

87
2ej.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LA FACULTAD DEL ORGANO JURIS-
DICCIONAL PARA LA APLICACION DE
LA PENA.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE;
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

RUFINO CRUZ MATIAS

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

LA FACULTAD DEL ORGANO JURIS -
DICCIONAL PARA LA APLICACION DE LA PENA .

Introducción

Capítulo I.- El delito a través de la historia

A) En la edad antigua	2
B) En la edad media	16
C) En la época contemporánea	20
D) Diversas concepciones del delito	24

Capítulo II.- El jus puniendi o derecho de castigar

A) Su origen	28
B) Su justificación	30
C) Teorías al respecto	31
D) La acción penal	36
E) El Ministerio Público	39
F) El órgano jurisdiccional	42
G) La sentencia	45

Capítulo XIII.- La pena

A) Concepto de pena	50
B) La pena y las medidas de seguridad	64
C) Su clasificación	70

C a p í t u l o IV.- La individualización de la pena

A) La individualización legal, en los Códigos penales de 1929 y 1931	79
B) La individualización judicial; artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, vigente	86
C) La individualización ejecutiva	91
D) La individualización en el concurso de delitos	103

Conclusiones

Bibliografía

.....

C A P I T U L O I .-- El delito a través de la historia.

A) En la edad antigua

En los comienzos de la historia de la humanidad, el hombre primitivo desconociendo los orígenes de los fenómenos que lo rodean y en sus relaciones con sus semejantes, ignoraba los principios extraordinarios de la naturaleza y de las relaciones sociales recíprocas, basadas en la igualdad de sus miembros. En su mundo limitado, el hombre primitivo únicamente se basaba en la conciencia del yo; por lo que solamente podía comprender los hechos naturales y la conducta de sus semejantes a través de la reacción y retribución obtenida de los actos ejecutados y la magia, que se encargaba de configurar desde un punto de vista colectivo la cosmovisión en conjunto de las conciencias primitivas.

El problema que se planteaba al presentarse una conducta que causaba un daño, recibió un trato diferente según evolucionó este período de la humanidad. Es así, que en los primeros tiempos la mayoría de las conductas dañosas, únicamente obtenían una reacción por la parte ofendida, que no solo se limitaba a los ámbitos del daño causado, sino que se extendía más allá del mismo. Pero como ya señalé, no solo existía el sujeto, sino además el grupo con el cual se asociaba; a los delitos que afectaban a la colectividad debía también corresponder una sanción específica, pero como no existía la conciencia de un delito social, sino prohibiciones, que significaban en la conciencia del grupo, al principio de la retribución de la vida, al acarrear la desgracia con la violación de la prohibición, la única manera de retribuirla, era ejecutando un acto de repudio colectivo, que denotara la desaprobación del acto realizado ante las deidades, ya sea sacrificando, golpeando, lapidando-

e inclusive, sepultando vivo al transgresor. Esta reacción, eminentemente religiosa sólo puede ser comprendida en las primeras etapas de la vida social del hombre, y por lo tanto, bien puede señalarse como el principio de la represión del delito por el Estado. Por eso resulta aplicable lo manifestado por Von List, quien opina que " en la --- union social prehistórica, que se funda en la comunidad de sangre y --- donde no se distingue el mandato de Dios del estatuto de los hombres, --- el crimen es el atentado contra la dividad, y la pena, la expulsión de los que atentaban contra el orden social existente, pero como sacrificio a la dividad en primer término." (1)

En esta etapa el sujeto es responsable por el mero efecto dañoso y no importa si estuvo o no conciente del acto realizado, la infracción cometida exige expiación, a tal grado que no importa que se trate de objetos inanimados o de animales. A lo anterior se debe agregar que la sanción podía ser ejecutada por cualquiera que perteneciera al grupo, de ahí que sea muy difícil dividir la ejecución, de una sanción --- por violación a una prohibición al surgir la guerra entre grupos, se puede decir que no obstante que en ocasiones se trataba de un acto individual contra miembros de otra tribu, se solucionaba el problema con combates directos, sin embargo, con el transcurso del tiempo esta situación cambió, cuando en los grupos se impusieron una serie de penas para evitarlo, que generalmente eran de carácter corporal.

Es en esta parte, donde se modifica constantemente el modo de ca-

(1) Von List, Franz, Tratado de derecho penal, Madrid, 1927, pág.197.

tigar las conductas no deseadas, dado que, cuando conviven en una misma área diversas tribus, aparecen definitivamente separados dos clases de penas: el castigo de un miembro de la tribu y el castigo del sujeto ajeno al grupo, que lo perturba. Como ya he señalado, en el primer caso, - la pena por el incumplimiento se presentaba como la persecución del infractor, y en el segundo, en un combate contra el extranjero y su grupo como una venganza que se ejerce de tribu a tribu. Ahora bien, por cuanto a lo expuesto, la reacción de la asociación de los diversos grupos, empieza a plantear la primera forma de organización, que tiene como fin el restituir el orden perturbado.

En este primer fundamento de la naturaleza humana, producido por - los fenómenos sociales inmediatos, la importancia de los mismos nos -- ofrece un cierto grado de evolución en las relaciones de los hombres -- que viven en común; así de la venganza que domina en la etapa prehistórica, que carece de límites, se pasa a un estado en que se necesita mantener una incipiente organización social y por eso es necesario establecer cuales son los casos en que se debe ejercitar la venganza privada, - el castigo público e inclusive señalar las circunstancias atenuantes, - en las cuales se justifican ciertos actos, o se debe reducir la sanción.

En un desarrollo posterior de la organización social humana se -- nota una disminución de las reacciones dirigidas contra el infractor. - El desconocimiento de la pertenencia al grupo, se conmuta por la pena - de muerte y las mutilaciones, a las que posteriormente se agregan el -- destierro temporal y el resarcimiento pecuniario de todas clases; es de - cir, al transgresor se le otorga un perdón legal de la comunidad. Así -

nace dentro del grupo, el segundo paso en el desarrollo del derecho penal, el método de la composición del daño. Este impulso del derecho penal alcanza un gran desarrollo de acuerdo al fortalecimiento de las primeras naciones humanas, dado que se elevan sobre los actos de las asociaciones familiares que se someten a la potestad del grupo, mismo que traspasa la decisión sobre el castigo a una persona neutral, que representa a la colectividad, y a la cual importa imponer el castigo en base a una graduación de la gravedad de la lesión causada. Es entonces cuando nace la idea del talión que da al instinto de venganza una medida y un objeto.

El talión, según San Isidoro es " la similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca talmente como lo hizo." (sic)^(2) Practicándose, tanto con un carácter material, en la persona del transgresor, como simbólico, cuando se substituye la persona del sancionado. Esta es la forma de sancionar que se encuentra durante casi toda la historia de la humanidad, entre las primeras y principales culturas como lo fueron la romana, griega, o, entre los hebreos.

En el tercer estadio de la persecución de las conductas no deseadas por los grupos humanos, el poder de persecución público se vuelve limitado, dado que la Ley penal busca no sólo del contenido y modo de la sanción, sino también la exteriorización de sus principios, comenzando a demarcar el concepto del delito; creando al mismo tiempo el problema de la inutilidad del arbitrio primitivo, dado que ya se concreta en una

(2) Vider, Meyer, Tratado de Filosofía y Sociología, Leipzig, 1911, - página 57.

regla más o menos definida de la conducta deseada por el grupo social.

A partir del correr de la historia, los pueblos nos demuestran el avance que habían alcanzado en la persecución de los delitos, es así, - que aún cuando no existían propiamente cuerpos de leyes especializadas en castigar conductas antisociales, ya se denota el principio de la codificación, que por regla general y dado que la mayoría de las grandes civilizaciones se conforman de un Estado teocrático, las reglas penales forman parte de los libros sagrados, con raras excepciones.

Dada la trascendencia de este hecho, procederemos a dar una revisión somera de las principales civilizaciones que desde los comienzos - de la humanidad, se ocuparon de sentar las bases de la persecución social de los delitos; empezaremos por las culturas orientales, analizando posteriormente, las civilizaciones occidentales de las cuales derivan las legislaciones penales actuales.

Egipto.- Esta civilización pasó de un estadio primitivo a una cultura basada en un Estado teocrático, que como la mayoría de las veces - ocurre, estableció su poder en base a leyendas; es así que las más antiguas leyes establecidas por los gobernantes egipcios se atribuían a las revelaciones que de ellas hicieron los dioses al rey Mnévis. Igualmente dentro de esta cultura, los dioses imponían las leyes, así Thot, que era el dios de la escritura y del conocimiento, también tenía como atributo la legislación divina. De lo anterior se pueda concluir el porque los preceptos que regulan las conductas de los hombres se hallaban contenidos en antiquísimos libros, de los cuales sólo han llegado algunos-

fragmentos hasta nosotros y cuyo contenido permite apreciar que dichas normas estaban saturadas de un espíritu religioso, para el cual el delito era ofensa a los dioses, las penas por el acto cometido extremadamente crueles, y los sujetos encargados de imponerlas lo hacían con una facultad delegada divinamente. Y aún cuando dentro de su filosofía se contempla a la justicia como parte de un equilibrio cósmico, que inclusive tiene personificación divina en la figura de la diosa Maat, que se representaba con una pluma de avestruz, esto solo era un concepto filosófico que justificaba las disposiciones de los sacerdotes y el faraón, - pero que no tenía ninguna ingerencia en la sanción de los actos considerados antisociales.

