carranca y Trujillo, dice que la lucha debe dirigirse contra las causas generales y orgánicas de la delincuencia y para ello contamos con la antropología y sociología criminales. De ello surgirán medidas de prevención directa e indirecta contra el crimen o contra las tendencias delictivas.(18).

(18) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal, Imprenta Universitaria, México, - 1955, pags. 135 y sigs.

Existen primeramente disposiciones de esc
cia netamente administrativa, es decir, normas que el Estado
a través de su política criminal implanta para evitar cualquier
conducta peligrosa o delictiva. En México, existen diversas --
disposiciones contra el crimen entre ellas contamos con el Re
glamento de Policía y Buen Gobierno que trata de evitar con -
ductas asociales y/o antisociales.

Este tipo de disposiciones es aplicada -
por autoridades administrativas y son antes del delito, es -
decir, atacan las causas del delito y no son aplicables por
efecto del mismo.

Son entonces las medidas penales dispo-
siciones establecidas por un órgano legislativo, aplicables -
a un determinado sujeto y por consecuencia de la comisión de
un acto ilícito e impuestas por una autoridad judicial.

Luego entonces, tales medidas penales for
man y deben formar parte del Derecho Penal y por lo tanto con
tenerse en el Código Penal.

CAPITULO CUARTO
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD EN
EL DERECHO COMPARADO.

I.- INTRODUCCION.

No debemos emitir en el cuerpo del presente trabajo, el capítulo referente al Derecho comparado - porque las medidas de seguridad no pueden ser tratadas exclusivamente desde un punto de vista dogmático, desmembrado de la legislación positiva ya que son creación o mejor dicho surgen frecuentemente en la Ley, sea como tales o - bajo una diferente terminología, justificándose asimismo su existencia como categoría jurídica necesaria de ser aplicada.

Siendo una labor titánica el transcribir y comentar toda la legislación extranjera, nos parece más conveniente limitarnos a las legislaciones más importantes y actuales eliminando a las algunas de más alejadas a nuestra cultura. Tomando en cuenta este criterio el campo abarca las legislaciones de Europa Oriental y Occidental y de Hispanoamérica.

Capítulo propio daremos a las medidas penales en el Derecho Penal Mexicano.

Haremos la transcripción de los textos legales directamente de la legislación de cada país en mención, así como algunas veces se dará un breve comentario al respecto.

II. EUROPA.

1. ALEMANIA.

CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.

Trancribimos a continuaci3n los paragrafos m3s importantes res-
pecto a las medidas de lC3digo Penal, con las modificaciones -
introducidas hasta la ley de marzo de 1971.

2

PRINCIPIOS DE LA LEGALIDAD.

P3rrafo 4. Acerca de las medidas de seguridad y correcci3n, se
decidir3 seg3n la ley que rige en el tiempo de la sentencia.

Secci3n 1-a

Medidas de Seguridad y Correcci3n.

42-a

Enumeraci3n.

Las medidas de seguridad y correcci3n son:

- 1.- Internamiento en un establecimiento de cura o de salud.
- 2.- Internamiento en un establecimiento de cura de alcoholicos
o de deshabituci3n.
- 3.- (derogado)
- 4.- Custodi3 de seguridad.
- 5.- (derogado)
- 6.- Prohibici3n del ejercicio de la profesi3n.
- 7.- Privaci3n del permiso de conducir de veh3culos de motor.

No da la ley alem3na definici3n
alguna de las medidas de seguridad. La imposici3n de medidas de
seguridad corresponde a la autoridad judicial, debi3ndo rezli-
zarla en acto jurisdiccional (art. 2o) .El principio de lega-
lidad se establece el ordenar que se considerar3 exclusiva-
mente aplicable en lo que a medidas de seguridad se refiera la

la ley que estuviere vigente en el momento de la desición judicial (art. 2o.). La imposición de medidas de seguridad requiere siempre, como obligado presupuesto la ejecución de un hecho punible, siendo por lo tanto todas ellas postdelictuales y la duración de ellas es indeteminada subsistiendo mientras así lo exiga su fin; salvo el internamiento en un establecimiento para bebedores o de templanza y el primero en casa de trabajo o asilo, pues en estos casos no será nunca superior a dos años.

Puede la superior autoridad de ejecución en todo momento examinar si ha logrado la medida de seguridad, el fin propuesto y en tal caso ordenar la libertad del internado. Esto tendrá efecto de suspensión condicional del internamiento. Si el liberado demuestra con su conducta que su inocuidad exige un nuevo internamiento y la medida de seguridad no ha prescrito, el Tribunal ordenará su reanudación.

La ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas conjuntamente a una pena también privativa de libertad tendrá lugar después de cumplida (Art. 76), suspendida condicionalmente o indultada ésta.

INTERNAMIENTO EN UN ESTABLECIMIENTO DE SALUD Y CURACION.

Se impone (Art. 426), si así lo exige la seguridad pública, al no imputable que ha cometido un hecho sancionado por la Ley con una pena y en sustitución de ésta.

INTERNAMIENTO EN UN ESTABLECIMIENTO DE CURA ALCOHOLICOS O DE DESHABITUACION.

Se aplica al condenado por haber cometido delito en tal estado o a consecuencia del mismo, y ello se aplica únicamente complementario para acostumbrarle a una vida ordenada y de acuerdo a las Leyes. La ejecución de esta medida se hace en establecimientos administrativos, no judiciales.

CUSTODIA DE SEGURIDAD

Se impone a los delincuentes habituales - peligrosos (Art. 20 del C.P.) cuando lo exija la seguridad pública y como complemento de la pena impuesta (Art. 42 del C.P.)

PROHIBICION DEL EJERCICIO DE LA PROFESION.

Se aplica si es necesario para proteger a la colectividad de ulteriores agresiones, al que ha cometido un hecho de lictuoso penado con pena privativa de libertad de tres meses como mínimo de duración, cuando en la comisión ha mediado abuso de profesión u oficio, o violación de los deberes que ésta impone.

Pueden imponerse conjuntamente varias medidas de seguridad o corrección (Art. 42-p). (1).

(1) OLESA MUSIDO, Francisco F, Las Medidas de Seguridad, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, pag. 168-174.

2.- ALEMANIA

CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DEMOCRATICA ALEMANA, ENERO DE
1968.

Acontinuación enumeramos las medidas penales, que bajo el rubro de Medidas de Responsabilidad Penal reglamenta la legislación alemana.

CAPITULO III

MEDIDAS DE RESPONSABILIDAD PENAL

Sección I

Prescripciones Generales

26. Medidas para evitar posteriores hechos penales. Los directivos de las empresas, de los órganos e instituciones estatales; los presidentes de cooperativas y las direcciones de las organizaciones sociales, en cuya competencia fuera cometido un hecho penal o el autor trabaje, tiene que deliberar y ejecutar medidas en estrecha colaboración con los trabajadores, para eliminar las causas y condiciones del hecho, favorecer la educación colectiva, etc. Los directivos están obligados a rendir cuentas del cumplimiento de esta obligación ante los órganos correspondientes.
27. Tratamiento médico especializado para evitar posteriores violaciones del Derecho (especialmente en casos de ininputabilidad disminuida).

Sección 2

29. Medidas Educativas. - Entre éstas se señalan: Obligar al ciudadano a disculparse ante el ciudadano o la colectividad; obligar al ciudadano a retractarse públicamente de la injuria; amonestar al ciudadano, etc.

Sección 3

Penas sin restricción de Libertad

31. Caución.
32. Deberes de las empresas, cooperativas y organizaciones - sindicales (si se ordena una pena sin privación de la libertad, los directivos de dichas instituciones, en cuyo ámbito el condenado trabaje y viva, están obligados a garantizar la acción educativa de la colectividad sobre el condenado).
34. Obligación de prueba en lugar de trabajo. (El Tribunal obliga en juicio al acusado a no cambiar el lugar de trabajo actual o el que le señale. La empresa cuidará que - la eficacia educativa de la condena condicional quede garantizada en el lugar de trabajo.
37. Reprimenda Pública. Se ordena cuando el delito no tiene consecuencia dañosa relevantes o cuando, pese a importar daños más graves, el autor demuestra una conducta - responsable y conciente y su culpabilidad es ínfima. Esta reprimenda expresa al autor la desaprobación de su actuación, para exhortarla al concienzudo cumplimiento de

sus deberes para con la sociedad socialista. El tribunal puede ordenar que no se practique inscripción en el registro penal.

Sección 4

Penas con la privación de la libertad.

38. Clases de penas con privación de libertad.

- Como penas con privación de libertad se aplicarán:
- Pena de libertad
- Detención
- Educación Laboral.
- Como Penas Accesorias tenemos:
- Multa
- Publicación de la condena.
- Limitación de la residencia.
- Prohibición de determinadas actividades.
- Confiscación de objetos.
- Confiscación Patrimonial.
- Inhabilitación de derechos políticos.
- Expulsión de extranjeros.
- La pena de Muerte.(2)

(2) BERINSTAIN, Antonio, Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo, Inst. Editorial Reus, Madrid, 1974, pag. 331-357.

3-FRANCIA

Legislación General y Ley de 17 de julio de 1970.

Legislación General.

Acerca de las medidas penales, en Francia, la legislación más importante y moderna es la de 1970, que pretende reforzar los derechos individuales de los ciudadanos y que deroga la ley - de 1885 sobre relegación aplicable a los reincidentes peligrosos.

En el Código existen algunas medidas bajo el nombre de penas.

Refiere Olesa Muñido, que en el segundo - tercio del siglo pasado y debido al aumento de la reincidencia criminal, en Francia se promulga el 27 de mayo de 1885, - de la Ley que establece una medida destinada a la eliminación del reincidente, separándolo a un territorio colonial perpetua e irrevocablemente. Aún cuando la misma ley permite un caso de excepción a la misma. En 1937 se propone a través de un proyecto que la relegación fuese sustituida por el internamiento en un instituto penitenciario especial por tiempo no inferior a cinco años, seguido de un período de libertad condicional que permitiera el reintegro en caso de manifestarse de nuevo al estado peligroso del delincuente.(3)

La ley de julio de 1942 establece el internamiento de los relegados en territorio metropolitano con una duración mínima de tres años. A partir de este momento -- puede otorgarse la libertad condicional. En la actualidad se

ha organizado en la isla de Saint-Martín de Ré un establecimiento de custodia con este fin, aún cuando los resultados de la libertad condicional no son muy prometedores.

Los declarados penalmente irresponsables a causa de enajenación mental son internados con intervención de la autoridad administrativa en un asilo de alineados.

Existe un anteproyecto de Código Penal del 15 de mayo de 1934 en donde se introduce por primera vez un sistema de medidas de seguridad, que se clasifican en privativas de libertad, restrictivas de libertad y de orden patrimonial.

Las medidas privativas de libertad son: Internamente en un sanatorio, relegación y colocación en un depósito de mendigos.

Las restrictivas de libertad son: Prohibición de ejercer una profesión, arte u actividad; prohibición de residencia; expulsión del territorio; colocación bajo la protección de una sociedad de patronato y cuación preventiva.

Las patrimoniales son: disolución de una persona jurídica; cierre de establecimiento; confiscación de cosas cuya fabricación, tenencia o venta sea ilícita.

En vigor existen diversas disposiciones relativas o referentes a las medidas de seguridad así en el C.C.P., dice en su "Artículo 137, el control judicial y la detención provisional únicamente pueden ser ordenados por ne

(3) OLESA MUNIDO, Francisco, op. cit. pág. 189-194.

cesidad de la instrucción (del sumario) o a título de medida de seguridad y según las reglas y condiciones que se enuncian a continuación...".

En el Código Penal, esta Ley de 1970 introduce, en el libro I, capítulo V, del Código Penal, como sustitutivo de la relegación para los multirreincidentes.

Art. 58-1. La tutela penal tiene por objeto proteger la sociedad contra las acciones de los multirreincidentes, ofreciéndoles a éstos la posibilidad de volver al seno de la colectividad.

Puede ser impuesta a los reincidentes que, por hechos cometidos en el período de 10 años, sin incluir el tiempo pasado en detención por la ejecución de penas privativas de libertad, han sido condenados por crímenes o delitos del derecho común... La tutela se impone en el juicio que imponga una de las penas indicadas después (en los artículos correspondientes).

Art. 58-2. La duración de la tutela penal es de 10 años. Su comienzo se fija cuando expira la pena. Termina siempre que el condenado alcanza la edad de sesenta y cinco años en el curso de su ejecución.

Art. 58-3. La tutela se cumple en un establecimiento penitenciario o bajo el régimen de libertad condicional... (4).

(4) BERINSTAIN, Antonio, op. cit. pag. 314-316.

UNION DE REPUBLICAS SOCIALESTAS SOVIETICAS.

Con el triunfo del movimiento bolchevique, se rompió el ordenamiento jurídico ruso basado en las concepciones o corriente clásica.

El materialismo fuente creadera de la Filosofía Del Derecho Soviético tiende más que nada a la defensa del Estado proletario en el período de transición al régimen comunista. Por consecuencia se rechazó de los códigos la expresión pena, que a la vez era totalmente distinguida de las medidas de seguridad, es decir existía un sistema dualista.

El 22 de noviembre de 1926 se promulga el Código Penal para la República Socialista Federativa Soviética Rusa, bajo las bases de ser las medidas de defensa social, los únicos medios de defensa contra el delito cualquiera que sea su autor. Asimismo se suprimen del texto los términos culpa y pena. "Se reputa peligrosa toda acción u omisión dirigida contra la estructura del Estado Soviético o que lesiones el orden jurídico creado por el régimen de los trabajadores y campesinos para la época de transición a la organización social comunista". (5)

La peligrosidad es la célula del delito en el Código Soviético, pues si en un momento dado un hecho cometido es tipificado como delito, pero si carece de carácter peligroso puede aplicarse al medida de defensa social.

(5) OLESA, Muñido Francisco, op. cit. pag. 243.

Aún cuando las formas de peligrosidad no son permanentes.

La peligrosidad se manifiesta en el hecho cometido y en las condiciones del individuo exteriorizadas por la realización de un hecho peligroso, por sus relaciones con ambientes peligrosos, o por su conducta anterior.

Ahora bien, una vez expuestas las legislaciones surgidas del movimiento bolchevique, Antonio Berinstain expone los artículos referentes a las penas y Medidas de Seguridad de actual Código Penal de clara posición dualista.

CAPITULO III

Del delito...

Art. 10. Responsabilidad de los menores de edad. Son responsables penalmente las personas que en el momento de la ejecución del delito hayan cumplido dieciséis años de edad.

Las personas que cometan delitos en la edad de catorce a dieciséis años sólo responden...

Si el tribunal considera que la enmienda de un menor de dieciocho años, autor de un delito que no reviste gran peligro social, puede obtenerse sin la aplicación de la pena, tiene facultad de aplicar medidas correctivas de carácter educativo, que no consideran penas (Art. 63) y para ello será remitido a la Comisión para los menores de edad.

Art. 11. Inimputabilidad. No es responsable penalmente quien, en el momento de cometer el hecho socialmente peligroso, se encuentra en estado de no imputabilidad, es decir, en condiciones en que no puede darse cuenta de sus propias acciones o dirigirías, a causa de enfermedad mental crónica, de perturbación transitoria de la actividad psíquica, de demencia o de otro estado morboso. A estas personas, por decisión del tribunal, se les puede aplicar medidas correctivas de carácter médico (Arts. 58 a 61). Igualmente sucederá con las personas o la persona que, aún cuando ha

biendo cometido el delito era imputable, llegue a encontrarse, antes de que el Tribunal prefiera la sentencia. Las cuales son:

- Reclusión en un hospital psiquiátrico de tipo común;
- Reclusión en un hospital psiquiátrico de tipo especial.

CAPITULO IV.

De la Pena.

Art. 21. Clases de penas. A las personas que hayan cometido delitos se les podrá aplicar las siguientes penas:

- 1) Privación de libertad;
- 2) Confinamiento;
- 3) Destierro;
- 4) Trabajos correccionales sin privación de libertad;
- 5) Privación del derecho de ocupar determinados cargos o de ejercer ciertas actividades;
- 6) Multa;
- 7) Destitución del cargo;
- 8) Imposición del deber de reparar el daño ocasionado;
- 9) Represión pública;
- 10) Confiscación de bienes;
- 11) Privación de agrados militares o de títulos especiales.

A los militares que presten servicio temporalmente la pena puede aplicarse también mediante la destinación a un batallón disciplinario.

Art. 22 .Penas Principales y complementarias.

La privación de libertad , los trabajos correccionales sin privación de libertad , la represión pública y la asignación a un batallón disciplinario son medidas punitivas principales.

Art. 61 Cómputo de la duración de las medidas de carácter médico. Con respecto a la persona que, despues de haber cometido el delito o mientras cumple la pena , haya sufrido perturbaciones psíquicas que la priven de la posibilidad de darse cuenta de las propias acciones o de controlarlas, -el tribunal en caso de que dicha persona se cure, podrá ordenar la ejecución de la pena, siempre que no hayan transcurrido lo términos de la prescripción o que no existan otros motivos para la liberación de la responsabilidad penal y de la pena. Si la persona purga la pena despues de la curación, la duración de las medidas coercitivas de carácter médico se computará con el término de la pena.

Art. 62. Adopción de medidas de carácter médico con respecto a los alcoholizados y toxicómanos, o institución de una curaduría para estas personas. En el caso de comisión de delitos por parte de un alcoholizado o de una persona dedicada a los estuperficientes, el Tribunal a petición de una organización social, de la colectividad de tra-

bajadores, del Tribunal de camaradas o de un órgano de sanidad pública, podrá aplicarle, fuera de la pena impuesta por el delito cometido, una medida de curación obligatoria.

Las personas antes indicadas, condenadas a penas no vinculadas a la privación de la libertad, serán sometidas a curación obligatoria en institutos médicos especiales y a un régimen especial de curación y de trabajo. Las mismas personas, condenadas a privación de libertad serán sometidas a curación obligatoria mientras cumplen la pena.

Si el delito fué cometido por persona que abusa de bebidas alcohólicas y que por esta causa da origen a grave situación económica en la familia, el Tribunal, - juntamente con la pena privativa de libertad impuesta por el delito cometido, está facultado, previa petición de la organización social, de la colectividad de trabajadores o del Tribunal de Camaradas, para someter esta persona a curatela(6).

(6) BERINSTAIN, Antonio, op. cit. pags. 351-354.

5. ITALIA.

Existía en este país un Código Penal que inició su vida en el año de 1889. En 1919 el Real Decreto instituye una comisión para proponer reformas a dicho código. Esta comisión la encabeza el positivista Enrique Ferri, quien presenta un proyecto, que más que reformar propone una nueva legislación penal. En el mismo se sustituye la imputabilidad por la peligrosidad como presupuesto de la justicia penal - encerrando bajo el nombre genérico de sanciones, a todas -- aquellas medidas penales aplicables a imputables e inimputables. La cual deberá ser ordenada por un juez y ser aplicada bajo su vigilancia.

Con el advenimiento del fascismo, cambia la línea de este proyecto de reforma, y al definir Mussolini a la pena como medio de defensa social con función intimidatoria y correccional, indicando también la necesidad de promover los medios preventivos y terapéuticos para combatir la delincuencia, es el jurista Rocco quien redacta el nuevo Código Penal promulgado el 19 de octubre de 1930.

En dicho Código se sistematizan las medidas de seguridad como medios de prevención preponderantemente individual. Sólo el juez administrativamente puede imponerlas.

Es este código eminentemente dualista, calificando a las medidas de seguridad como administrativas, destacando con ello el carácter que el delito tiene de pre-

misa no de causa, como por el contrario acontece con la pena, si bien en la practica han sido jurisdiccionalmente elaboradas dando lugar a propias declaraciones de derecho.

Son medidas que tienen por declaración legal carácter administrativo, pero que son aplicables por razones de conexión y economía funcional por la autoridad judicial, matizando así mismo su aplicación de una mayor garantía de los derechos individuales y de una mayor objetividad, derivadas de su órgano de aplicación. Pueden ser impuestas en la sentencia y con posterioridad a ella, en las medidas de seguridad personales, durante la ejecución de la condena o el tiempo en el que el penado se sustraiga voluntariamente a ella.

Para que puedan ser impuestas se requiere:

1. La comisión de un hecho previsto en la ley como delito, o de un hecho no delictuoso que la ley penal expresamente considere como índice bastante de peligrosidad.
2. La peligrosidad de su autor. La misma se evaluará de acuerdo con la gravedad del daño ocasionado, la madurez de la acción, la intensidad de la culpabilidad del agente y los motivos del delito. Así como el carácter y la conducta del reo, antes, coetánea y posterior al hecho delictuoso y a sus condiciones de vida individuales y sociales.

Clasifica el Código italiano las medidas de seguridad personales en detentivas y no detentivas:

1.- La adscripción a una colonia agrícola o casa de trabajo para delincuentes habituales, profesionales o por tendencia, ya que es insuficiente la pena para preservar a la sociedad de su peligrosidad. Su duración mínima es de 2 a 4 años.

2.- Internamiento en casa de cura o custodia. (se someten los condenados por delitos dolosos a pena atenuada por enfermedad psíquica o intoxicación crónica producida por el alcohol estupefacientes y los sordomudos). El mínimo es de un año cuando la pena sea no inferior a cinco años de reclusión y de tres años si el delito cometido se haya penado con reclusión mayor, pena de muerte o reclusión no inferior a diez años.

3.- Internamiento en un manicomio judicial. Se impone en caso de absolución por enfermedad psíquica, sordomudez e intoxicación crónica producida por el alcohol u otras sustancias estupefacientes, ya que la ley presume en estos casos la peligrosidad del agente. La duración será no inferior a dos años.

Son medidas de seguridad no detentivas:

1.- La prohibición de residir en uno o varios municipios o en una o varias provincias. Se aplica cuando las condiciones del ambiente representan un incentivo para la comisión de nuevos delitos.

2.- La libertad vigilada. La ejecución corresponde a las autoridades policiales. Su duración mínima es de un año. Se impone facultativamente en los siguientes casos:

Cuando la condena o reclusión es por tiempo inferior a un año, y cuando se puede imponer en hechos no previstos en la ley como delitos.

Es obligatoria su imposición:

1.- Cuando la reclusión se imponga por tiempo mayor a diez años.

2.- Cuando se conceda la libertad provisional.

3.- Cuando al que habiendo cometido varias contravenciones, nunca le ha sido impuesta una medida de seguridad.

3.- Prohibición de frecuentar establecimientos donde se expendan bebidas alcohólicas. A los condenados por embriaguez habitual o por delitos cometidos en estado de embriaguez, siempre que ésta sea habitual. Su duración mínima es de un año.

4.- Expulsión de extranjeros. Cuando el extranjero es condenado a pena de reclusión no inferior a diez años.

Caido el régimen fascista y por decreto del 2 de enero de 1945 se constituyó una comisión encargada de reformar el Código de Rocco, se acordó en él la dualidad entre penas y medidas de seguridad; el Código Rocco establece que en general la extinción de la pena impide la aplicación de la medida de seguridad y el proyecto declara que no impide su aplicación. (7).

(7). OLESA, Muñido, Francisco, op. cit. pag. 201 a 216.

III. AMERICA.

1.- ARGENTINA.

En el Código Penal de Argentina de 1921, en su artículo 34 se establece el internamiento, en manicomio o establecimiento adecuado, de los delincuentes no imputables, ya por no hallarse en el momento de la comisión del hecho en condiciones de comprender la ilicitud del acto por enajenación, anormalidad, inconciencia, error o ignorancia del hecho no imputable, ya por defecto en el mecanismo volitivo. Es aplicada por un juez. Siendo facultativa en la enajenación y preceptiva en otro caso, ejecutándose el de los primeros en los manicomios y verificándose en los demás supuestos en los establecimientos adecuados. La duración es indeterminada.

Existe en el código penal la institución de la reclusión, anteriormente llamada relegación. Y es la separación del individuo reincidente a un territorio y por un tiempo determinado. Por decreto Ley de 1944 se concede al recluso el beneficio de unapósible libertad condicional, ya que en la regulación del Código de 1921 por su carácter de reincidente no le podría ser otorgada. Su concesión corresponde al Tribunal que hubiese condenado en última instancia, previo informe de la autoridad administrativa de ejecución y transcurridos diez o cinco años, según los supuestos legales, desde la iniciación del cumplimiento de la pena accesoria si el interezado hubiese dado pruebas de buena condcuta, aplica

ción y aptitud para el trabajo y hubiese desaparecido su peligr
rosidad.

El que goce de esta libertad deberá cumplir las obligaciones que se le impongan y despues de cinco años de obtenido este beneficio podrá solicitar su libertad definitiva.

La desobediencia de las obligaciones impuestas al liberado pueden acarrear la revocación de tal beneficio y reingresará al establecimiento carcelario.(8)

(8) OLÉSA Muñido, Frnatisco, op. cit. pags. 252-254.

2.- CUBA.

Transcribiremos aquí los capítulos I y II del Título VI del Libro I del Código Penal de 1979.

TITULO VI.

DE LAS SANCIONES

CAPITULO I

DE LOS FINES DE LA SANCION.

Art. 27 La sanción no tiene sólo por finalidad la de reprimir el delito cometido, sino también la de reeducar a los sancionados en los principios de actitud honesta hacia el trabajo, de estricto cumplimiento de las leyes y de respeto a las normas de la convivencia socialista; así como prevenir la comisión de nuevos delitos, tanto por los propios sancionados como por otras personas.

CAPITULO II

DE LAS CLASES DE SANCIONES.