Tratándose de los delitos donde intervenía el pensamiento religioso, la prelación en la gravedad de la pena, correspondía al delito cometido, y en tal virtud, los delitos más graves eran aquellos que lesionaban u ofendían a la divinidad; éstos podían consistir por lo que toca a la lesión, bien en herir, no atender o matar a los animales sagrados, - cuyos privilegios se encontraban por encima de la persona humana. Y por lo que hace a la ofensa, ésta por regla general, consistía en una omisión grave de los ritos sagrados, por lo tanto en estos casos las sanciones eran las más crueles y buscaban la ejemplaridad, pudiendo consistir en el desmembramiento, el enterramiento en vida, etc...

En segundo término se encontraban los delitos de lesa-divinidad, que castigaban las ofensas al faraón y a su familia, y esto se debía a que se les consideraba divinidades vivientes, pero no de la misma categoría que a los dioses, agregándose a esta clasificación además, los --

delitos de perjurio, homicidio e inclusive aquellos que atentaban contra los cuerpos de los difuntos y los sepulcros que los contenían; por ésto las penas aplicadas eran similares a las de la primera categoría, con la salvedad de que en su imposición, la gravedad de la misma dependía de algunas circunstancias principalmente sociales del sujeto infractor.

Por último se encontraban los delitos que solo afectaban a la colectividad, o, a determinado número de sujetos, tales como el estupro, el espionaje, el adulterio, el robo, etc... a los cuales correspondían como pena, éien un talión simbólico, que generalmente consistía en cortar el miembro con que se cometía el delito, tales como la lengua, los ojos, los genitales, etc..., o bien penas corporales, entre las cuales se encontraban los trabajos públicos en minas, galeras o definitivamente la esclavitud.

Persia.- En esta cultura se distinguen tres etapas históricas, la primera de ellas, o, remota en la cual únicamente existían una serie de grupos humanos que se vinculaban por lazos de sangre o pactos entre los mismos y en los cuales la persecución de los delitos se basaba en la venganza y se regulaba por el talión como regla general; sin embargo de las huellas de su antigua legislación y en especial del libro en grado del Avesta, en la parte denominada Vendidad, que señala algunos delitos y sus penas correspondientes, se distinguen con bastante exactitud criterios para la determinación de las penas en lo referente a la intención, la negligencia o el caso fortuito que se presentara en la realización del acto dañino ya que con estas circunstancias se bus-

ceba lograr que el castigo fuese un medio de expiación que devolviera a la pureza del alma.

El Código de Hammurabi, (3) por ejemplo, contiene no sólo derechos-sustentivos, sino procesales en los cuales se elimina la venganza del sujeto y traslada el derecho de castigar al representante del rey, imponiéndole como regla genérica al juzgador el ejercicio del tallón de una forma muy desarrollada; y aunque regularmente los castigos eran crueles resulta interesante señalar que se distinguían los delitos voluntarios de los causados por negligencia o bien de los hechos ocasionados por el caso fortuito, llegando a considerar como atenuantes al estado de ánimo del sujeto al momento de realizar el acto.

India.- En esta civilización la vida religiosa se imiscuía con la vida civil constantemente; las conductas antisociales se encontraban relacionadas en los libros sagrados y las penas cumplían la finalidad de limpiar al sujeto de culpas y aún cuando eran elevadas, para la imposición de las mismas se tomaba en cuenta la imprudencia y la índole de los motivos que impulsaban al sujeto a delinquir. También existía la individualización de la pena, que aumentaba en razón de la capacidad del infractor para conocer las consecuencias de sus actos.

China.- Este derecho estaba imbuido de un carácter sagrado y por regla general se establecía entre las compilaciones dinásticas que ser-

(3) Rey de Babilonia, que reinó aproximadamente 2, 250 a.c.

vían como antecedente al caso concreto, aunque la mayoría de las veces quedaba el criterio del que juzgaba. Las penas eran crueles y no terminaban con la muerte del infractor, quien seguía sufriendo su castigo en el otro mundo. Genéricamente predominaba la venganza o el talión, pero regulados por el poder estatal a fin de que resultara en un escarmiento. Es importante recalcar que con el tiempo, la influencia de la filosofía, introdujo cambios que hicieron menos crueles las penas y permitieron tomar en cuenta para su aplicación el móvil, el daño causado así como el cuidado de los delincuentes que eran mutilados y la existencia de algunas excusas absolutorias.

Israel.- respecto de esta cultura es difícil determinar desde sus inicios cuáles fueron sus ideas penales, ya que sólo existían una serie de grupos humanos diversos, dirigidos por un patriarca, por lo que el único punto de referencia para iniciar nuestro estudio comienza a partir de la Ley Mosaica, cuyos preceptos eran religioso-moralistas, el derecho de castigar provenía de la divinidad y el delito constituía una ofensa a Dios, por consecuencia, la pena tenía como objetivo la intimidación y la expiación.

Se aplica un talión absoluto en los delitos más graves y penitenciales espirituales y físicas, cuyo objeto era que el sujeto expiara su culpa y en algunos casos se permitía permutar la pena por una sanción pecuniaria o un talión representativo.

Grecia.- En esta antigua civilización se distinguen dos etapas;-- la época legendaria y la histórica. En la época legendaria, según se -

desprende de las obras literarias que nos han llegado de aquellos tiempos, tales como la Ilíada y la Odisea, predominó la venganza privada, - que no sólo se ejercía sobre el sujeto, sino que se irradiaba a toda la familia. Los institutos de la venganza se basaban en una especial concepción de la culpabilidad, hasta el punto de que a pesar de la idea de que el delito provenía del destino, por lo que correspondía a las di-
 vidades encargadas de ejercitar el castigo o bien proporcionar las --
 circunstancias para una realización, es así que las Erinnias, se encar-
 gaban de castigar a los infractores en los primeros tiempos y después, -
 en el período poshomérico, se constituyeron en protectoras de los luga-
 res donde se realizaban los juicios a los acusados. En esta etapa lo --
 más importante era castigar al criminal aún cuando pudiera ser inocente

Así pues en su evolución, la justicia griega sufre severos cambios al entrar a una nueva etapa histórica, la cual se caracteriza por abandonar el fundamento religioso de los delitos y de las penas, para construir una nueva estructura basada en principios morales y civiles, en - que se abandonan las sanciones colectivas y pasan a las individuales. - Sin embargo conservan ciertos delitos tocantes a las ofensas de carác-
 ter religioso y político, que aun entrañaban penas para el infractor y -
 su familia.

La pena tenía su fundamento en la venganza y la intimidación, los-
 delitos se distinguían según la lesión que causaban a los derechos de -
 todos o a los de un sujeto específico. Para los que atentaban contra la
 colectividad, las penas eran crueles y el juzgador la imponía a su arbi-
 trio; para los delincuentes comunes, por el contrario, existían ciertas
 restricciones por cuanto debía tomarse en cuenta las circunstancias --

en que se había desarrollado el hecho. Y aún cuando existía un catálogo de delitos, éste no constituía una limitación a los mismos, ya que los jueces podían castigar también los hechos que a su criterio constituyeran delitos, aunque no estuvieran contenidos en dichas listas como tales, pero aplicando siempre la equidad.

El valor del derecho griego es de suma importancia en el desarrollo de la civilización, ya que acabó con la imposición de penas inhumanas y llegó a no diferenciar la calidad social o económica de las personas. Igualmente se debe a Grecia la liberación de la legislación del influjo religioso y el establecimiento de un poder civil en las reacciones punitivas. Claro que esto no significa que el derecho griego fuera perfecto, de hecho la mayoría de los autores le atribuyen una ausencia total de coordinación jurídica, pero sea cierto o no, lo que sí se concluye es que con este derecho se inician esfuerzos decisivos por crear instituciones jurídico-penales más humanitarias y que se reforzaron únicamente con un pueblo como el romano.

Roma.- En relación al Estado Romano encontramos una división más o menos marcada en la evolución del orden jurídico imperante, que inicia con una etapa primitiva, una intermedia en la que se afirma el derecho penal y por último la aparición de verdaderas estructuras jurídicas penales llamadas "Cognitio Ordinem", que constituyen la culminación del derecho penal antiguo.

En la etapa primitiva, la característica más importante del derecho penal romano, es que no se encuentra en manos de particulares, sino

que es público y se considera el delito como la violación de las leyes públicas, y a la pena como la reacción pública contra el delito. Sin embargo, como en Grecia, aún existían numerosas huellas de carácter religioso, tales como la expiatio y la execratio capitis (expulsión del reo de la comunidad religiosa y reconciliación del pecador arrepentido).

La pena se vuelve de carácter público, la venganza y la composición se limitan a ciertos delitos; los cuales se agrupan, según se trata de delitos políticos, que causan un daño a la comunidad, y los comunes, que causan un daño a un sujeto en particular.