Art. 28 Las sanciones pueden ser, principales y accesorias.

- a). Muerte.
- b). Privación de libertad.
- c). Limitación de libertad.
- ch). Multa.
- d). Amonestación.

Las sanciones accesorias son las siguientes:

- a). Privación de derechos públicos.
- b). Pérdida o suspensión de derechos paterno filiales y de tutela.
- c). Prohibición de ejercer una profesión, cargo u oficio determinados.

- ch). Suspensión de la licencia de conducción.
- d). Prohibición de frecuentar medios o lugares determinados.
- e). Destierro.
- f). Decomiso de los efectos o instrumentos del delito.
- g). Confiscación de bienes.
- h). Sujeción a la vigilancia de los órganos de prevención del delito.
- i). Expulsión de extranjeros del territorio nacional.

Por encontrarse sujeta la aplicación de las penas o de las medidas de seguridad a la existencia del estado peligroso, referiremos a continuación los capítulos I, II, y III del título XI del Libro I.

TITULO XI.

DEL ESTADO PELIGROSO Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

CAPITULO I

DEL ESTADO PELIGROSO.

Art. 76 Se considera estado peligroso la especial proclividad en que se haya una persona para cometer delitos, demostrada por la conducta que observa en contradicción manifiesta con las normas de la moral socialista.

Art. 77 El estado peligroso se aprecia cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad siguientes:

- a). La embriaguez habitual o dipsomanía.

- b). La narcomanía.
- c). El proxenetismo.
- ch). La explotación o el ejercicio de vicios socialmente reprobables.
- d). El ejercicio de la prostitución.
- e). La vagancia habitual .Se considerará en estado peligroso de vagancia al hombre en edad laboral, apto física y mentalmente para el trabajo que, injustificadamente , y sin hallarse incorporado a la escuela del sistema nacional de enseñanza o a centro de calificación profesional a cargo de organismos estatales, se mantiene desvinculado de toda actividad laboral, y viviendo por lo mismo, como un parásito social del trabajo de los demás .
- f). La conducta antisocial. Se considera en estado peligroso por conducta antisocial al que habitualmente median te actos de violencia o frases, o gestos o por otros medios provocadores o amenazantes o por su comportamiento en general quebranta o pone en peligro las reglas de la convivencia socialista, o burla derechos de los demás o perturba con frecuencia el orden de la comunidad.

Art. 78. Se considera también estado peligroso el de los enajenados mentales y de las personas de desarrollo mental retardado, si, por esta causa, no poseen la facultad de comprender el alcance de sus acciones ni de controlar sus conductas, siempre que éstas representen una amenaza para la seguridad de las personas o del orden social.

CAPITULO II.

DE LA ADVERTENCIA OFICIAL.

Art. 79.1.- El que, sin estar comprendido en alguno de los estados peligrosos a que se refiere el artículo 77, por sus vínculos o relaciones con personas potencialmente peligrosas para la sociedad, las demás personas y el orden social, económico y político del Estado Socialista, pueda resultar proclive al delito, será objeto de advertencia por la autoridad policiaca competente, en prevención de que incurra en actividades socialmente peligrosas o delictivas.

2.- La advertencia se realizará en todo caso, mediante acta en la que se hará constar expresamente las causas que la determinan y lo que al respecto exprese la persona advertida, firmándose por ésta y por el actuante.

CAPITULO III

DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.

SECCION PRIMERA

Disposiciones Generales.

Art. 80 . 1.- Las medidas de seguridad pueden decretarse para prevenir la comisión de delitos o con motivo de la comisión de éstos. En el primer caso se denominan medidas de seguridad predelictivas y en el segundo, medidas de seguridad postdelictivas.

2.- Las medidas de seguridad se aplican cuando en el sujeto concurre alguno de los índices de peligrosidad señalados en los artículos 77 y 78.

Art. 81. 1.- Las medidas de seguridad postdelictivas, por regla general, se cumplen después de extinguida la sanción impuesta.

2.- Si durante el cumplimiento de una medida de seguridad aplicada a una persona penalmente responsable, a ésta se le impone una sanción de privación de libertad, la ejecución de la medida de seguridad se suspenderá, tomando de nuevo su curso una vez cumplida la sanción.

3.- Si, en el caso a que se refiere el apartado anterior, el sancionado es liberado condicionalmente, la medida de seguridad se considerará extinguida al término del periodo de prueba siempre que la libertad condicional no haya sido revocada.

SECCION SEGUNDA DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PREDELICTIVAS.

Art. 82. AL declarado en estado peligroso

en el correspondiente proceso, se le puede imponer la medida de seguridad predelictiva más adecuada entre las siguientes:

- a).Terapéutica.
- b).Reeducativas.
- c).De vigilancia por los órganos de prevención del delito.

Art. 83. 1.- Las medidas terapéuticas

son:

- a).Internamiento en establecimiento - asistencial psiquiátrico o de desintoxicación.
- b).Asignación a Centro de Enseñanza Especializado, con o sin internamiento.
- c).Tratamiento médico externo.

2.- Las medidas terapéuticas se aplican a los enajenados mentales y a los sujetos de mentalidad retardada en estado peligroso a los disómanos y a los narcómanos.

3.- La ejecución de estas medidas se extiende hasta que desaparezca en el sujeto el estado peligroso.

Art. 84. 1.- Las medidas reeducativas

son:

- a).Internamiento en un establecimiento especializado de trabajo o en una escuela taller.
- b).- Entrega aun colectivo de trabajo, para el control y la orientación de la conducta del sujeto en estado peligroso.

2.- Las medidas reeducativas se aplican a los proxenetas, a las prostitutas, a los que exploten o ejerzan vicios socialmente reprobables, a los vagos habituales y a los individuos antisociales.

3.- El término de estas medidas es de un año como mínimo y de cuatro como máximo.

Art. 85. 1.- La vigilancia por los órganos de prevención del delito consiste en la orientación y el control de la conducta del sujeto en estado peligroso por funcionarios de dichos órganos.

2.- Esta medida es aplicable a los dipsómanos, a los narcómanos, a los proxenetas, a las prostitutas, a los que exploten o ejerzan vicios socialmente reprobables, a los vagos habituales y a los individuos antisociales.

3.- El término de esta medida es de un año como mínimo y de cuatro como máximo.

Art. 86.- El Tribunal puede imponer la medida de seguridad predelictiva de la clase que corresponda de acuerdo con el índice respectivo, y fijará su extensión dentro de los límites señalados en cada caso, optando por las de carácter detentivo o no detentivo, según la gravedad del estado peligroso del sujeto y las posibilidades de su reeducación.

Art. 87. El Tribunal, en cualquier momento del curso de la ejecución de la medida de seguridad pre-delictiva, puede cambiar la clase o la duración de ésta, o suspenderla, a instancia del órgano encargado de su ejecución o de oficio. En este último caso, el Tribunal solicitará informe de dicho órgano ejecutor.

Art. 88. El Tribunal comunicará a los órganos de prevención del delito las medidas de seguridad pre-delictivas acordadas que deben cumplirse en libertad, a los efectos de su ejecución.

SECCION TERCERA.

De las Medidas de Seguridad Postdelictuales

Art. 89. Las medidas de seguridad post-delictuales pueden aplicarse:

a). Al enajenado mental o al sujeto de desarrollo mental retardado, declarados irresponsables de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20.

b). Al que, durante el cumplimiento de una sanción de privación de libertad, haya enfermado de enajenación mental.

c). Al dipsómano o narcómano que haya cometido un delito.

ch). Al reincidente o multi-reincidente que incumpla alguna de las obligaciones que le haya impuesto el Tribunal.

Art. 90. Si el hecho de permanecer en libertad al enajenado mental declarado de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 20, puede significar un peligro para la seguridad de las personas o para el orden social, el Tribunal le impone una medida de seguridad consistente en su internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de enseñanza especializada, por el término necesario para que obtenga su curación. De dicho establecimiento no habrá de salir el internado sin previa autorización del Tribunal que impuso la medida.

Art. 91. Al que, durante el cumplimiento de la sanción de privación de libertad sufra repentinamente de enajenación mental, se le suspenderá la ejecución de dicha sanción, decretándose su internamiento en el hospital psiquiátrico que designe al Tribunal encargado del cumplimiento de la ejecución. Esta medida dura hasta que el sometido a ella recobre su salud.

Art. 92. Si el delito ha sido cometido por un dipsómano o un narcómano, el Tribunal puede ordenar su internamiento en un establecimiento asistencial de desintoxicación antes de la ejecución de la sanción.

Art. 93. Al reincidente o multireincidente que no cumple alguna de las obligaciones que le haya impuesto el Tribunal, después de la extinción de la sanción de conformidad con lo dispuesto por el artículo 55 o que haya obstaculizado su cumplimiento, el Tribunal puede imponerle una medida de seguridad consistente en su internamiento en un centro para su readaptación por el término que anticipadamente pero que no puede exceder de cinco años.

Art. 94 El Tribunal que haya pronunciado la sentencia, también puede:

a). Dejar sin efecto una medida de seguridad impuesta si ha desaparecido el estado peligroso que la motivo a sustituirla por otra más adecuada.

b). Decretar una nueva medida de seguridad no impuesta en ella, si lo exige la conducta posterior del sentenciado.

c). Dictar una nueva medida de seguridad mientras se cumple la que haya dictado en sustitución de ésta, o sin revocarla, si el asegurado presenta nuevos o diversos síntomas de peligrosidad. (10).

(10) CODIGO PENAL. Ley de Delitos Militares, Ministerio de Educación Superior, La Habana, Cuba, 1979, pags. 19 y 20.

3.- COSTA RICA

El código de Costa Rica del 4 de mayo de 1970, en vigor desde noviembre de 1971, sigue las orientaciones del Código Penal tipo para Latinoamérica. De él tomaremos los artículos siguientes:

TITULO VI DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD SECCION PRIMERA

Disposiciones Generales

Principios de Legalidad

Art. 97. Las medidas de seguridad se aplican solamente a las personas que hayan cometido un hecho punible, cuando del informe que vierta el Instituto de Criminología se dedusca la posibilidad de que vuelva a delinquir.

Aplicación Obligatoria

Art. 98. Obligatoriamente, el juez impondrá la correspondiente medida de seguridad:

- 1.- Cuando el autor de un delito haya sido declarado inimputable o tuviere disminuida su imputabilidad.
- 2.- Cuando por causa de enfermedad mental se interrumpe la ejecución de la pena que fué impuesta.
- 3.- Cuando se trata de un delincuente habitual o profesional.
- 4.- Cuando, cumplida la pena, el juez estime que ha sido ineficaz para la readaptación del reo.
- 5.- Cuando quien cometa un delito imposible fuere declarado autor del hecho.
- 6.- Cuando la prostitución, el homosexualismo, la toxicomanía o el alcoholismo son habituales y han determinado la conducta delictiva del reo.

7.- En los demás casos expresamente señalados en este Código.
Aplicación de medidas de seguridad a ma-
yores de diecisiete y menores de veintiu
años.

Art. 99. El juez podrá también aplicar
medidas de seguridad a los mayores de diecisiete y menores de
veintiu años, de acuerdo con el informe del Instituto de Cri
minología, éstas pueden contribuir a su readaptación.

Duración, no exigibilidad por amnistía,
ni suspensión, pero posibilidad de que
se reanuden las medidas de seguridad.

Art. 100. Las medidas curativas de seguri
dad son de duración indeterminada; las de internación no po
drán exceder de veinticinco años, y las de vigilancia, no se
rán superiores a diez años; estas dos últimas medidas pres
cribirán en veinticinco años.

Cada dos años, el Tribunal se pronunciará
sobre el mantenimiento, la modificación o la cesación de la
medida de seguridad impuesta, sin perjuicio de hacerlo en
cualquier momento, mediante informes del Instituto de Crimi
nología. Las medidas de seguridad no se extinguen por amnis
tía ni indulto.

Tampoco pueden suspenderse condicional
mente. El quebrantamiento de una medida de seguridad implica
la posibilidad de que se reanude el tratamiento al que estaba
sometido el sujeto.

SECCION II

Clasificación y aplicación de las medidas de seguridad

Clases

Art. 101. Las medidas de seguridad son curativas, de internación, y de vigilancia.

Son medidas Curativas:

- 1.- El ingreso en un hospital psiquiátrico; y
- 2.- El ingreso en establecimiento de tratamiento especial y educativo.

Son medidas de internación:

El ingreso en una colonia agrícola y el ingreso en establecimientos de trabajo.

Son medidas de vigilancia:

- 1.- La libertad vigilada.
- 2.- La prohibición de residir en determinado lugar; y
- 3.- La prohibición de frecuentar determinados lugares.