Con este principio progresa la organización del derecho penal, de la gravedad de las penas legalmente impuestas a los delitos y por lo que aparece una organización pública exclusiva que constituye un verdadero procedimiento penal. En base a esta estructura se determinan los delitos en los cuales se sigue admitiendo la venganza privada. Así mismo se afirma el principio del talión limitado, en ocasiones se busca cambiarlo por la compensación; por esta circunstancia, se considera a esta época como la de la eliminación de las penas aflictivas, sustituyéndolas por pecunarias.

En la segunda etapa del desarrollo penal romano, y específicamente hacia el año 149 a.c. se empezaron a crear cuerpos especializados para juzgar al criminal, el primero de dichos cuerpos se conformó de comisiones senatoriales llamadas "Aevastio Perpetua", que juzgaba a los magistrados de provincia por exacciones ilegales; sin embargo sus facultades sólo eran para recuperar lo sustraído; pero después se con-

cedió a dichas comisiones la facultad de imponer penas, hasta crear un verdadero procedimiento penal, ya que fueron adquiriendo facultades para actuar ante la presencia de toda clase de delitos.

De esta manera queda totalmente instalado un nuevo grupo de delitos, los " Crimina Pública " que descansaban en leyes particulares, en las que se establece el tipo delictivo y la pena legítima, confiando a cualquier ciudadano el derecho de acusar; tomábase en cuenta en este tipo de delitos el dolo y la tentativa, así como la consumación y la autoría; y obligaba al juez a pronunciarse sobre la culpabilidad o inculpabilidad del reo. Además, a partir del año 200 A.C., (momento en que Roma domina todo el Mediterraneo), se produce una notable atenuación de las penas y el dominio del espíritu democrático, causa su abolición; ahora bien a medida que la persecución de oficio avanza, se reduce más el ámbito de los delitos privados. Sin embargo, en la época -- del Imperio, de nuevo se pretende regresar a un punto intermedio entre los delitos públicos y los privados; y ésto se debe a un sin número de ordenamientos de los Emperadores y decisiones del Senado, o bien a la práctica común de la interpretación jurídica, que degeneraron en una -- pena para el delito, adaptada por el libre arbitrio judicial a la importancia del caso. Al lesionado compete la denuncia, pero juzgaban e imponían las penas correspondientes, los titulares de la jurisdicción -- penal. Como aspectos importantes de esta época encontramos: la persecución de los delitos codificados anteriormente y salidos de los delitos privados; la codificación de nuevos delitos entre los que vuelven a figurar los delitos religiosos, bajo la influencia del cristianismo, y -- por último, la característica que constituye la prueba fehaciente del

retroceso experimentado por el derecho penal romano, la aparición nuevamente de los delitos privados, en los cuales se volvía a conceder la facultad al ofendido de determinar entre la sanción deriva del orden del derecho civil o la sanción penal. La pena se recrudescía al grado de volverse a imponer la muerte del criminal, teniendo ésta una función de carácter intimidante.

DERECHO PENAL GERMANICO.- En la concepción germánica, el Derecho, es el orden de paz y su violación representa la transgresión de esa paz que según se trate de delitos públicos o privados, representara la ruptura de la clase de paz. En caso de ofensas públicas, la pena podía ser aplicada por cualquiera de los integrantes del grupo y constituían una venganza divina. Por el contrario, en los delitos privados existía la venganza de sangre, como un deber de los parientes del ofendido, extendiéndose hasta la familia del transgresor. En los tiempos primitivos como ya se dijo correspondía al ofendido la facultad de restablecer la paz; pero luego esta facultad se vuelve obligación del grupo y las condiciones las fija el juez-rey. Con ésto sufre una transformación la imposición de las penas, que se substituyen por sumas de dinero, que en principio se convenían por las partes, pero luego se fijó por la costumbre para todos los delitos. Las diversas infracciones jurídicas son estimadas en numerosas graduaciones y el importe se determina con exactitud, según se trate de un dedo, una mano, un pie, etc.... Además se agregaba una cantidad que compraba la paz de la comunidad, que actuaba como intermediaria en el convenio conciliatorio.

B) Edad Media

Para considerar esta etapa del desarrollo penal, es preciso que se tome en consideración, el fenómeno social que se desarrolló a la caída del imperio romano y a las invasiones bárbaras que plantearon nuevas estructuras sociales. En primer término, los invasores bárbaros tuvieron serios conflictos entre sus prácticas brutales y el refinamiento del orden jurídico romano, y en segundo, porque la mayoría de estos grupos se adaptaron a este orden, modificándolo según sus intereses, lo que contribuyó a civilizar sus brutales prácticas. Además otro elemento no menos importante lo fue el papel que la iglesia desempeñó a la caída del imperio romano. El derecho canónico, en un principio tuvo sus exigencias en la necesidad de disciplinar a los miembros de las comunidades religiosas cristianas, sin embargo, al adquirir el rango de religión oficial y exclusiva, con el emperador Teodósio, su jurisdicción se extendió hasta conocer de delitos cometidos por los laicos, y dado que la desintegración del poder soberano era ya un hecho, la iglesia era el único poder debidamente estructurado, es por ello que el derecho canónico juega un papel importante desde el principio y hasta el final de la edad media, ya que extendía su jurisdicción por razón de persona y materia; sin embargo, desde sus inicios demostró un desarrollo lento, debido al creciente número de hechos considerados como delitos; además de que en la mayoría de las ocasiones la ejecución de las penas correspondía al brazo secular. Una de las características fundamentales de este tipo de delitos fue que en ellos se abandonó la concepción objetivista del delito, dado que insistió en que para que determinada conducta se constituyera en delito, debía existir el "animus" en el sujeto; además de que

no ignoró de manera alguna la penalidad de la tentativa, como una forma imperfecta del delito, aunque sólo fuera como excepción. Por otra parte y en cuanto a la clasificación de los delitos, proclamó una división entre la moral y el derecho, subdividiendo los delitos en delitos eclesiásticos, que eran los que transgredían el derecho divino; delitos mere secularis, que lesionaba intereses humanos; y delitos mixta, cuando se violaban ambas esferas. Los primeros eran de la exclusiva competencia de la iglesia y se castigaban con la penitencia; los segundos se castigaban por el poder laico con verdaderas penas, y por la iglesia en el foro "consciencias" (sic), con penas medicinales, que tenían carácter indeterminado y a las que sólo ponían fin la enmienda del culpable; los demás podían castigarse tanto por el poder secolar, como por la iglesia, que aplicaba verdaderas penas denominadas "penas vindicativas". El carácter de las penas impuestas era el de obtener el arrepentimiento mediante la reflexión y la meditación, aunque tan buenas intenciones no siempre tuvieron una práctica fiel. La pena tiende a reconciliar al pecador con la divinidad ofendida, proponiendo el arrepentimiento del culpable, más en la mayoría de los casos no deja de ser una venganza de la iglesia, que se justifica a través del buen ánimo de la caridad y la justicia, y no es el amor propio que representa la venganza.

Lo que debe reconocerse al derecho canónico es su fortaleza, que le dió la capacidad de unificar una serie de cuerpos jurídicos que gobernaban sobre sus miembros y los demás ciudadanos: también contribuyó a humanizar la represión; además de que tendió a proclamar que la persecución de los delitos es deber del príncipe y del magistrado, lo que

robusteció la justicia pública; combatió la venganza privada, oponiéndose sobre todo a las atrocidades de las penas, y a los duelos, tanto judiciales, como de dios; creando además una serie de instituciones -- con las cuales sustrajo a un número considerable de delinquentes de la venganza de los particulares, entre las cuales se cuentan la tregua de Dios y el derecho de asilo.

Pero no solamente existía el derecho penal canónico durante la -- edad media, sino también se convivía con un sin número de legislaciones propias, de remoto origen y de duras prácticas, que se mezclaban con las instituciones romanas, que aún procuraban la unidad jurídica. Es por ésto que en esta etapa podemos encontrar que los ordenamientos jurídicos de los distintos países de aquéllos tiempos se clasificaron en dos corrientes básicas, la recepción, que consistía en el retorno a las prácticas jurídicas romanas, y los denominados prácticos, que se dedicaban a ordenar las disposiciones dispersas, adoptando en un principio la recepción y sustituyendo posteriormente dichas instituciones por otras que se adecuaban a sus circunstancias particulares, con lo cual se elaboran al fin legislaciones nacionales.

En referencia a la recepción, los países que la adoptaron, inicialmente fluidos por costumbres bárbaras y primitivas, se vieron obligados, a efecto de adquirir un orden jurídico sistematizado, a invocar el ordenamiento romano. A él acudían en caso de que el ordenamiento legal -- guardara silencio; a él recurrían los jurisconsultos que poco a poco -- extrajeron del Corpus Juris un derecho penal común, de igual manera -- que había ocurrido con el derecho civil. Por regla general, carecían --

de crítica y sistemática; y los trabajos realizados, por regla general, estaban destinados a un carácter eminentemente práctico. En esencia la estructura principal de este tipo de sistemas, consistía en el procedimiento, después la aplicación de las penas y por último la ejecución de las sentencias.