Aplicación

Art. 102. Las medidas de seguridad se aplicarán así:

a). Al hospital psiquiátrico o a los establecimientos de tratamiento especial y educativo se destinarán los enfermos mentales, toxicómanos habituales, bebedores consuetudinarios y sujetos de imputabilidad disminuida o que hayan intentado suicidarse. Estos últimos podrán recibir el tratamiento en su domicilio.

b). A las colonias agrícolas, o establecimientos de trabajo en donde estarán sometidos a un régimen especial, se destinarán los delincuentes habituales o profesionales; los autores del delito imposible y los que cumplan la pena cuando el juez estime que su eficacia readaptadora ha sido nula.

c). La libertad vigilada se ordenará en los casos de condena de ejecución condicional, así como en los casos en que se suspende o termine otra medida de seguridad o una pena y el juez orden aplicarla por un tiempo prudencial.

d). Cuando, el juez lo considere oportuno, podrá imponer al sujeto que cumplió una pena o una medida de seguridad, la prohibición de residir en determinado lugar, por todo el tiempo que estime conveniente; y

e). La prohibición de frecuentar determinados lugares es medida de prevención especial y se impondrá al condenado por delito cometido bajo la influencia del alcohol o de drogas enervantes, el homosexualismo o la prostitución. (11).

(11) BERENSTAIN, Antonio, op. cit. pags. 357-359.

4.- ESTADOS UNIDOS DE AMERICA DEL NORTE

Cada entidad estatal tiene facultad para legislar en materia penal, y asegura Francisco Olesa Muñido - que, carecen de un sistema de medidas de seguridad, existiendo unicamente instituciones afines que aún cuando de naturaleza preventiva, tienen la naturaleza de pena o son de características asistenciales.

Existen medidas aplicables a los enfermos mentales, pues disponen de manicomios especiales destinados al internamiento de los enfermos mentales autores de infracciones y absueltos a causa de su enajenación mental, de los penados enloquecidos a causa de su condena y de los enfermos mentales que estando internados en un manicomio ordinario tuviesen una conducta prevista en la Ley como delito.

A vagos y mendigos se sanciona con penas cortas de prisión cuyo máximo es normalmente de dos meses.

La esterilización se admite con carácter asegurativo en varias legislaciones de sus estados, siendo diferentes los supuestos para su aplicación.

De las medidas de seguridad en México, nos avocaremos en el siguiente capítulo.

(12) OLESA, Muñido, Francisco, op. cit. pags. 280-283.

CAPITULO QUINTO

REGULACION JURIDICA ACTUAL DE LAS
MEDIDAS PENALES EN MEXICO.

1.- CONCEPTO.

El inciso 2 del artículo 24 del Código Penal señala como Medidas de Derecho Penal el Tratamiento en Libertad, Semilibertad y Trabajo en favor de la comunidad.

Así mismo el numeral 3 del referido artículo establece : el internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Ahora bien es nuestro deber establecer el concepto de Tratamiento para encaminar nuestro trabajo.

Por Tratamiento precisa Manuel López-Rey y Arroyo se debe decir que, "es el modo o manera en que una persona o cosa es manejada. Puede ser improvisado o estar pre determinado por una serie de reglas establecidas por una práct: tica, ley o reglamento, bien sea separada o complementariamen te" (1).

Luego entonces debe ser una manera de ha cer o manejar una situación, debe ésta estar prevista por una ley y no vulnerar ciertos derechos fundamentales.

(1) LOPEZ-REY Y ARROYO, Manuel. Criminología (teoría, delincuencia juvenil, predicción, prevención y tratamiento), Biblioteca Jurídica Aguilar, Editorial Aguilar, Madrid, 1981, - pag. 491.

Conceptualmente debemos diferenciar que debemos entender por tratamiento, sistema y régimen. Al respecto es sumamente ilustrativo el autor anteriormente citado y que dice: "Tratamiento es una manera de actuar, una práctica que puede tener carácter general o restringido. El sistema es el conjunto de reglas, principios y servicios más o menos efectivos cuyo objeto es indicar como debe ser llevado a cabo el fin asignado a la función penal. Tratamiento y sistema deben marchar juntos, siendo el segundo gúfa del primero". (2).

Es bien claro que la realidad es distinta ya que por regla general la ley o reglamento establece ciertas reglas, digamos sobre alimentación, salud, trato personal etc., pero el tratamiento que los reclusos reciben es totalmente distinto.

Por régimen debemos entender "El tipo de vida resultante de la aplicación del sistema que se traduce en el tratamiento". (3).

La distinción aún cuando no es del todo fácil, es necesaria a efectos de nuestro trabajo y en relación a la clasificación penológica del Código de la materia.

(2) LOPEZ-REY, Manuel. op. cit. pag. 491

(3) LOPEZ-REY, Manuel. op. cit. pag. 492

Corresponde ahora hablar de las modalidades o tipos de tratamiento, es decir, agrupar en tres sectores los presupuestos consignados en los diversos incisos del artículo 24 del Código Penal, estos grupos son:

- a). Tratamiento en libertad.
- b). Tratamiento en Semilibertad.
- c). Tratamiento con Privación de Libertad.

Aún cuando el tercer grupo, implica una privación total de la libertad, es decir, se trata de la pena de prisión, que como ya hemos dicho es claramente una pena y no una medida de Derecho Penal, la incluimos en la clasificación en virtud de que actualmente se considera que ésta no sólo debe reprimir al delito y al delincuente, sino lograr a través de ella readaptar al delincuente.

Con el fin de analizar en el orden establecido las disposiciones del artículo 24, cuando ello sea posible, damos paso al estudio de la pena de Prisión.

II.- TRATAMIENTO CON PRIVACION DE LIBERTAD.PRISION.

En el artículo 24 del Código Penal es notoria la anarquía que reina en cuanto a la incisión que debe existir como ya hemos afirmado en los capítulos precedentes entre Penas y Medidas de Derecho Penal.

DE la diversidad de medidas que contiene este artículo son por su reiteración y por el deseo de obtener de ellas un medio de regeneración, las referentes a la libertad las que constituyen la médula de los sistemas modernos.

Respecto a la pena de PRISION existirían sin duda alguna miles de tópicos de importancia respecto a ella, y que innegablemente formarían una obra extensa, más no siendo precisamente ésta la naturaleza del presente trabajo, hablaremos sólo de algunos de ellos para señarnos a nuestro tema.

Señala Ignacio Villalobos como concepto de prisión lo siguiente : "Por ella se entiende hoy la pena que mantiene al sujeto recluido en un establecimiento ad hoc, con fines de castigo, de eliminación del individuo peligroso respecto al medio social, de inocuización forzosa del mismo mientras dura ese aislamiento, y de readaptación a la vida ordenada, lo que eliminaría su peligrosidad y le capacitaría para volver a vivir libremente en la comunidad de todos los hombres" .

(4) VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano, Porrúa, México, 1983, pag. 574.

Raúl Carranca y Trujillo dice que entre las penas contra la libertad la más importante es la de prisión y es "la privación de la libertad mediante la reclusión en un establecimiento especial y con un régimen especial - también" (5).

Agrega Ignacio Villalobos que la palabra prisión, de prehensio, prehensionis o aprehensión originalmente significa la acción de asir o coger una cosa o una persona. Igualmente significa el objeto con que se ata lo aprehendido. (6).

Es pues, sinónimo de cárcel como lugar o espacio de reclusión.

Ahora bien, nuestro Código Penal en el artículo 25 dice : Que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal; será de tres días a cuarenta años y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto el órgano ejecutor de las sanciones penales señale.

Consideramos que por Prisión debemos entender UNA PRIVACION DE LA LIBERTAD CORPORAL EN CONDICIONES - AUSTERAS PERO HUMANAS CON FINES DE ELIMINACION TEMPORAL Y CORRECTIVOS.

(5) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Principios de Sociología Criminal y de Derecho Penal, Escuela Nacional de Ciencias Políticas y Sociales, México, 1955, pag. 211.

(6) VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. pag. 574.

Esto último, es decir, lo referente a la "correctividad" se encuentra previsto en el artículo 18 de nuestra Constitución párrafo segundo que dice : Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. . . . ; es decir, es la prisión una pena, no una medida de carácter penal, pero no por ello, se debe ausentar un fin de readaptación y prevención durante su vigencia para log con ello incorporar al sujeto - que si bien lleva consigo la mácula de tal situación, sea también aceptado y desde luego preparado para trabajar y que ello impida perjuicios a la sociedad.

Refiere Ignacio Villalobos que, en 1946 - se amplió de 30 a 40 años la duración de la pena, aumento que se ha considerado contrario a la corriente crítica de esta sanción pues, el incorregible debe ser eliminado sin que el mayor o menor tiempo baste para su reincorporación al medio so-cial y su vuelta gla actividad delictual; y los demás, supuesta la tesis de su corregibilidad, no podrían ser sujetos por más de 10 o 15 años sin traicionar la fe en los sistemas penitenciarios y admitiendo que, tras una larga temporada son más los daños que los beneficios obtenidos. (7).

(7) VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. pag. 593.

En la actualidad se sigue conservando como duración de la prisión ese máximo. Establece igualmente el artículo 18 Constitucional que el lugar de la prisión preventiva sea distinto del que se destine para la extinción de las penas, esto mismo se ratifica en el artículo 26 del Código Penal, Situación ésta que se vive en nuestra realidad penitenciaria.

Las mujeres se hallan también recluidas en lugar aparte del de los hombres. y asimismo el artículo 26 del Código Penal dice que los reos políticos serán recluidos en establecimientos o departamentos especiales.

Respecto a las mujeres podemos decir que hoy por hoy no existen lugares diferentes para procesadas y sentenciadas, y por ellos existen los efectos negativos que tal combinación conlleva.

Es sabido que la cárcel es actualmente el único remedio en relación a los delincuentes peligrosos; pero es verdad también que la reclusión carcelaria resulta inútil en relación a personas que han cometido delitos no graves, y a las cuales se les ha impuesto penas de corta duración en su libertad personal, que ocasiona daños como la pérdida del trabajo, alejamiento de su familia, etcétera. Lo cual dificulta aún más la reincorporación a la sociedad del mismo individuo.

Por ello la necesidad existente de recurrir a otras soluciones que pongan fin o por lo menos atiendan todos estos vicios, soluciones estas que mencionaremos adelante.

Bellas palabras y bellos ideales nos llevan siempre que se propone una reforma, pero todo será vano si en la práctica poco o nada es llevado a cabo.

III.- TRATAMIENTO EN LIBERTAD.

El Tratamiento en libertad como su nombre lo indica es la aplicación de una medida de Derecho Penal que no implica privación de aquella, aún cuando sí en ocasiones una restricción a la misma.

Este tipo de tratamiento no se aplica a todos los delincuentes sino a aquellos que se estima han de beneficiarse y frecuente mente a delincuentes primarios cuya actividad antisocial es ocasional.

Este tratamiento para ser efectivo presupone una gran variedad de medidas (algunas de las cuales pueden aplicarse conjunta o sucesivamente), además experiencia profesional del juez y la existencia de personal y servicios que puedan llevarlas a cabo, éstos últimos con el auxilio de la comunidad, organizaciones profesionales y grupos voluntarios entre otros.

Dentro del artículo 24 del Código Penal las modalidades existentes son:

El tratamiento en libertad ; trabajo en favor de la comunidad; prohibición de ir a lugar determinado ; sanción pecuniaria; Décomiso de instrumentos, objetos y productos del delito ; amonestación; apercibimiento y caución de no ofender; suspensión o privación de derechos; inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos; publicación especial de la sentencia, vigilancia de la autoridad; Décomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito; internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotópicos y suspensión

o disolución de sociedades.

Haremos un breve comentario de cada uno de estos presupuestos, aún cuando son temas por demás extensos, trataremos lo más importante de cada uno de ellos.

a).- Tratamiento en Libertad.

Esta medida y la comentada en el siguiente inciso, constituyen una innovación en materia de sanciones, que fueron aportadas al Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y en materia del fuero federal para toda la república de 1951. Dichas reformas fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 13 de enero de 1984, entrando en vigor a los 30 días de su publicación según el artículo primero transitorio del propio decreto, que ordena su adición al mencionado cuerpo legal.

Estos dos agregados al artículo 24, son según nuestro criterio ejemplos claros de lo que por Medida de Derecho Penal o Medida de Seguridad debe entenderse, si tomamos desde luego la conceptualización que de ella se dió con antelación y la naturaleza jurídica de éstas.

Si bien es cierto que, es la pena el medio por excelencia de que se vale el Derecho Penal para reprimir los delitos, no obran necesariamente con eficacia, por ello se han elaborado medidas de defensa social, las cuales atacan la tendencia criminal en sus causas y no en sus efectos.

Este conjunto de medidas han tenido diversas denominaciones, desde medidas preventivas, medidas de defensa social etc, por mencionar sólo algunas de ellas.

Parafraseando al Profesor Raúl Carranca y Trujillo señala que, éstas son "un método y un conjunto de medidas paralelas a la represión penal sin perjuicio de la subsistencia de ésta" (8) atendiendo desde luego a diversas especies: el económico, el político, el administrativo, el educativo, el científico y familiar.

En el aspecto económico existe una relación notoria respecto a los índices criminales, es decir, se deben establecer medidas de tal carácter encaminadas a hacer casi mínimas las desigualdades sociales y con ello indirectamente realizar una prevención general de la delincuencia.

Si, es la ley por antonomasia el ordenamiento de la vida social ésta debe ser reflejo fiel de las necesidades de una colectividad político-social y continente de los fines morales y evolutivos de la misma. Es decir, es nuestra Carta Magna la que señala -para ubicarnos en nuestro tema- los lineamientos que debe contener en su articulado; luego entonces debe con los principios dados en el ordenamiento, comprender las necesidades que día a día se suceden en la vida criminal. Así las disposiciones que dan rubro a este subtítulo son por lo tanto producto de un proceso legislativo y en consecuencia de observancia obligatoria que vienen a satisfacer el problema real de la sustitución de una pena de prisión de corta duración que en la realidad su cumplimiento en los establecimientos penitenciarios para tal efecto, produce mal al individuo que un bien, por la desvinculación familiar que acarrea, la pérdida del trabajo y sus escuelas a la familia

(8) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. op. cit. pag. 14.

del reo, la mácula de haber estado privado de su libertad, la pérdida de la fé en el individuo que regularmente es la primera vez que comete un delito y debe tener la oportunidad de enmendar su error.

Nuestro Código Penal en su artículo 24 y en el capítulo I del título II del libro primero, no distingue entre penas y medidas de Derecho Penal, aún cuando nuestro criterio es que sí existe diferencia entre ellas.

El artículo 29 del mismo ordenamiento señala:

"El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas en su caso autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora (Dirección General de Prevención y Readaptación Social). Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida".

Son antecedentes de este artículo, el anteproyecto del Código Penal tipo de 1983 y el artículo 8 de la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados de 1971 .

Notamos en esta definición los elementos que acusan la fisonomía de que es esta disposición legal, una medida de Derecho Penal y son:

- 1.-Aplicación a un imputable, es decir, un sujeto que de acuerdo a la ley tiene capacidad legal plena.
- 2.-Autorizada por la ley, es obvio que rige también para las medidas penales, el principio de legalidad del párrafo tercero del artículo 14 Constitucional que reza: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata"

Entonces, no se puede aplicar una medida de Derecho Penal que no esté previamente establecida en el ordenamiento legal correspondiente., quiere esto decir que, debe el Código Penal contemplar todas las disposiciones necesarias para sustituir a una pena privativa de libertad de duración mínima.

Para no dejar al margen a la autoridad judicial en cuanto a la aplicación de sanciones, debe ser ella la que determine que pena o medida de Derecho Penal ha de imponerse a un sentenciado, en virtud de que fue el juez la persona que tuvo en sus manos el desarrollo total de un juicio criminal y conoce las características personales del delincuente. sin - ello la práctica punitiva seguirá limitándose a la prisión. Esto implica que el legislador conozca los medios de la realidad y las posibilidades técnicas de sustitución estén señalados por él y no sea la autoridad administrativa quien únicamente lo haga.

Judicialmente debe individualizarse - la sustitución, lo cual supone que el juez además de contar con los presupuestos legislativos, debe poseer una formación criminológica, tomar en cuenta la personalidad biopsicológica y social del delincuente.

Debiera conocer las ventajas e inconvenientes de las medidas aplicadas respecto a la pena de libertad y sus modalidades. Toda vez que la autoridad judicial regularmente solo ejecuta la amonestación, la multa, y la privación de ciertos derechos, en virtud de que en nuestro Derecho no existe intervención de la autoridad judicial en la ejecución de sanciones.

Infortunadamente hasta ahora sólo nos hemos preocupado por la individualización judicial, pero debe la pena no ejecutarse en forma igual a todos los sentenciados.

Aún cuando estamos consientes de la dificultad de ello , especialmente por virtuales carencias económicas y de personal especializado.

La duración de esta y todas las medidas sustitutivas de la pena de prisión no en cuanto a su duración no deben exceder a la duración de la pena sustituida.

Además la pena y la medida de Derecho Penal se extinguen, con todos sus efectos, por cumplimiento de aquéllas o de las sanciones por las que se hubiesen sido sus
ttituidas o conmutadas. Asimismo, la sanción que se hubiese suspen
dido se extinguirá por el cumplimiento de los requisitos al o
torgarla, en los términos y dentro de los plazos legalmente aplicables.

b).- Trabajo en favor de la Comunidad.

Es igual que la reforma anteriormente citada , ésta una medida de Derecho Penal, cuyo antecedente es también el Anteproyecto de Código Penal de 1983 dado a conocer por la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Esta hipótesis opera bien, sea como sustituto de la multa insatisfecha o de la prisión que no exceda de un año. Es una medida que beneficia al sujeto directamente y a la sociedad indirectamente, ya que brinda al reo la oportunidad de no ir a la cárcel y liberarse de todas las consecuencias inherentes a ella y al Estado le significa un ahorro , ya que no empleará recursos para un tratamiento que seguramente no dará frutos.

Es evidente que no se trata de una pena de trabajos forzados , ni el trabajo se desarrollará en forma humillante para el sentenciado.

Establece además el artículo 18 Constitucional la vinculación entre el trabajo y la readaptación social , al señalar que aquél es un medio para alcanzar ésta.

El trabajo en favor de la comunidad consiste en la prestación de servicios no remunerados , en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales. Este trabajo se llevará a cabo en jornadas dentro de períodos distintos al horario de las labores que representen la fuente de ingresos para la subsistencia del sujeto y de su familia, sin que pueda exceder de la jornada extraordinaria que determine la Ley laboral y bajo la orientación y vigilancia de la autoridad ejecutora.

En el artículo 29 en su párrafo cuarto se contempla la posibilidad de que si el sentenciado no puede pagar la multa o solo puede cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por presta-

ción del trabajo en favor de la comunidad y que cuando esto no sea posible o conveniente se podrá colocar al sentenciado en libertad bajo vigilancia , la cual no excederá del número de días multa sustituidos. Esta reforma de 1984 aún cuando es benéfica , le falta mayor dinamismo, ya que si bien anteriormente la imposibilidad de pagar la multa daba lugar a la pena de -- prisión . Ahora debe el sujeto que carece igualmente de recursos trabajar algún tiempo sin remuneración , a efecto de obtener su libertad. Consideramos que sería benéfico que a este tipo de personas y tomando principalmente en cuenta su personalidad criminológica y las circunstancias particulares del delito, aplicarsele directamente el régimen de libertad vigilada.

Es decir el Trabajo en Favor de la Comunidad debe ser una opción de sustitución de privación de libertad y no una obligación por no pagar una cantidad de dinero y asimismo se le da al trabajo un sentido social, de beneficio para la colectividad.

c).- Prohibición de ir a lugar determinado.

Nos refiere el profesor Ignacio Villalobos que, esta medida penal estuvo expresamente consignada desde el Código Penal de 1871, como medida preventiva en el artículo 94 fracción VIII y tiene por objeto evitar que una persona vuelva a la región en que, por sus antecedentes pueda ser especialmente peligroso o reavivar rencillas pasadas (9).

Luego entonces esto se ve claramente cuando el artículo 322 del Código Penal en su inciso II señala que además de las sanciones correspondientes al homicidio los jueces podrán, si así lo estiman conveniente : Declararlos sujetos a la vigilancia y PROHIBIRLES IR A DETERMINADO LUGAR, MUNICIPIO, DISTRITO O ESTADO O RESIDIR EN EL.

(9) VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. pag. 606

c).- Sanción Pecuniaria.

A pesar de que expresamente así se le denomina a esta Medida Penal, no es la única con carácter económico.

Es después de la prisión, la medida más defendida y utilizada en los sistemas punitivos de la actualidad.

El Código Penal en el artículo 29 dice, que la sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño.

La multa es sencillamente, la obligación de pagar al Estado una cantidad de dinero, aún cuando no es del todo un medio de readaptación, si contiene un fin intimidatorio y ejemplar elementos éstos de la prevención general.

Mucho se ha dicho sobre su conveniencia: que no es inmoral e inhumana, no lastima la dignidad del sentenciado, no ocasiona el rompimiento del lazo familiar y es una fuente de ingresos alpeculio del Estado.

Como inconvenientes más reiterados -- existen: su insuficiencia para cierto tipo de delitos, y sobre todo que es desigual, ya que al rico le será algo fácil de -- cumplir, mientras que al de escasos recursos le significa una aflicción grave.

La multa tiene naturaleza estrictamente personal y por lo tanto sólo puede imponerse a quienes tengan responsabilidad penal en la comisión del delito.

En este punto aún cuando el artículo 34 dice que la reparación del daño tiene carácter de pena pública, ésta debiera extinguirse al morir el responsable; -- sin embargo agrega que en caso de que dicha reparación sea exigible a tercero, tendrá el carácter de responsabilidad civil y para su satisfacción se tramitará en forma incidental en los términos del Código de Procedimientos Penales.

Quando no existe ejercicio de la acción penal, quien se considere con derecho a la reparación puede recurrir a la vía civil en los términos de la ley correspondiente.

Esto mismo se correbera por el mismo Código Penal al afirmar en el artículo 91 que con la muerte del delincuente se extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto (y pene en duda la naturaleza que de pena pública da el mismo a la reparación del daño) a excepción de la reparación del daño y la del decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que sean efecto u objeto de él.

Hay quienes afirman que, la multa no tiene ventaja alguna respecto a la enmienda del rec pues, su familia o un tercero pueden pagarla y borrar el razgo preventivo en ella(10

Es a pesar de ello una medida adecuada sobre todo en atención a que si se aplica independientemente esto es, en relación a un delito de menor gravedad y si actúa en carácter substitutiva es en función de la misma causa, evitando males mayores.

El día multa corresponde o equivale a la percepción diaria del condenado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

El límite inferior del día multa será el equivalente al salario mínimo vigente en el lugar donde se consumó el delito. Respecto al delito continuado se estará al salario mínimo vigente en el momento consumativo de la última conducta. Para el permanente será el salario mínimo vigente en el momento en que cesó la consumación.

(10) RODRIGUEZ MANIANERA. Luis, La Crisis penitenciaria y los substitutivos de la prisión, Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 1954, pag. 86.

La obligación de pagar la sanción pecuniaria (multa y reparación del daño) es preferente respecto de cualquier otra obligación contraída después de consumado el delito, excepto las referentes a alimentos y relaciones laborales.

Si son varias las personas que cometan el delito el juez fijará la multa a cada una de acuerdo a su participación en él y considerando sus condiciones económicas.

Respecto a la reparación del daño la deuda se considerará como mancomunada y solidaria. (Art. 36 del Código Penal).

El cobro de la reparación del daño y la multa en caso de que el sentenciado se negare a cubrirla se hará efectiva por parte del Estado mediante el procedimiento económico coactivo.

El juzgador podrá fijar plazos, para el pago de la reparación del daño, el cual no podrá exceder de un año, pudiendo en tal caso exigir garantía. Igualmente la autoridad administrativa podrá fijar plazo igualmente para el pago de la multa tomando en cuenta las circunstancias del caso.

d).- Decomiso de instrumentos y productos del delito y Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Esta reforma hecha al Código Penal unifica dos supuestos anteriormente considerados en forma individual y de esta forma se unió a la pérdida de los instrumentos del delito y confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas. Asimismo persiste la variante específica aplicable exclusivamente a delitos cometidos por servidores públicos.

Se establece acertadamente la diferencia entre objetos de uso prohibido y objetos de uso ilícito. Si pertenecen a un tercero sólo se decomisarán cuando éste tenga conocimiento de su uso para la realización del delito.

Si los instrumentos o cosas decomisadas son sustancias nocivas o peligrosas, se destruirán a juicio de la autoridad del conocimiento, pero puede la misma determinar su conservación para fines de docencia o de investigación.

Los instrumentos, productos u objetos del delito el Estado determinará su destino según su utilidad para beneficio de la administración de justicia.

Los objetos a disposición de la autoridad investigadora o judicial no decomisados y no recogidos por quien tenga derecho a ellos, después de 90 días naturales en que se le notificó que están a su disposición, se enajenarán en subasta pública y se aplicará el beneficio a quien tenga derecho a recibirlo, en caso contrario se aplicará al mejoramiento de la administración de justicia. Lo mismo sucede en el caso de objetos que no se deban destruir o que su conservación sea costosa (artículo 41 del Código Penal).

f).- Amonestación.

El Código Penal dice (artículo 42) que, la amonestación consiste en la advertencia que el juez dirige al acusado haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincide.

Esta manifestación se hará en público o en privado, según parezca prudente al juez.

Es pues una represión moral y una advertencia para el futuro en el que se previene la reincidencia.