Por lo que hace a la corriente de los prácticos, este fenómeno se presentó en virtud del agotamiento de los cuerpos de estudio del derecho romano, que no obstante su avanzada estructura jurídica, carecía de crítica y sistemática en la materia penal, y su orientación era eminentemente práctica, lo que orilló a los estudiosos del derecho a realizar estudios propios de las instituciones jurídicas, pero sin olvidar el carácter práctico. De esta manera aparecieron algunas verdaderas autoridades, en cierto modo, en la materia jurídico-penal, que dedicaron su vida a elaborar trabajos de análisis exegético y utilitario, que pretendían resumir todo el conocimiento jurídico.

C) En la época contemporánea

La justicia penal durante el período que sigue al fin de la edad media y hasta los albores del siglo XIX, no sufre cambios notables en cuanto a la naturaleza cruel y sanguinaria; aunque en materia de imposición de penas, paulatinamente fue atenuándose en cuanto a la vida y al cuerpo.

La justicia penal común no sufrió graves alteraciones después de eliminarse las jurisdicciones provinciales y religiosas, sin embargo, en una contra-reacción, durante los siglos XV al XVII y en algunos casos hasta principios del siglo XX, se presentó una fiera persecución religiosa en contra de los herejes, que la mayoría de las veces se constituían bajo los cargos de hechicería. Tan ta importancia tuvo este fenómeno, que se crearon tribunales especiales para perseguir estos delitos. Las penas aún cuando de carácter indeterminado, estaban contenidas en sendas recopilaciones, en las que se consideraban desde penas discretionales, como la tortura, hasta la preferida de este tipo de procesos, como lo era la muerte en la hoguera.

Otro de los delitos perseguidos preponderantemente durante esta etapa lo eran los delitos que atentaban contra los gobernantes de los Estados, pues si bien es cierto que en un principio la tortura y la muerte eran las penas aplicadas por excelencia; durante esta época el suplicio de la pena era el fin a perseguir; no bastaba con torturar atrocemente al infeliz sujeto, sino además, debía establecer una intimidación médica en la ejecución de las penas. Con la llegada de la Revolu-

ción Francesa, se pretendió eliminar esta situación, democratizando los castigos y eliminando la tortura, al implantar de manera general para cualquier delito la muerte en la guillotina; lo que no eliminó el hecho de que en otros países se siguiera utilizando la ejecución en la hoguera y en la rueda hasta mediados del siglo XIX.

También durante esta etapa histórica, la prisión que anteriormente se utilizaba como antesala de la ejecución de la pena de muerte, poco a poco fue imponiéndose y reemplazándose la muerte por el encierro, es así que en un primer ejemplo, Holanda establece para un gran número de delitos, que hasta el siglo XVIII, merecían pena de muerte, el confinamiento en lugares especiales, lo que no eliminaba el carácter aflictivo de la pena, dado que dichas cárceles por regla general eran lugares infectos, húmedos y sombríos, y constituían estrechos calabozos. Sin embargo la influencia de notables pensadores como Beccaria y Lombroso; y de notables filósofos como Diderot, influyeron decisivamente en la creación de una reforma penal más humanitaria, que buscó demoler los viejos regímenes punitivos.

Contra la negación radical de la libertad, practicada por el mag todo inquisitivo, y la negación esencial de la humanidad, de la persecución religiosa, nació el derecho penal liberal. Este representa un sin número de aspiraciones que propugnaron por el humanitarismo en el tratamiento del delincuente. Este sistema representa también la exaltación del pensamiento jansenista, y pretendió demostrar que el fin de la pena no puede ser otro que la corrección o eliminación del delincuente y la intimidación de los demás ciudadanos; se -

abandonó el concepto de la pena como retribución jurídica por mandato divino. Además, de sobremanera se establece la necesidad de aminorar -- las penas y establecer una justa relación entre el delito y la pena.

En este período la justicia penal encuentra su fundamento en la -- utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número. Postulando además el principio de la legalidad de los delitos y de las penas, que acabó con las arbitrariedades de los jueces y que con el --- tiempo se convirtió en un apotegma, que se expresaba en lengua latina, -- a fin de destacar su universalidad; " nullum crimen nulla poena sine -- lege ". De esta manera se impulsó y construyó lo que más tarde había de denominarse como la escuela clásica del derecho penal. En resumen, los postulados básicos de esta tendencia podemos establecerlos de la si--- guiente manera:

a) la justicia representa una retribución jurídica que debe ser su ficiente al delito cometido;

b) el reconocimiento de la utilidad de la pena como protectora del orden público;

c) la existencia de un orden obligatorio en el que la pena tiene -- como fin la justicia y como límite la utilidad.

A principios del siglo XIX, se inició una escuela penal denominada positivista, derivada de la misma corriente filosófica que predominaba en el momento, debida principalmente a César Lombroso, Enrico Ferri y - Garófalo, la cual fundamentó la existencia del delito en la presencia -

del fenómeno predeterminativo de las características biológicas tendientes al crimen, y estableció una nueva manera de estudiar el derecho penal; así en el derecho penal clásico lo fundamental era el estudio del delito, sin embargo esta nueva corriente propugnó por el estudio del delincuente como alma del delito, por tanto el sujeto que delinquía debía ser clasificado de acuerdo a ciertos estereotipos específicos de naturaleza exógena que determinaban al delincuente. Motivo por el cual era necesario implementar no sólo penas sino medidas de seguridad necesarias para proteger al ente social de estos sujetos, aún cuando no hubiesen delinquido, de esta manera se establece el concepto del delito natural; la pena debía cumplir un fin protector a través de la eliminación de los delincuentes, pero además dentro de los sistemas punitivos se debe considerar a la víctima del delito.

Actualmente las legislaciones del mundo, comprenden un método de carácter selectivo, dentro de un margen que parte de los sistemas establecidos por la escuela clásica y recorre un sin número de modificaciones, hasta llegar a los que utilizan las tendencias positivistas, pero dentro de todo ello, ya no hay nadie que niegue la relación entre el delito y el delincuente y la trascendental importancia del estudio de ambos; y las circunstancias que orillan a una persona a delinquir. Paralelamente de este estudio, es importante señalar que actualmente esa relación entre el delito como fuente del conocimiento de porqué se produce el delito y el estudio de las relaciones personales del delincuente y a la gravedad del delito cometido, evitando de esta manera, por lo menos en la mayoría de los casos la existencia de iniquidades que no deben de manera alguna aceptarse dentro del derecho penal y así propugnar por aquello que beneficia a la naturaleza humana.

D) Diversas concepciones del delito.

De lo expuesto anteriormente y a efecto de comprender mejor la función de la pena, a manera de recapitulación debemos establecer la naturaleza del delito según el desarrollo histórico del derecho penal. En las primeras etapas de la historia de la humanidad, el delito es, el -- ataque injusto que produce una reacción en el ofendido de igual naturaleza o superior, a efecto de que el transgresor sufra un castigo, la re presión se encuentra en manos de los particulares. También nace la concepción de la justicia divina, ante la transgresión del tabú o del feti che. Es fácil comprender cómo la primera forma y la primera justifica-- ción de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser la venganza.

Con posterioridad al período antes mencionado, se presentó la ven-- ganza divina; cuando las organizaciones humanas alcanzaron un grado de desarrollo político-social, se presentó el nacimiento del Estado teocrá tico, en el cual todos los problemas y soluciones se proyectan a la di-- vinidad. De esta manera el delito es una transgresión a los mandatos de la divinidad y causa de su descontento; por éso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, imponiendo sanciones para sa tisfacer la ira del ofendido y lograr su perdón. En este período se pue de edwiner, aunque muy someramente, una racionalización de los concep tos que atribuyen un daño a la comunidad, con la acción dañosa y la res ponsabilidad del que realiza la conducta, aun cuando sea como una nece sidad de satisfacción subjetiva.

Al proseguir la evolución social humana y separarse la idea reli--

giosa de la política, adquiriendo mayor solidez el Estado, determina la distinción entre los delitos de carácter religioso, públicos y privados, según el hecho lesionara de manera directa intereses de la iglesia, del orden público o de particulares; los tribunales juzgan en nombre de la colectividad, por eso se denomina de venganza pública; las penas son cada vez más crueles e inhumanas, los juzgadores poseían facultades omnímodas y podían incriminar hechos no previstos como delitos, por lo que en esta etapa se carecía propiamente de un concepto del delito.

Las arbitrariedades cometidas durante el período de transición de la formación del Estado, no podían permanecer inalteradas. A la excesiva crueldad surgió un movimiento humanizador de las penas y de los sistemas penales; en este período se pugna por la exclusión de los suplicios y crueldades innecesarias, además de la certeza contra las atrocidades de las penas, suprimiéndose los indultos y las gracias que siempre hacen ca perar la impunidad de los delincuentes, la represión constituye el medio idóneo de frenar el delito; preconiza la peligrosidad del delincuente co mo punto fundamental de la sanción y ante todo se urge por una legalidad de los delitos y de las penas, hasta el extremo de proscribir la interpretación de la ley por el peligro que implica. De lo anterior se desprende la noción clásica del delito, que se define como " la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, no ralmente imputable y políticamente dañoso." (4)

=====

(4) Fernando Castellanos Tena, Lineamientos elementales de derecho penal, Ed. Forrua, México, 1975, p. 126.

La aparición del positivismo fue consecuencia del racionalismo predominante en esos momentos. En esta corriente del racionalismo se da una preponderancia a la personalidad del delincuente; en consecuencia y dado su objeto de estudio, el delito es " un fenómeno natural, que implica -- una violación de los sentimientos altruistas de piedad y de probidad, en la medida media que es indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad. " (5)

Esta corriente se ha modificado, adoptando una postura ecléctica, - que rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal y acepta el principio de la responsabilidad moral; distingue entre delincuentes imputables e imputables, aun cuando niega el libre albedrío del delincuente; la pena tiene un carácter defensivo social y el delito se convierte en la respuesta individual del sujeto a un medio hostil, por lo que se debe buscar las causas y determinarlas, tomando en cuenta la persona y su relación con las causas. (6)

.....
 (5) ibid dem,

(6) ibid dem,

C A P I T U L O I I .- El jus puniendi o derecho de castigar.

A) Su origen

Después de haber realizado un breve recorrido por el desarrollo del derecho penal a través de la historia, se puede intentar delimitar los orígenes del derecho punitivo que se atribuye al Estado. Propiamente no existe este atributo en las primeras agrupaciones humanas, donde no existía la conciencia de un delito social, sino más bien cuando se presentan las primeras concepciones del delito como conducta no deseada por el grupo social.

El primer esbozo de este atributo, aparece cuando para reprimir el delito, se inviste a la persona de un sujeto con la facultad de ejercer la venganza privada de la deidad agraviada, como una forma de retribución que implicaba también el repudio de la colectividad. Cabe también plantear, que si bien es cierto que en los pequeños grupos humanos este sistema funciona adecuadamente, al plantearse un incremento en la población, así como en la producción de satisfactores, también lo es que se presentan nuevas conductas no deseadas por el grupo social que requieren la intervención no sólo de una persona sino de un cuerpo de personas que únicamente podía estar coordinado si la estructura que vinculaba a sus integrantes pertenecía a una organización permanente como lo es el Estado. Para establecer su supremacía sobre los grupos, naciones o cualquier otro tipo de organización social, y dado su carácter político-religioso, el Estado en principio actúa con un poder ilimitado porque sólo de esta manera puede establecer su supremacía sobre la voluntad del gobernado y crear el carácter intimidatorio para que se cumplan las disposiciones del mismo. Como se desprende de

lo antes expuesto, este es el origen general del mundo del derecho; -- aquel donde un sujeto o ente con supremacía sobre los intereses individuales establece el "deber ser" de los sujetos a su potestad, porque se espera que el sujeto actúe indefectiblemente, de la manera exigida por la norma jurídica, que básicamente encuentra su contenido en otros deberes del mundo fáctico. Ahora bien dado que al colocarse como estructura de contenido el Estado se faculta para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas existentes entre sus miembros, también tiene que atribuirse el derecho-obligación de vigilar que se cumpla con las relaciones jurídicas que pretenden existir, para que de esta manera pueda investirse de la facultad de sancionar a aquellos sujetos que se oponen a su voluntad.

B) Su justificación.

Para todos resulta claro que los preceptos que el Estado crea -- o establece a través del orden jurídico, son mandatos cuyo objetivo -- directo es obligar al cumplimiento forzoso, en caso de que un deber -- sea violado. En estos términos el Estado recurre a la fuerza, ante la posibilidad de que el mal se produzca. El cumplimiento de sus fines -- justifica su intervención en las relaciones que se establecen entre -- sus integrantes y generalmente es llamado castigo. El Estado siempre -- actúa mediante la aplicación de preceptos jurídicos, que obligan a -- obedecer, dado que cuando se deja a la voluntad del obligado el cum-- plimiento, esto implica que únicamente existe un vínculo que constri-- ne al cumplimiento, porque sólo existe la posibilidad de que se premen-- sante un daño.

Por otra parte el derecho punitivo se justifica desde dos puntos de vista:

1) Desde el punto de vista práctico, representado por la vocación repressiva de los sujetos que causan un daño al violar las normas producto de un consenso colectivo.

2) A partir de un análisis teórico, que justifica la represión, - en pro de salvaguardar los fines que persigue el Estado, entre los -- cuales se plantean, tanto la posibilidad, como los límites de esta fa cultad; y que por regla general, incluye, al bien, la justicia, la mo ral y los principios básicos del derecho, como la legalidad, respon sabilidad y proporcionalidad de la pena.

C) Teorías al respecto

Una vez que se ha planteado el origen y justificación de la función punitiva del Estado, es correcto plantear la fundamentación teórica del mismo. La necesidad de obligar al sujeto al cumplimiento de lo establecido por el orden jurídico, ha dado pábulos a la elaboración de numerosas teorías que tratan de dar una explicación adecuada al fenómeno, pero que se pueden resumir en concreto dentro de las corrientes filosóficas del derecho, mismas que procedere a plantear a continuación.

En primer término cabe referirse a la corriente jusnaturalista del derecho, que se caracteriza por proponer que el derecho vale, y consecuentemente obliga, no porque lo haya creado un legislador humano o tenga su origen en cualquiera de las fuentes formales, sino por la bondad o justicia que intrínsecamente se presenta en su contenido.⁽⁷⁾ Según esta corriente, por encima del derecho positivo, y antes que él, que es creado por los hombres y, por ello, es imperfecto, existe un derecho natural; perfecto, justo, eterno. El derecho vigente - sostiene - se justifica y tiene validez si "encuentra correspondiente con el derecho natural, de todos los tiempos."⁽⁸⁾

Esta corriente plantea múltiples desacuerdos sobre los valores contenidos en las normas del derecho natural, lo que ha propiciado un

(7) García Maynez, Eduardo, Positivismo jurídico, realismo sociológico y jusnaturalismo, UNAM, México, 1968, p.128

(8) Maihofer, Werner, Derecho natural, derecho social, citado en la obra de Luis de la Berrera Salasano, Jus Puniendi et Jus Poenere UNAM, Itzapaotzaco, reimpresión 1982, p.10.

gran número de doctrinas contradictorias entre sí; lo que en otras palabras se traduce en conceptos con un marcado subjetivismo. En relación con el jus puniendi, si se sigue la teoría que se funda sobre el derecho natural, nos permite concluir como una consecuencia inmediata que cualquier tesis puede ser justificada por el Estado o por una clase dominante con el sólo hecho de invocar que "se desprende" de la naturaleza, lo que pone de manifiesto el carácter justificativo ideológico inherente al derecho natural, y, que redunde en el hecho de que el detentador del poder decida fácilmente el contenido de la norma penal, ya que el gobernante descubre y hace depender la existencia del derecho positivo según su versión del descubrimiento del derecho natural. Lo que como consecuencia implica la justificación de toda clase de arbitrariedades y excesos.

Esta teoría de los derechos naturales inmanentes planteó la justificación del castigo por la expiación que el infractor debía cumplir a efecto de satisfacer a la colectividad, dado que el delito representaba una agresión a la voluntad divina, indirectamente incluida como fuerza sobrenatural en el mundo imaginario del hombre - de ahí - que el sujeto no sólo sufría la pena corporalmente sino también implícita dentro de la misma una sanción moral. Dentro de esta corriente - podemos situar a la teoría de la venganza pública, que justificaba la imposición de la pena en el derecho del Estado, como representante social, en retribución al delincuente con el mismo daño causado e incluye con mayor fuerza a efecto de constituir un acto intimidatorio hacia sus demás miembros.

La otra corriente teórica del derecho, también trata de justificar el carácter punitivo del Estado; a través de la teoría de la prevención especial, nos referimos al positivismo. Surgido básicamente como una -- reacción contra las posturas metafísicas; el positivismo tiene su ori-- gen en el nacimiento de las corrientes filosóficas racionales de los si-- glos XIX y XX, que pretenden aplicar los métodos propios de las cien-- cias naturales a las ciencias sociales. Básicamente, el positivismo pos-- tula la rehabilitación del delincuente como medio para erradicar el de-- lito, postulando para lograr este fin que:

- a) El medio material que nos rodea sólo puede ser conocido a tra-- vés de la instrumentación técnica de la investigación, que es-- tablezcan las leyes que rigen al mundo
- b) El mundo físico es independiente del observador por lo que es posible someterlo a investigación y descubrir la realidad
- c) Se busca la generalización de los eventos a través del estable-- cimiento de las leyes que los gobiernan;
- d) No interesa la realización de idealismos; así como tampoco la ordenación y modificación del mundo;
- e) En base a lo anterior el estudio de la criminalidad se realice desde el punto de vista de la realidad; tratándose de modifi-- car al delincuente y no a la Ley penal. La ley se considera el reflejo de los intereses colectivos