Existen algunos autores que consideran a esta medida como una pena infamante, tal es el caso del profesor Luis Rodríguez Manzanera (11) ya que, considera que es su característica principal el humillar al reo y exponerlo a la burla pública. Particularmente estimamos falso este argumento ya que, se trata de represión de carácter moral y para el caso de delitos leves.

(11) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, op. cit. pag. 69.

g).- Apercibimiento y Caución de no ofender .

Estas dos medidas no requieren de mayor explicación en cuanto a su significado toda vez que, su denominación es sumamente clara al respecto.

El artículo 43 del Código Penal señala:

El apercibimiento consiste en la conminación que el juez hace a una persona, cuando ha delinquido y se tiene con fundamento - que está en disposición de cometer un nuevo delito, ya sea - por su actitud o amenazas, de que en caso de cometer éste, será considerado como reincidente.

La caución de no ofender sigue regularmente al apercibimiento, así el artículo 44 del ordenamiento legal antes citado reza: cuando el juez estime que no es suficiente el apercibimiento exigirá además al acusado una caución de no ofender, u otra garantía adecuada, al juicio del propio juez.

Luis Rodríguez Manzanera comenta que, es esta una de las medidas más antiguas (cautio di bene vivendo), y fue recomendada en 1890 por el Congreso Penal y Penitenciario. (12).

(12) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit. pag. 75.

h).- Suspensión o privación de derechos.

Estas suspensiones pueden ser de dos formas:

1.- La que por ministerio de Ley resulta de una sanción como consecuencia de ésta.

2.- La que por sentencia formal se impone como sanción.

En el primer caso la suspensión comienza y concluye con la sanción de que es consecuencia.

En la segunda hipótesis, si la suspensión se impone con la sanción privativa de libertad, comenzará al terminarse ésta y su duración será la señalada en la sentencia.

Igualmente la pena de prisión produce la suspensión de los derechos políticos y los de curatela, tutela, apoderado, defensor, albacea, perito, depositario o interventor judicial, síndico o interventor en quiebras, árbitro, arbitrador o representante de ausentes. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durará todo el tiempo de la condena.

i).- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

Cuando una persona es nociva en el desempeño de su trabajo, a veces no es necesario de la pena de prisión en virtud de que, tal daño se evita con la eliminación del mismo.

Esta disposición en nuestra legislación acompaña a la pena de prisión o a la multa y es aplicada sobre todo en los delitos cometidos por los servidores públicos, delitos cometidos contra la administración de justicia, y responsabilidad profesional.

j).- Publicación especial de la sentencia y Vigilancia de la autoridad.

Aún cuando esta medida, es decir, la publicación especial de la sentencia, no es de carácter precisamente económico, si implica un gasto a efecto de reparar un daño moral, que muchas de las veces no son susceptibles de reparación económica.

Entre los delitos que son sancionados con esta medida, encontramos a la calumnia que, exige principalmente como reparación el desvanecimiento ante el público de las imputaciones hechas o dar a conocer públicamente que tales imputaciones se han declarado calumniosas (art. 363 del Código Penal).

Cuando un proceso se sigue por otros delitos y el acusado es absuelto, la sentencia produce efectos de difamación y tiene el procesado derecho a que se haga público el resultado final. En ciertos casos la publicación será a costa del denunciante. En este supuesto, debe mediar petición al juez por parte del interesado.

Si el delito por el que se impuso la publicación de la sentencia fué cometido por medio de la prensa, se hará además la publicación en el periódico empleado para cometer el delito, con el mismo tipo de letra, tinta y lugar (art. 50 del código Penal).

Con la vigilancia de autoridad se busca una función supervisora y orientadora de la conducta del sentenciado. Por lo tanto, se encuentra a cargo, como ya se señaló de la autoridad ejecutora, ello se hará a través del personal especializado, dependiente de la misma autoridad.

Es aplicable cuando la sentencia determine restricción de la libertad o derechos, o suspensión

condicional de la ejecución de la sentencia. La duración de la vigilancia será la misma que la correspondiente a la sanción -impuesta.

En el artículo 322 del multicitado Có digo Penal se omite hacer la sustitución de la palabra "policia" por la de "autoridad", ya que uno de los argumentos para reformar este inciso del artículo 24 fue precisamente, el aclarar - que no se trata de una medida a cargo de la policia, sino es una medida aplicada a una persona previo seguimiento de un proceso penal y en el cual se considerará prudente someterlo a vigi lancia para encausar su conducta.

IV.- TRATAMIENTO EN SEMILIBERTAD.

En este punto comentaremos respecto al tratamiento en semilibertad y al Confinamiento.

Respecto al tratamiento en semilibertad, Luis López-Rey cita que, existen como antecedentes de la semilibertad varias situaciones, consistentes algunas veces, en dejar salir al recluso por varias horas al día ya fuera a trabajar, a cuidar su negocio o familia, o bien como mandadero de la prisión, esto se sucitaba generalmente en cárceles urbanas o semiurbanas. Y ello obedecía a la paupérrima condición de tales cárceles o el interés de carceleros de obtener servicios mal retribuidos(13).

El español Antonio Berinstain refiere que, la reclusión de fin de semana es una medida correctiva y que se puede aplicar como una segunda disposición después del internamiento en lugar de custodia, de trabajo de reeducación.(14)

Es decir, en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Española, el tratamiento en semilibertad, no es una medida sustitutiva, sino complementaría de una pena de prisión.

(13) LOPEZ- REY , Manuel. op. cit. pag. 513

(14) BERINSTAIN , Antonio. Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo, Importancia, Dificultad y Actualidad del tema, Madrid, Editorial Reus, S.A.1974, pag. 109

IV.- TRATAMIENTO EN SEMILIBERTAD.

En este punto comentaremos respecto al tratamiento en semilibertad y al Confinamiento.

Respecto al tratamiento en semilibertad, Luis López-Rey cita que, existen como antecedentes de la semilibertad varias situaciones, consistentes algunas veces, en dejar salir al recluso por varias horas al día ya fuera a trabajar, a cuidar su negocio o familia, o bien como mandadero de la prisión, esto se sucitaba generalmente en cárceles urbanas o semiurbanas. Y ello obedecía a la paupérrima condición de tales cárceles o el interés de carceleros de obtener servicios mal retribuidos(13).

El español Antonio Berinstain refiere que, la reclusión de fin de semana es una medida correctiva y que se puede aplicar como una segunda disposición después del internamiento en lugar de custodia, de trabajo de reeducación.(14)

Es decir, en la Ley sobre Peligrosidad y Rehabilitación Española, el tratamiento en semilibertad, no es una medida sustitutiva, sino complementaría de una pena de prisión.

(13) LOPEZ- REY , Manuel. op. cit. pag. 513

(14) BERINSTAIN , Antonio. Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo, Importancia, Dificultad y Actualidad del tema, Madrid, Editorial Reus, S.A.1974, pag. 109

Es entonces, la naturaleza de sustitutivo, lo que le dá el carácter de medida de Derecho Penal o Preventiva a este tratamiento en semilibertad y que los lugares donde se lleve a cabo tal tratamiento sean exclusivamente para tal efecto.

En consecuencia, para el cumplimiento de esta medida deberían existir establecimientos que colaborando con el poder judicial y el ejecutivo, se avocarán a estos sustitutivos, para que su aplicación sea realmente efectiva y su supervisión no sea una carga económica más a los centros de prevención social.

Esta medida de derecho penal reafirma el concepto ya anteriormente contenido del mismo en el artículo 8o. fracción V de la Ley de Normas Mínimas sobre readaptación social de sentenciados, ya que lo incluye como una fase del tratamiento preliberacional.

El Dr. Luis Rodríguez Manzanera señala que, es ésta una medida penológica aplicada ya desde hace 30 años en diversos países y que la corriente retribucionista la considera como un fin de semana penal en el que el criminal convive con sus cámaras (15).

Cuando la salida es en días hábiles con reclusión nocturna o de fin de semana, permite al reo una estabilidad laboral y evita el desamparo de la familia.

(15) RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. op. cit., pag. 156.

Es un beneficio la reclusión de los fines de semana, en virtud de que se aprovechan las celdas vacías cuando los reos están en fase preliberacional.

Opina Jorge Ojeda Vazquez que, "no es conveniente que las salidas del centro penitenciario sean a partir de la prisión tradicional, sobre todo porque las presiones internas y externas que se ejercen sobre ellos, podrían dañar el tratamiento y hacerlo fracasar en ciertos casos particulares(16). Por esto, es saludable que al lado de los institutos de ejecución de penas se construyan como se ha hecho en Almoloya de Juárez, Estado de México- instituciones abiertas adaptadas para este nuevo tratamiento se semilibertad.

El código Penal dice que la duración de la semilibertad, no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

CONFINAMIENTO.

Denota Eugenio Cuello Calón que, las penas que restringían la libertad abundaban en el antiguo Derecho Romano, además del destierro voluntario para sustraerse a la pena, la relegatio, que era un confinamiento que revistió diversas formas de distinta gravedad (17).

El confinamiento tiene como fin alejar a sujetos instigadores o peligrosos a lugares donde puedan ser vigilados.

El artículo 28 del Código Penal dice que, el confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El ejecutivo hará la designación del lugar, cuando se trate de delitos comunes y el juez que dicte la sentencia cuando se trate de delitos políticos.

Si vemos el capítulo de delitos políticos, éstos no tienen como sanción el confinamiento, sino la prisión, lo cual imposibilita al juez para imponerla en la sentencia.

(17) CUELLO CALON, Eugenio. op. cit. pag. 736

V.- OTRAS MEDIDAS DE DERECHO PENAL.

a).- Libertad Provisional.

Cuenta esta libertad, además de su cualidad de Medida de Derecho Penal, ya que beneficia al procesado evitando su promiscuidad delictual, con la de ser una garantía Constitucional. En efecto, nuestra Carta Magna con una certera visión quiso - evitar a los delincuentes primarios o de mínima peligrosidad, los menoscabos y estoicismos que su permanencia en prisión le ocasionarían.

Esta libertad también la conocemos como libertad bajo fianza, por ser ésta una de las formas de garantizar aquélla.

Esta libertad sólo se concede durante el proceso. Asimismo sólo se dispensa cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de 5 años.

El artículo 20 Constitucional, en su fracción I dice así:

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será -- puesto en libertad provisional bajo caución, que fijará el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito, INCLUYENDO SUS MODALIDADES, merezca ser sancionado

Esta reforma que hace que se tome en cuenta para el término medio aritmético, las modalidades del delito -- supuestamente cometido, convierte este beneficio en nugatorio.

Es esta reforma ilógica y absurda, además, no sólo va contra todo principio preventivo, sino además es violatorio de la garantía de legalidad, ya que para que se pueda molestar a alguien en sus derechos, la determinación judicial de la autoridad debe fundamentarse y en este caso únicamente existe una presunta responsabilidad, la cual si no es comprobada se dictará una sentencia absolutoria .

Es decir, es hasta este momento procesal cuando se tiene por comprobada la responsabilidad del procesado y a veces las modalidades o calificativas de que habla la fracción I del artículo 20 Constitucional.

Por lo tanto, no deben en etapa del inicio del proceso para otorgar el beneficio de la libertad provisional considerarse las modalidades .

Es esta reforma además de anacrónica, una medida que únicamente está sobrepoblando los Centros Preventivos con todas sus inevitables consecuencias económicas, administrativas, morales y sociales.

A mayor abundamiento, el problema se agrava si tomamos en consideración el grave problema de la lentitud en el proceso criminal ,Y las más de las veces que un individuo permanece más tiempo privado de su libertad del que en estricto derecho le corresponde.

b).- Libertad Preparatoria.

Manuel López-Rey comenta como un antecedente de la libertad preparatoria el caso del presidio de Ceuta, - España y señala la diversidad de actividades que llevan ahí los presos (pintores, sirvientes, sastres etc.) y agrega que el régimen de presidio estaba dividido en cuatro períodos. El tercero era el régimen intermedio, llamado de cañon a cañon, porque los presos salen a trabajar libremente a la ciudad al cañonazo de la mañana y se retiran al de la tarde. El cuarto comprende a los que están en condiciones, es decir, que llevan extinguida las tres cuartas partes de la condena. Los penados son concedidos a los particulares, duermen en la casa de sus amos y sólo van una vez al mes al presidio a pasar revista (18).

El maestro Ignacio Villalobos al respecto comenta que, la libertad preparatoria consistía en, que todo aquel que hubiera las dos terceras partes de una pena de prisión mayor de dos años, observando con regularidad los reglamentos carcelarios, habría de ser puesto en libertad, quedando sujeto a una vigilancia especial y con ciertas condiciones. - Agrega el último autor citado que, "esta liberación que en algunos países comenzó por ser una gracia ofrecida en cambio de la buena conducta en el penal, se reglamento ya como el ticket

(18) LOPEZ-REY, Manuel. op. cit. pags. 513 y 514.

of leave system en la Isla de Norfolk, y comenzó a llevar consigo un tratamiento de vigilancia benévola y de auxilio para los liberados desde que en Massachusetts se nombró un agente con esta misión; la idea se constituye en todo un sistema llamado parole system por la Ley de 1869 que crea el Reformatorio de Elmira, restando importancia cada vez a la conducta del reo que es engañosa y tomando este período de libertad como parte del tratamiento del penado"(19).