Así pues desde el punto de vista de esta teoría la sanción se --
 justifica por el tratamiento que se utiliza para educar y readaptar--
 al delincuente. Además de que es proporcional no a la conducta sino a
 la peligrosidad del sujeto. Lo que implica que la pena se entendería--
 desde este punto de vista como el medio para corregir al delincuente,
 y esta corrección justifica el derecho punitivo del Estado. Por últi--
 mo, y en referencia a la facultad punitiva del Estado, cabe señalar --
 brevemente la teoría de la presunción general, que justifica la pena--
 por su carácter intimidatorio sobre la generalidad. A efecto de cono--
 cer esta teoría procederé a citar al filósofo Protágoras en su texto--
 denominado de los sofistas, quién fundamenta el derecho de castigar,--
 frente a las ideas jurnaturalistas predominantes, con una concepción--
 nueva mas noble y humanitaria, que la de los demás pensadores de su --
 época y de las posteriores. Contra la teoría de la expiación, general--
 mente aceptada en aquel entonces, defendió Protágoras la doctrina de
 la ejemplaridad, " Nadie - decía - castiga a un hombre sólo porque ha
 sido malo, a no ser que se trate de una bestia feroz, que castiga por
 saciar su crueldad. Pero el que castiga con razón, castiga no por las
 faltas pasadas, porque no es posible que lo que ya ha sucedido deje --
 de suceder, sino por las que puedan sobrevenir, para que el culpable--
 no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo..."(9) La ---
 actividad punitiva no ha de inspirarse en sentimientos de expiación o
 venganza, sino en consideraciones racionales; fundamentalmente en el

(9) Protágoras, o de los Sofistas, 324a-b, cit. por Eduardo García
 Maynez, Ensayos filosófico-jurídicos, 1934-1979, textos Univer-
 sitarios, UNAM, 1984, p.65.

propósito de que la pena lejos de constituir un mal con que se paga -- otro mal, sea fuente de beneficios y contribuya a la reforma del delincuente y a evitar nuevos delitos.

De las teorías expuestas únicamente podemos concluir que en manera alguna establecen o delimitan a la función punitiva del Estado, dado que únicamente tratan de fundamentar la naturaleza del castigo y no aquello que constituye lo que se debe castigar.

D) La acción penal

Aún cuando en la actualidad, el concepto de acción penal representa uno de los temas más controvertidos del derecho, y muy especialmente en su aspecto penal, dado el monopolio que de la misma ofrece el Ministerio Público; la diversidad de versiones sobre la noción de acción penal se ha confundido el grado de considerarse un obstáculo - que ha impedido llegar a un acuerdo sobre los problemas sustantivos o particulares, lo que no ha permitido la realización de un conjunto de otros elementos generales del derecho penal.

Por demás esta señalar que no obstante la pugna que al respecto del estudio de la acción del derecho penal han emprendido grandes estudiosos de la misma, a efecto de separarla de otras clasificaciones de la acción en el derecho; la verdad es que nada nuevo se ha conseguido, y por esta razón es que en la mayoría de las ocasiones se elude este tema, limitándose con adoptar los criterios de los procesalistas civiles y creyéndose que la acción penal es un poder de excitar o de requerir al órgano jurisdiccional para que se avoque, mediante un proceso, al conocimiento de una determinada pretensión criminal. (10)

Ahora bien, para efectos del presente trabajo, es necesario establecer la naturaleza de la acción penal, como un elemento del proceso

=====

(10) Díaz de León, Marco Antonio, Diccionario de Derecho Penal y términos penales usuales, Ed. Porrúa, 1988. p p . 94 y 95.

penal. Para el caso, en género, la acci3n penal debe entenderse como s n nimo de derecho o la jurisdicci3n y ésto implica, que expresamente debe desecharse el concepto particular de acci3n que utilizan las diversas ramas del conocimiento jurídico, dado que la acci3n, sólo puede ser considerada como una unidad en el mundo jurídico. Dado -- que tal uso únicamente sirve para la realidad práctica de las ciencias jurídicas, ya que en cada caso concreto la utilizaci3n del concepto de acci3n implica la relaci3n con el conjunto normativo específico de que se trata.

Por otra parte el establecer la naturaleza de la acci3n penal -- efectivamente implica un problema cuando se intenta conceptualizarlo en el ámbito del derecho penal; porque a primera vista encontramos -- que el conjunto normativo de carácter unitario que es el Estado, presenta como car cterstica básica, que el mismo posee exclusivamente; la facultad de perseguir los delitos y de imponer penas en el caso -- que corresponda; debido a que el poder dinámico de accionar en lo penal y la pretensi3n punitiva, encuentran su fundamento en la existencia de normas jurídicas en las que se prev en tanto los delitos como su persecuci3n; lo cual concuerda básicamente con el hecho de que se materializa mediante la figura del Ministerio Público.

Lo anterior no implica que la norma jurídica implícitamente le otorgue ese derecho subjetivo, sino que por su misma naturaleza, lo ubica en el extremo de la obligaci3n de exigir la decisi3n judicial derivada del proceso. Cabe destacar que existe una diferencia muy -- clara entre acci3n penal y pretensi3n punitiva.

Según Eduardo Messeri, pretensión punitiva es el derecho del Estado al castigar al reo - previo juicio de responsabilidad - en que se constate el fundamento de la acusación y se declare la consiguiente -- obligación del imputado a soportar una pena. En cambio, la acción penal es la invocación al juez a fin de que declare que la acusación está fundada y aplique en consecuencia una pena. (11) Es por ésa que la acción penal para efectos de este estudio, consiste precisamente, como lo señala Messeri * en el llamamiento que hace el Estado al órgano jurisdiccional a fin de que determine la existencia de un delito y aplique en consecuencia una pena; momento y hecho que constituye la base - del presente estudio.

=====

(11) Lineamientos del Procedo Penal Italiano, Italia, 1934, p.173.

E) El Ministerio Público.

En nuestro punto anterior, establecí que la acción penal es la -- invocación al juez a efecto de que declare la culpabilidad de una persona y se aplique una pena. En nuestro país, la acción penal tiene como titular al Ministerio Público, al cual se atribuye como un poder-deber hacia la sociedad que representa. Además a través del tiempo se ha erigido como un monopolizador de la acción penal.

Según Meza Velozquez, el Ministerio Público, en lo penal, es una - institución legal de origen administrativo, constituida por un conjunto de funcionarios públicos que, bajo la dirección del Gobierno y el - lado de los jueces, tiene por misión la defensa de los intereses de la sociedad en la persecución de los delitos. (12)

Desde este punto de vista, el Ministerio Público no es un órgano-encargado de impartir justicia sino que vela por la estricta aplica---ción de la ley ante el órgano jurisdiccional. Lo que guarda relación - con el presente estudio, dado que nos interesa determinar cual es su - posición dentro del proceso penal a efecto de encuadrar dentro del mar- co de referencia de las penas. Así, Carnelutti nos dice, que la preten- sión penal no corresponde a quien se pone como ofendido por el delito, esto es, a una de las partes en sentido material, sino a un tercero, - que es el Ministerio Público y que se convierte, por tal oficio suyo,-

(12) Derecho procesal penal, Ed. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 1963, p.166.

en parte en sentido instrumental. (13) Por otra parte Calzadandi -- nos dice: " Que el Ministerio Público sea parte en el proceso penal, se comprende fácilmente; en nuestro sistema penal la función de estimular la jurisdicción mediante el ejercicio de la acusación está reservada, en régimen de monopolio, al Estado, y no sería ni concebible siquiera que en el proceso penal figurase, en posición de actora una parte privada; la acción penal es siempre, como parte pública y necesaria, el Ministerio Público, órgano de la acusación pública." (14)

Por otra parte Velázquez afirma que el Ministerio Público es una parte especial, sui generis, " parte pública " como lo nombran algunos-expositores, por cuanto no actúa en interés particular propio o privado, que es lo que caracteriza a la parte en el proceso civil, sino como órgano estatal, en interés de la comunidad, procurando el cumplimiento de la constitución y de la ley en el desarrollo del proceso; y de otro lado, no siempre ocupa una posición antagónica a la del -- procesado, pues puede y debe solicitar la absolución de éste, cuando esté convencido de su inocencia. (15) De lo anterior se desprende --

que aún cuando sea en representación de la sociedad o como ofendido, el Ministerio Público sí puede considerarse como parte dentro del -- proceso penal, ya que a su instancia el proceso se desarrolla hasta llegar a su culminación y además, es el propio Ministerio Público, -

(13) Lecciones sobre el proceso penal, Ed. jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1959, p. 240.

(14) Instituciones de Derecho Procesal Civil, Ed. Jurídicas, Buenos Aires, 1959, p.240.

(15) Citado por Sergio García Ramírez, en su obra Prontuario de -- Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, 1989, p. 485.

quien con sus peticiones delimita la causa ante el órgano jurisdiccional a efecto de que decida sobre el caso concreto.

En este sentido, importa para efectos de este análisis, la actuación como parte del Ministerio Público, ya que al formular en la fase final del proceso, un pedimento en proposiciones concretas, en las -- cuales, basado en cuestiones de derecho, leyes, ejecutorias o doctrinas aplicables, de que se aplique, ante la responsabilidad concreta -- del sujeto, las sanciones correspondientes, incluyendo la reparación del daño y los perjuicios; circunstancia que sirve de parámetro al -- juez para imponer, en su caso, las penas correspondientes, en la sentencia.

F) El órgano jurisdiccional

En una primera impresión hablar de órgano jurisdiccional nos lleva directamente al concepto de jurisdicción como "la facultad de poder otorgado o delegado por la ley a los tribunales de justicia para declarar el derecho objetivo en aquellos casos particulares o subjetivos que se requieran. Más sintética y expresivamente se le ha definido como la potestad de que se hallan investidos los jueces y tribunales para administrar justicia, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado."⁽¹⁶⁾

Dado que ese es la función primordial del derecho, la de determinar la responsabilidad objetiva del sujeto y si una de las características de la sanción, es precisamente delimitar el grado de responsabilidad al sujeto individual, es claro que el Estado a través de esa delegación de facultades en un sujeto individual, a través de esa delegación, busca la eficacia del derecho en la conducta de los hombres en el caso concreto que se presenta. Cabe en este punto mencionar, que a mi criterio la función jurisdiccional sólo alcanza hasta la imposición de la sanción correspondiente, y no como algunos autores afirman, hasta la ejecución de la misma, dado que aún cuando la pena es el resultado de un proceso jurídico, y por lo tanto, corresponde a las autoridades administrativas su ejecución; se reserva al órgano jurisdiccional el poder o facultad necesarias para llevar a cabo la ejecución de las resoluciones judiciales, dada la naturaleza de las mismas.

(16) Jiménez Asenjo, Enrique, Derecho procesal penal. Ed. Porrúa, México, 1949, pág. 223.

En los términos expuestos, jurisdicción representa la capacidad - de un sujeto, conferida por la ley, y concretizada en el *ius dicendi*.- Ya se trate de uno o varios individuos los que lo integran, la función que les corresponde, es la de aplicar estrictamente las normas que integran el proceso penal, a efecto de que del mismo resulte una adecuada determinación y en su caso una adecuada aplicación de la pena. Lo - que básicamente representa que del proceso al órgano jurisdiccional ob- tendrá la verdad histórica y además, de acuerdo a las normas jurídicas se acercará lo más posible al conocimiento de la personalidad del de- lincuente.

Claro que un presupuesto básico en él mismo, es el conocimiento - de la dogmática jurídico-penal, que proporciona al juez la capacidad - suficiente para determinar el tipo de pena que corresponde al caso con- creto. De aquí parten las exigencias planteadas por los ordenamientos- legales respectivos al establecer de manera taxativa los requisitos -- que debe llenar la persona que pretende una judicatura.

Por otra parte, en relación con la individualización de la pena,- corresponde al órgano jurisdiccional realizar la verdadera individuali- zación de la norma general y abstracta, en todos los casos particula- res. Su decisión establece de manera declarativa la pena que correspon- de al infractor de la norma, y que de acuerdo con su criterio, según - los criterios establecidos en las normas jurídicas, es justa y equita- tiva.

La posibilidad de realizar una acertada individualización, de la

pena sobre todo, de la relación directa que exista entre la capacidad profesional del órgano jurisdiccional y la amplitud del margen discrecional que el legislador le otorga en las normas jurídicas que deben aplicarse al caso. En nuestra legislación, el margen otorgado al juez es amplio, ya que existe la posibilidad de que el órgano jurisdiccional puede adecuar correctamente o mejor dicho " lo más cercano posible la pena al delito, allegándose todos aquellos elementos que considerase necesarios para su labor.

G) La sentencia

La palabra sentencia, deriva del latín " sententia ", que significa dictamen o parecer; este determinativó es porque el tribunal declara lo que siente, según lo que resuelva, en el proceso, después de haberse requerido de todos los elementos necesarios. Varios autores han emitido su parecer al respecto, tratando de conceptuarlo; así, Hugo Rocco manifiesta que " la sentencia es el acto que el Estado, mediante el órgano de la jurisdicción a ello destinado (juez de la decisión), al aplicar la norma al caso concreto, declara la tutela jurídica que el derecho -- objetivo concede a un interés determinado." (17)

Por otra parte Francisco Carrara apunta que sentencia " Es todo -- dictamen dado por el juez acerca del delito a cuyo conocimiento ha sido llamado." (18) Igualmente Cavallo manifiesta que " la sentencia penal es la decisión del órgano jurisdiccional que declara imperantemente, en las formas establecidas por la Ley, el derecho sustantivo, para resolver los conflictos de derechos subjetivos que se agitan en la pretensión jurídica, deducida en el proceso, y que agota definitivamente el fin de la jurisdicción en relación con la fase procesal en la cual se pronuncia." (19) En este sentido Colín Sánchez nos dice que " La sen-

(17) Teoría General del Proceso, Bogota, 1987, p.480 y siguientes.

(18) Citado por Guillermo Colín Sánchez, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, p. 448.

(19) Ibidem,

tencia penal es la resolución judicial que, fundada en los elementos-- del injusto punible y en las circunstancias objetivas y subjetivas con dicionales del delito, resuelve la pretensión punitiva estatal individualizando el derecho, poniendo con ello fin a la instancia." (20)

De lo expuesto se desprende que la sentencia es la resolución judicial que pone fin al proceso; por eso entra al estudio del fondo del asunto y resuelve la cuestión planteada mediante la aplicación de la ley general al caso concreto. Para que está suceda esta resolución de fondo debe reunir determinados requisitos de fondo y forma; como requisitos de fondo Julio Acero nos dice que son:

1.- Una estricta sujeción legal, como principio fundamental, -- que obliga al órgano jurisdiccional a que de manera categórica, la sentencia externe un riguroso ajustamiento a lo dispuesto en las normas penales;

2.- Debe ser una decisión categórica, que absuelva o condene definitivamente sin lugar a duda;

3.- En caso de condena, la sentencia debe puntualizar de modo preciso y forzoso, además de la clase, el término de la sanción o sanciones que se imponen;

4.- La sentencia debe ser congruente desde un doble aspecto, -- desde la naturaleza o existencia del delito a perseguir y desde el grado de responsabilidad de su actor;

(20) Ibidem, p. 449.

5.- La sentencia debe ser clara, es decir, no debe dejar a duda sobre su contenido, sobre todo en lo que se refiere a la parte resolutive. (21)

En otro aspecto, el autor antes mencionado, plantea que -- existe otra forma de fijar estos requisitos, ésto es, desde el punto de vista de los elementos críticos, lógicos y político-- jurídicos en razón de los cuales, la sentencia se puede desglosar de la siguiente manera:

I.- Determinación de que si está o no acreditada la existencia del cuerpo del delito;

II.- Determinación de la manera en que el sujeto pasivo de la acción penal, debe responder o no a la comisión de un hecho;

III.- Señalamiento de que si se actualiza o no sobre el sujeto pasivo de la acción penal, la comisión penal establecida por la ley penal.

Por otra parte, en cuanto a los requisitos formales, el -- mismo autor nos dice que " al tratar de las diversas clases de resoluciones judiciales, expresan los códigos la manera en que deben redactarse las sentencias, principiando por el lugar y -- fecha en se dicten y las generales del reo, para seguir con -- una exposición de los hechos resultantes en el proceso, y por-- fin, la decisión misma propiamente dicha, condenando o absol-- viendo". (22)

=====
(21) Procedimiento Penal, Ed. Jose M. Cajica Jr. 6a. edición, México, 1962, pp. 189 y 190.

(22) Ibidem.

En el presente estudio, dado que se trata el tema de la imposición de las penas, sólo nos interesa la sentencia penal condenatoria, en la cual se ha comprobado plenamente el cuerpo del delito y la responsabilidad del sujeto, con los cuales se acredita la existencia del derecho del Estado para castigar al delincuente en un caso concreto. Pero más aún nos interesa la sentencia ejecutoriada, que es aquella que tiene el carácter de irrevocable, porque es en ella donde se presenta definitivamente la situación jurídica que guarda el sujeto de un caso concreto, y que por lo tanto se convierte en firme.

Es en la sentencia, en la cual se cumple con los requisitos de fondo y forma que antes se han mencionado, donde el órgano jurisdiccional declara la responsabilidad penal del sujeto y en ejercicio de las facultades concedidas por las normas penales sustantivas y adjetivas, fija la pena que el sujeto deberá cumplir.

CAPITULO III.- La pena

A) Concepto de pena

Para Francisco Carrara la pena es un mal, que de conformidad con la Ley del Estado, los magistrados infligen a aquéllos que son reconocidos como culpables de un delito. Según este autor la pena debe ser -- considerada como una emanación del puro derecho, de donde resulta que -- no puede tener sus criterios reguladores en el arbitrio del legislador, sino que deben aplicarse criterios fundados lo más infaliblemente posible en su calidad y cantidad, proporcionales al daño causado, de acuerdo con el derecho o al peligro corrido por la sociedad, para lo cual Carrara procura establecer una proporción matemática entre el delito y la pena en su teoría de la calidad, cantidad y grado de las penas. (23)

Eugenio Pessina por su parte también considera a la pena como un sufrimiento que recae por obra de la sociedad humana, sobre aquel que ha sido declarado autor de un delito, como único medio de reafirmar el derecho. La pena, a su juicio, no es un mal, sino un justo dolor por el injusto goce del delito. (24)

Estos autores sintetizan el pensamiento de la llamada escuela clásica, que partió de la base de que el delito era un ente jurídico, y éste fue el concepto fundamental que orientó sus elaboraciones doctrinarias, por lo que la pena para ellos, era una consecuencia del

(23) Programa para el curso de derecho criminal, Fiorancia, 1924, vol. I, notas números XIV y XVI, p. 82.