Hoy día este beneficio se otorga de manera exclusiva a los sujetos que ya están cumpliendo una condena y han compurgado determinado porcentaje que es, de las tres quintas partes, si el delito es intencional y a la mitad si el delito es no intencional o culposo.

En el artículo 84 del Código Penal se señalan los requisitos para obtener este beneficio : 1.- Que el reo haya observado buena conducta durante la ejecución de la sentencia; 2.- Que del examen de su personalidad, se obtengan elementos positivos que hagan presumir que está socialmente readaptado y en condiciones de no volver a delinquir ; 3.- Que haya reparado el daño causado o se comprometa a repararlo.

Respecto al último requisito nos parece que nulifica este beneficio, ya que cuando el preso da muestras de arrepentimiento y enmienda, por carecer de capacidad económica,

(19) VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. pag. 595.

le será negado este bien. Por lo tanto se niega el fundamento dogmático de este beneficio consignado en los artículos 17 y 19 incisos I y X de la Constitución.

Se debiera hacer la salvedad en aquellos casos en que se demuestre la insolvencia económica del reo.

Una vez cumplidos los requisitos anteriores, la autoridad competente concederá la libretad al reo, sujeto a las siguientes condiciones:

a). Residir o no en lugar determinado y avisar de sus cambios de domicilio, ello para que el reo pueda trabajar y que este lugar no obstruya su enmienda.

b). Desempeñar el oficio que se le determine.

c). Abstenerse del abuso de bebidas embriagantes y del empleo de estuperficientes o psicotrópicos, salvo prescripción médica.

d). Sujetarse a la orientación que se le dicte y a la vigilancia de alguna persona honrada y de arraigo, que se obligue a informar sobre su conducta.

c).- Condena Condicional.

El motivo que anima la inclusión de la condena condicional en este trabajo es que, fue una de las primeras medidas que evitan el encarcelamiento de escasa duración a los sentenciados. Y es por lo tanto una institución que evita la premiscuidad delictual que ello ocasionaría.

Ignacio Villalobos cita que, en nuestro país fue durante los años 1905 a 1912 propuesta por Miguel S. Macedo en los estudios que él mismo presidió (19).

Nos explica la existencia de dos sistemas referentes a la Condena Condicional el maestro Raúl Carranca y Trujillo: el angloamericano en el cual se suspende condicionalmente el pronunciamiento de la sentencia y el europeo, en el cual se dicta la sentencia pero, se remite la pena pronunciada hasta que transcurra el término de prueba(20).

En nuestro código se recoge el sistema mencionado en segundo lugar.

Desde luego la condena condicional consiste en la suspensión temporal de la ejecución de la pena dictada, cuando ésta no excede de 2 años de prisión. La suspensión de la pena comprende la privativa de libertad y la multa, en cuanto a las demás sanciones impuestas el juez resolverá según las condiciones del caso.

(19) VILLALOBOS, Ignacio. op. cit. pag. 600

(20) CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. op. cit. pag. 231

Para que proceda la condena condicional, además se necesita: que sea la primera vez que le sentenciado incurra en un delito intencional, haya demostrado buena conducta antes y después del mismo; que por sus antecedentes y por la naturaleza del delito se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

La suspensión temporal de la sentencia es de 3 años contados a partir de que cause ejecutoria la misma - tiempo durante el cual el beneficiado se sujetará a las medidas siguientes: residir en lugar determinado; desempeñar la ocupación que se le fije; abstenerse del consumo de bebidas embriagantes estupefacientes y psicotrópicos, salvo prescripción médica; reparar el daño causado y optar entre otorgar una garantía (fianza o caución) o sujetarse a las medidas señaladas, - ello para evitar que se sustraiga a la ejecución de la pena, - en caso de no cumplir los requisitos.

Los sentenciados en estos términos quedan bajo el cuidado y supervisión de la Dirección General de los Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

CAPITULO SEXTO
CONSIDERACIONES FINALES

EL DELITO UNA REALIDAD SOCIAL.

Es el delito la causa sine qua non existiría una legislación penal. A pesar de ello es la delincuencia un grave problema que ha existido desde siempre afectando profundamente la convivencia social. La manera de combatirlos ha variado indudablemente con el transcurso del tiempo y últimamente con una función preventiva la cual va unida al conocimiento y a la solución de los problemas que representan las causas y los factores determinantes de la Criminalidad, a efecto de lograr la seguridad social y el mantenimiento del orden jurídico queriendo readaptar al delincuente.

Los factores o causas del delito no podrán desparecer con severas penas, pues es el mismo, consecuencia de múltiples factores, los cuales por su diversidad y número no podrán ser totalmente erradicados, pero si reducidos, porque es el delito un acto social y ante todo humano son por tanto el delito y la pena valores jurídicos complementarios.

CONCEPTO DE PENA

Francis Lieber en 1834 utilizó por primera vez el término PENOLOGÍA. El concepto de pena cobra vital importancia por la lucha contra el delito.

El concepto de PENA es menos amplio que el de -- sanción. La sanción es el género y la pena la especie. La noción de pena surge al nacer la idea de castigar la comisión de un ilícito. El concepto sanción es obra de los positivistas, - pena viene del latín POENA que denota dolor, es el pago por el delito.

El concepto sanción en amplio sentido debe contener -según Maggiore- dos elementos: la sanción y el premio. Habla de cuatro clases de sanciones: la Ley Divina, la moral, la natural y la Jurídica, esta última consiste en el mal con que amenaza o en el bien que promete el ordenamiento jurídico en el caso del incumplimiento o de violación de la norma. Al legislador le preocupa más los efectos de la transgresión de la Ley, que el cumplimiento de la misma, por ello la figura de la pena es siempre una amenaza.

Se debería entonces, compensar la virtud para -- que las buenas acciones sean imitadas y darle un nuevo perfil al derecho penal siendo eminentemente previsor, en vez de sancionador.

Así resulta ilógico que en la última reforma a - la fracción I del Artículo 20 Constitucional se tome la palabra modalidad como calificativa.

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es: el modo de ser o de manifestar una cosa.

Luego entonces una forma o formas de cometer un delito ya sea que tales formas agraven al delito ono, es luego entonces ilógico y violatorio de garantías privar a alguien -- del derecho de la libertad provisional, si aún todavía no se -- comprueba su responsabilidad penal.

Autores como Carranca conceptúan a la pena única mente como un mal.

El concepto de pena debe abrigar todos los aspectos: la de pena como mal y pena correccional y tutelar.

En todo caso debiérase en el Auto de Formal Prisión en caso de que la consignación contemple alguna agravante, ser materia de estudio del órgano jurisdiccional al pronunciar se el mismo, a efecto de determinar si están probadas o no, y no ilanamente considerarlas para conceder la Libertad Provisional.

FIN DE LA PENA.

Es lo que pretende lograrse através de un sistema punitivo. La pena no es un medio para remediar una conducta delictiva, sino para prevenir otras conductas de la misma natu

raleza y para encauzar nuevamente a la primera, es decir castigar no porque se ha pecado, sino para que no se peque. Es la pena un medio con un fin específico.

Debe a toda transgresión legal seguirle una pena, en la cual debe haber justicia, conteniendo la misma un fundamento ético (la conducta da lugar a un premio o un castigo) psicología (premia o castiga como acto de conciencia humana) y debe establecer proporción entre esta y el delito, para evitar conductas delictivas posteriores.

La pena es un mal conminado al reo, dentro de las formas previamente señaladas a un delito, como retribución a un mal mismo, para reintegrar al orden jurídico injuriado y prevenir conductas delictivas posteriores.

No encuadrando dentro de este concepto las medidas de Derecho Penal.

Denotamos de la definición anterior que la prevención debe realizarse por dos caminos: sobre la comunidad y sobre el individuo. La prevención general intimida previniendo el delito y educa la conciencia colectiva humanizándola para garantizar el respeto a la personalidad.

Al aplicarse la pena además de lograrse el restablecimiento del orden externo de la sociedad, se logrará la co

rección del culpable y el estímulo a los buenos.

Soler concluye que una teoría que solo atiende a la necesidad formal de justificar la pena, demostraría su necesidad pero, olvidaría que la aplicación de ella es una forma de crear realidad histórica y una teoría que atiende únicamente su aspecto utilitario se basa en la eficacia y no da una fundamentación es vana, porque la eficacia es eventual.

LA PENA EN LAS ESCUELAS PENALES.

La pena sino en su conceptualización actual siempre ha existido desde que el hombre vió afectado en su persona o bienes. En la venganza privada se puede afirmar que en este período la función penal era fundamentalmente una venganza individual o acción de gremio. Probablemente la única limitante era la Ley del Tali6n.

En la Venganza Divina la justicia está en manos de los jueces que la aplican en nombre de dios.

En la Venganza P6blica la justicia está aplicada por el Estado al trav6s de jueces que abusaban de tal facultad imponiendo penas inhumanas e incluso sancionaban hechos no considerados como delitos.

En el per6odo Humanitario la iglesia es quien persigue la humanizaci6n de las penas, valor6ndose la intenci6n

del delincuente para la imposición de la pena.

Dentro del Período Científico, surge la Escuela Clásica (Carrará), la pena es un mal sin exceder las necesidades de la tutela jurídica, la pena va en relación a la gravedad del delito. La imputabilidad se basa en el libre albedrío y se propone abolir las penas capitales.

La Escuela Positiva surge por el auge de las Ciencias Naturales en el siglo pasado, pretende cambiar el criterio represivo de la Escuela Clásica suprimiendo fundamentación objetiva al dar realce a la personalidad del delincuente, busca adaptar la pena en la peligrosidad del delincuente, tiene la pena un fin de Defensa Social.

La posición Ecléctica admite del positivismo la negación del libre albedrío y concibe al delito como fenómeno individual y social. Hablando de las conveniencias del método inductivo se debe estudiar científicamente al individuo. Distingue entre imputables e inimputables.

Por lo tanto debe el Derecho Penal conocer científicamente a los delitos, delincuentes y penas como fenómenos regulados por el ordenamiento jurídico positivo.

Concluimos:

El delito tiene diversidad de causas.

La pena tiene su justificación en el mantenimiento del orden jurídico y social.

La pena produce seguridad social.

La pena debe reunir los siguientes elementos:

a).- Contener una prevención general, es decir, la pena debe ser una amenaza advirtiendo e intimidando a todos los ciudadanos.

b).- Debe contener una prevención especial, que se logra ejecutando la pena sobre el delincuente mismo, aspirando a convertirle en un miembro útil a la sociedad, esto sea mediante la intimidación o la corrección.

c).- Ser a la vez, la realidad palpable de que una persona al transgredir el orden social no queda su actitud impune, al reafirmar la confianza de toda la comunidad y dar satisfacción al ofendido.

d).- Debe ser el medio que premie y estimule la virtud.

PERIODO PRECORTESIANO.

El derecho azteca es muestra de rigidez moral y las penas estaban al servicio de la clase dominante y a la -- cual no le convenía estimular la libertad y la humanidad en su trato con los gobernados a efecto de mantener separadas las -- clases sociales, y la pena iba aplicada en razón a la clase so cial.

Predominaba la pena de muerte en diversas expresiones, la pena en sí era un castigo y no un medio.

Por falta de moneda no existía la pena pecunia--ria y la de prisión, pues era incomprensible un hombre inútil a la sociedad. Existía únicamente una prisión llamada cuauhcalli que servía para los sentenciados a muerte. La Teilpiloyan era para los presos de penas leves, que se castigaban con azotes o golpes y delitos graves que son cometidos contra la propiedad, el orden público o la moral.

El juez era el emperador azteca Cuallhuatecuhtli, Tlatocui o Ilueitlatocani junto con un Consejo Supremo que era el Tlatocan.

Los juicios se hacían cada 80 días en que se celebraban audiencias públicas, sentenciando sin apelación. Generalmente los delitos contra las personas se castigaban con la muerte e igualmente se procedía contra quien cometía delitos contra la moral familiar o pública.

Lo que se castigaba era la transgresión a una costumbre, a un mandato del soberano, no era la pena un medio hacia un fin determinado, sino que era una venganza y un mandato.

Los Mayas establecían penas de menor severidad - si lo comparamos con el derecho azteca. La justicia era encabezada por el batab, los juicios eran orales e inmediatos y su sentencia era inapelable. Existía un órgano de ejecución de penas que eran los Tupiles. Las penas no eran un medio de regenerar a la persona, sino pretendían readaptar su espíritu, purificándolo al aplicarle una sanción al transgresor de la ley. - Igualmente los delitos contra las personas se castigaban con pena de muerte, no usaban la prisión ni los azotes.

Los Tapotecos, La delincuencia en esta población era mínima, existiendo cárceles que eran jacales sin seguridad alguna. Los delitos contra la moral eran altamente sancionados.

Los Tarascos era un pueblo principalmente agrícola, existiendo una marcada división de clases, el Cazoni era - quien hacía justicia y pertenecía al sacerdocio. Las penas - - eran sumamente crueles.

EN LA COLONIA

Las fuentes en el Derecho Penal de Indias.

Las fuentes durante esta época lo son básicamente

la Legislación de Indias en 1596 constante de nueve libros, -- las Leyes de Toro, el Fuero Real, Las Partidas, La Nueva y la Novissima Recopilación. Fue hasta 1680 en que se hace una sistematización de Leyes en la Recopilación de Indias, Conjunta y supletoriamente se aplicaba el Derecho de Castilla, ya que esto se manda a través de diversa ordenanzas reales incorporadas en la Recopilación. Una última fuente son las disposiciones de gobernantes y virreyes que contenían penas graves.

EL DERECHO PENAL INDIANO

Ya en este existían disposiciones de caracter -- preventivo porque en este cuerpo legal se cita expresamente -- (Ley de 1621) que el mejor gobierno consiste en impedir que se cometan delitos que castigarlos después de cometidos.

A lo que debemos agregar, que ello debe hacerse legal y correctamente.

Existió un expediente "Diligencias que en virtud de superior despacho se han practicado ha pedimento de los naturales del pueblo de Santa María Tlatitla de Izúcar México, - 1546" que es un primitivo antecedente del Código Penal Mexicano.

LA PRACTICA PENAL.

En lo referente a la aplicación de las Leyes Penales, eran los virreyes y gobernadores quienes desempeñaban tales encargos. Indebidamente las penas variaban con las personas, el domicilio y la raza. En primer sitio estaban -- los delitos contra las personas, seguidos por los cometidos contra la sociedad, luego los sexuales y al último las conspiraciones políticas.

EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Las Primeras Leyes Penales.

Fué hasta 1857 cuando se sientan las bases del Derecho Penal Mexicano las cuales se interrumpen por la intervención francesa.

EL CODIGO PENAL DE 1871.

Con base en el Libro Primero de 1867 dirigido por Antonio Martínez de Castro y el Código Penal español se publica el Código Penal el 7 de Diciembre de 1871 en vigencia en 1872 para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California. Es de corriente clásica y consta de 1152 artículos. Se consignaba una división entre penas y medidas preventivas, se hablaba de la libertad preparatoria, existía el -- trabajo como forma opcional y a efecto de allegar fondos a -

los internos. Se hace un señalamiento de atenuantes y agravantes de la pena.

LOS PROYECTOS DE REFORMA.

Siendo presidente de la República Porfirio Díaz comisiona a Don Miguel S. Macedo para un proyecto de reformas al Código Penal el cual queda terminado en junio de 1912 y - aunque carece de efectos prácticos tiene espíritu político - criminal como la retención de la cuarta parte de la pena contra reos habituales, la hospitalización en manicomios para - enajenados y anormales.

EL CODIGO PENAL DE 1929.

En 1929 se culmina la revisión del Código Penal siendo presidente de la República Emilio Portes Gil y entra en vigor en el mismo año, la posición de este Código es de - carácter positivista, consta de 1233 artículos. En opinión - de Jiménez de Asúa es el primer Código en el mundo que inicia la lucha contra el delito a base de la Defensa Social e individualización de las sanciones.

La pena trasciende a la sociedad, no se limita a castigar al criminal, previene los delitos reutiliza a los delincuentes y elimina a los incorregibles.

Las sanciones se dividen según la categoría de

los delincuentes entre los cuales existe una (la de delincuentes menores de 16 años y la de los en estado de debilidad o enfermedad mental) que son auténticas medidas preventivas de Derecho Penal aún cuando los autores de dicho Código lo ubiquen en el positivismo y por lo tanto quieren eliminar diferencias entre penas y medidas de Derecho Penal; además de que la política criminal admite el objetivo de defensa.

NATURALEZA JURIDICA DE LAS MEDIDAS DE DERECHO PENAL.

Antecedentes de las Medidas Penales.

Existe controversia entre la fuente común o diversa de las penas y medidas de Derecho Penal, la respuesta a ello da la pauta a aspectos teóricos y prácticos del Derecho Penal.

Hay autores que asignan a las Medidas de Derecho Penal un mismo origen dentro del mismo Derecho Penal y - hay quienes las consideran ajenas a éste pero, de naturaleza complementaria a la pena en su lucha contra el crimen. Basándose éstos últimos en el contenido múltiple y preventivo, -- así como en el aspecto subjetivo de las Medidas de Derecho Penal, que únicamente presupone la peligrosidad del delincuente. Siendo las penas de contenido eminentemente retributivo.

Formalmente las Medidas Penales nacen a fina--

les del siglo XIX cuando Carlos Stoss las incorpora al Proyecto de Código Penal Suizo, base del Código promulgado en 1937 y aún cuando existían en las diversas legislaciones instituciones semejantes a las Medidas Penales basadas en la peligrosidad del infractor, podemos concluir que, las medidas nacen en el propio Derecho Penal y en la evolución positiva -- del mismo en que se presta mayor atención a la peligrosidad y resocialización del delincuente, provocando el mayor interés de las medidas en la Dogmática Penal.

CONCEPTO.

En amplio sentido Medida Preventiva Penal es toda disposición o medio de cualquier índole cuya finalidad es disminuir el fenómeno criminal. Debiendo hacer una diferencia clara entre el género y especies de las medidas penales, así como distinguirlas de otras medidas que, estando -- inmersas en el Derecho no se comprende estrictamente dentro del Derecho Penal.

No podemos llamarlas "medidas" simplemente ya que es un término muy vago que no significa nada; tampoco es acertada la denominación de Medidas de Defensa Social propuesta en 1951 por la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, pues resulta imprecisa. Consideramos que el título co--

recto es MEDIDAS PENALES, porque las establece el Derecho Penal y porque tienen relación directa con la pena, ya sustituyéndola o complementándola.

SU NATURALEZA JURIDICA.

Existen dos corrientes teóricas: Unificación y Dualismo. Obviamente en la primera posición se afirma no existir diferencia entre Medidas Penales y Penas y que ambas se comprenden bajo el título de "sanciones", siendo los autores positivistas los autores de esta posición. Esta postura adolece de fallos esenciales, pues una sanción ordinaria es invariablemente proporcionada a la gravedad del hecho, entre tanto las Medidas Penales no están unidas ni por su forma ni por su contenido a la gravedad del hecho cometido únicamente sino a la particular situación del autor del delito, es decir en su peligrosidad.

La posición dualista que señala diferencias entre penas y Medidas Penales asevera que éstas son de carácter puramente administrativo y no deben incorporarse a los códigos penales, no negamos la existencia de las Medidas Preventivas o de Policía pero, las medidas penales se aplican después de cometido un hecho típico, previsto como tal por la ley a una persona declarada socialmente peligrosa y que esta medida se encuentre prevista en el ordenamiento legal, y ser

impuesta por un órgano jurisdiccional previo juicio en el que se cumplan todas las formalidades del procedimiento.

Las medidas penales se prevén para que cobren vida antes de cometerse el delito.

Es como en muchos casos una posición ecléctica la más correcta, porque no son idénticas penas y medidas penales y por empeñosa que sea la tentativa de unificación, mientras exista la necesidad de preferir las escalas proporcionadas a la distinta gravedad de los delitos, la unificación será puramente verbal.

REGULACION JURIDICA ACTUAL DE LAS
MEDIDAS PENALES EN MEXICO.
CONCEPTO.

Las medidas penales son un tratamiento que se aplica a un delincuente o persona declarada legalmente responsable de la comisión de un ilícito, en términos del artículo 15 del Código Penal.

Tratamiento es una manera de hacer algo o de manejar una situación debe ésta estar prevista por una ley y no vulnerar ciertos derechos fundamentales.

En los incisos del artículo 24 del Código Penal se prevén diversos tratamientos a aplicar en nuestro sistema punitivo: tratamiento en libertad, en semilibertad y con total privación de la libertad, es decir, la prisión, y aún cuando estimamos a ésta una pena y no un tratamiento en estricto sentido, debe la misma no sólo reprimir al delincuente sino readaptarlo a la sociedad.

PRISION.

Es la privación de la libertad corporal en condiciones austeras pero humanas con fines de eliminación temporal y correctivos.

El artículo 25 del Código Penal señala que la

misma tendrá una duración mínima de tres días y una máxima de 40 años, la cual se extinguirá en el lugar que al efecto señala la Dirección General de los Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social.

Al efecto los lugares de prisión preventiva y compurgamiento de la pena para los hombres hasta ahora han sido distintos, lo cual no acontece para el caso de las mujeres, ya hasta que hace pocos días se encuentran funcionando Módulos Femeninos en el Reclusorio Preventivo Oriente y anteriormente procesadas y condenadas convivían en el mismo Centro Femenil de Tepepan Xochimilco.

Debido a que la pena de prisión es por hoy el único remedio a los delincuentes peligrosos, existe la inminente necesidad de recurrir a medidas penales extramuros, -- que evite el contacto de estos sujetos con delincuentes de menor peligrosidad.

LOS TRATAMIENTOS EN LIBERTAD.

Como su nombre lo indica es una medida que no afecta a la libertad personal de los sujetos, ya que solo la restringe un poco. Este tratamiento es recomendable que se aplique a delincuentes de mínima peligrosidad y cuya actividad antisocial es ocasional.

Este tratamiento para ser efectivo presupone la experiencia profesional de los jueces y magistrados y la exigtencia de personal capacitado para llevarlo a cabo.

B I B L I O G R A F I A

- BARRAGAN BARRAGAN, José.- Legislación Mexicana sobre presos, cárceles y Sistemas Penitenciarios, (1790-1930), Biblioteca sobre Prevención y Readaptación Social, número 4, Secretaría de Gobernación, México, 1976.
- BECCARIA, César.- Tratado de los Delitos y las Penas, Trad. S.S. Melendez y M.A. Primera Edición Facsimilar, Porrúa, México, 1976.
- BERINSTAIN, Antonio.- Medidas Penales en el Derecho Contemporáneo, Editorial Reus, S.A., Madrid, 1974.
- CARRANCA y Rivas Raúl,- Derecho Penitenciario, Porrúa, S.A. México, 1981.
- CARRANCA y Trujillo Raúl.- Principios de Sociología Criminal y Derecho Penal, Imprenta Universitaria, México, -- 1955.
- CARRARA, Francesco.- Programa de Derecho Criminal, Trad. José J.T. y José Guerrero, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1957.
- CUELLO CALON, Eugenio.- La Moderna Penología, Bosch S.A., España, 1958.
- CUELLO CALON, Eugenio.- Derecho Penal, Parte General, Editorial Nacional S.A., México, 1951.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, y otros,
Editorial Bibliográfica Argentina, Argentina, 1964.
- ENCICLOPEDIA MEXICO A TRAVES DE LOS SIGLOS, y
otros, Editorial Grolier, México, 1987.

- GONZALEZ Alpuche, Juan José.- El Crepúsculo de la Doctrina - Positiva del Derecho Penal, Imprenta Universitaria, México, 1952.
- JIMENEZ de Asua, Luis.- Tratado de Derecho Penal, Editorial Lozada, Argentina, 1956.
- KOHLER, J., El Derecho de los Aztecas, Criminalia, T. III.
- LOPEZ-REY y Arroyo, Manuel.- Criminología, Teoría, Delincuencia Juvenil, Predicción, Prevención y Tratamiento, Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1981.
- MAGGIORE, Giuseppe.- Derecho Penal, Trad. J.J. Ortega T., Editorial Temis, Colombia, 1954.
- MEZGER, Edmund.- Derecho Penal, Trad. Dr. A. Conrado Finzi, Edit. Bibliográfica Argentina, 1958.
- OLESA Muñido, Francisco.- Las Medidas de Seguridad, Editorial Bosch, Barcelona, 1951.
- RODRIGUEZ MANZANERA, Luis.- La Crisis Penitenciaria y los -- sustitutos de la prisión, Cuadernos del Instituto - Nacional de Ciencias Penales, México, 1984.
- SOLER, Sebastián.- Derecho Penal Argentino, Editorial Tea, - Argentina, 198 .
- VILLALOBOS, Ignacio.- Derecho Penal Mexicano, Parte General, Porrúa, S.A., México, 1985.

L E G I S L A C I O N

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
Editorial Porrúa S.A., México, 1987.

CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.

CODIGO PENAL, Ley de Delitos Militares.
Ministerio de Educación Superior,
La Habana, Cuba, 1979.

LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACION
SOCIAL DE SENTENCIADOS.
Editorial Porrúa, S.A., México, 1987.