(24) Elementos de derecho penal, traducción Española, ponencia del año de 1928, p.3.

delito. En esta postura se encuentra la razón de que los autores clásicos del derecho penal no se dedicaron al estudio de una cuestión tan importante como la pena, y menos en relación con la personalidad del delincuente, que para todos estos estudiosos era un ser abstracto.

Entre los positivistas como Eugenio Florián, la pena no es sino el tratamiento al cual es sometido por el Estado, el delincuente, con fines de defensa social cualquiera que haya cometido un delito y aparezca como socialmente peligroso. (25) Aunque a mi criterio, como se puede apreciar, este autor ya no hace referencia a la pena, propiamente dicha sino más bien ha definido lo que modernamente se considera una medida de seguridad.

Vicenzo Manzini por su parte entiende que la pena se justifica por la necesidad de asegurar la obediencia a determinados preceptos con las más enérgicas sanciones de la justicia. Garantizando con ello el mantenimiento del orden jurídico estatal. La función del derecho penal es esencialmente social y la pena tiene un objeto preventivo y represivo, social e individual al mismo tiempo. Si las penas no existieran, agrega este autor, los hombres de poca resistencia moral, que son la mayoría, delinquirían, mientras que hoy, la gran mayoría, se abstiene por cálculo de convivencia. Si la pena aplicable no fuere aplicada a quién violó un precepto jurídico, la desconfianza acerca de la eficacia de la tutela del Estado se haría carne entre todos los ciudadanos con sus inconvenientes consecuencias. (26)

(25) Pena y Medida de Seguridad en la Escuela Positiva, ponencia del año de 1928. p. 3.

(26) Tratado de derecho penal, traducción castellana, Bogotá, 1954, -- vol. II, p. 307.

Para Giuseppe Maggiore la pena jurídicamente, no es sino la sanción característica de aquella transgresión llamada delito; considerando que la sanción es " el mal que sigue a la inobservancia de una norma, (27) el castigo que confirma la inviolabilidad y la santidad de la Ley."

Por su parte, Francesco Antonicelli opina que la palabra "pena " es sinónimo de castigo, y que en general con ella se indica dolor; el sufrimiento que se impone a quién ha violado un precepto. Y como característico fundamental tiene a la aflicción; para este autor, una pena no aflictiva es una verdadera contradicción al término; sería definir la luz negra, el fuego frío, etc... Por eso afirma que la pena al criminal puede definirse como " el sufrimiento conminado por la ley e irrogado por la autoridad judicialmente mediante proceso a quien viola un precepto de la ley misma. (28)

El penalista francés Georges Vidal estima que la pena es un mal infligido a nombre de la sociedad y en ejecución de una condena judicial, al autor de un delito, porque es culpable y socialmente responsable del mismo. (29) Según Cuello Calón, la pena es la privación o la restricción de los bienes jurídicos impuestos conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. (30)

(27) Derecho penal, traducción Castellana, Bogota 1954, vol. II, ---- p. 307.

(28) Manual de derecho penal, Buenos Aires, 1960, p. 497 y 498.

(29) Curso de derecho criminal y de ciencias penitenciarias, Paris, -- 1967, p.579.

(30) La moderna penología, Barcelona, 1956, t. I. p. 16; y derecho penal, T. I., Parte General, 13a. Ed. Barcelona, 1960, p. 645.

Por otra parte, Quintano Ripollés considera a la pena una consecuencia jurídica del delito, aunque no la única, entendiendo por delito el integrado por todos sus elementos constitutivos. Consiste la pena en la privación de un bien jurídico impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada en la Ley.

Así mismo el tratadista, Juan del Rosal considera que la pena es un mal que supone la privación de bienes jurídicos y una exigencia correlativa de deberes, cuyo concepto se integra en los siguientes términos:

- a) La pena es la imposición de un mal por otro mal cometido;
- b) La proporción entre estas entidades disparas, delito y pena, constituyen una situación atractiva, por demás premada de in terés, a la hora que la proporcionalidad ha sido desplazada por la llamada individualización de la pena;
- c) El cumplimiento de la pena espereja la privación de unos bienes - vida, libertad, patrimonio, etc... - en justa proporción al comportamiento delictivo;
- d) Está determinada abstractamente en el " preceptus legis ", en gracia a una poderosa valoración de la jerarquía gradativa - de los bienes protegidos y a otros elementos, con lo que no responden adecuadamente al hecho y al autor;
- e) El objeto fundamental de referencia lo aporta la " culpabilidad " del individuo, si bien se deberá tener en cuenta la di

(31) Compendio de derecho penal, Madrid, 1958, vol. I, p. 413.

menación objetiva, representada, en parte, por la antijuridici--
dad del acto.

- f) La retribución implique una conexión directa con el hecho real--
mente practicado, de suerte que en estrictos términos sistemáti--
cos, dicte categóricamente la tipología del acto, la de las pe--
nas sufridas;
- g) La pena es jurídicamente una sanción, la *sanctio poenalis*, des--
criptiva en la segunda parte del precepto penal y claro está, -
pendiente su ejecución de la realización del hecho delictivo;
- h) Sin duda alguna, la pena se nos presenta en tres fases o momen--
tos distintos: 1.- como una disposición de carácter legal den--
tro de las disposiciones penales; 2.- prácticamente, en el mo--
mento judicial, esto es, a la hora de la individualización o --
producción; y 3.- en su ejecución penitenciaria o simplemente -
en su periodo de cumplimiento. La valoración, estimativa y los
puntos hacia los cuales se dirige la pena divergen de una fase
a otra;
- i) Reviste no sólo un carácter conminativo, sino coercitivo y se -
inflige a una persona determinada. (32)

Para Von Liszt, dos son los caracteres esenciales que forman el --
concepto de la pena; se una lesión sufrida por el autor de un hecho de--
lictivo en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en

= = = = =

(32) Lecciones, Derecho penal español, Madrid, 1960, vol. II, p.p. --
171 y 172.

la vida, la libertad o el honor del delincuente; y es al mismo tiempo, una reprobación tangible del acto y del autor del mismo. En el primer carácter reside al efecto preventivo especial de la pena, en el segundo, el efecto preventivo en general. (33)

La pena - afirma Mezger - es retribución, ésto es, una privación de bienes jurídicos que recae sobre el autor con arreglo al acto culpable (imposición de un mal adecuado al acto). (34)

Para Guillermo Sauer la tarea de la pena moderna es, por medio de la irrogación de un daño, frente a la elevación más rigurosa de los deberes, unida al menoscabo de los bienes jurídicos, reparar el injusto-grave y expiar la culpabilidad y además también, en cuanto sea posible asegurar a la comunidad estatal contra el injusto e intimidar y educar al autor y a otros miembros de la comunidad jurídica. (35)

Según Welzel la pena es un mal que se dicta contra el autor por el hecho culpable. Se basa sobre el postulado de una retribución justa que " cada uno sufra lo que sus hechos valen " (Kant), es decir, sobre el postulado de la armonía, entre el merecimiento de pena y sufrimiento de pena. Según este postulado de un curso justo del mundo es correcto que el delincuente sufra también conforme a la extensión de su culpabilidad. De este sentido de la pena surge tanto la justificación co-

(33) op. cit. t. 3, p. 137.

(34) op. cit. t. 2, p. 381.

(35) Derecho penal (parte general), traducción del Aleman, Barcelona, 1956, p. 362.

no la medida del mal de la pena; la pena está justificada como retribución, de acuerdo con la medida de la culpabilidad. (36)

También Reinhart Maurach, en su libro tratado de derecho penal, -- considera que la pena es un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del derecho. El mal de la pena compensa en virtud de una merma del derecho del autor, la usurpación del derecho ajeno propio del delito. Toda pena es pues, para este autor, por esencia retributiva. En tanto se contemple la retribución como una consecuencia, derivada del derecho, del acto culpable; no será preciso insistir en que -- tan sólo la retribución justa merece la retribución de la pena. El acto es la causa del nacimiento de la pena, la culpabilidad, la escala para graduar la pena retributiva es el reproche que grava al autor por el -- concreto hecho punible, por lo tanto, sólo puede castigarse lo que se ha cometido de un modo culpable. (37)

Las corrientes doctrinarias que surgieron en el siglo pasado, que se avocaron a reformar los sistemas de ejecución de las penas, han influido considerablemente en la mentalidad de los criminólogos y juristas norteamericanos, para quienes en la pena debe eliminarse todo aquello que pueda empeorar las condiciones morales del condenado y debe -- orientarse principalmente, hacia la obtención de la regeneración del -- condenado, sin perder por ello su carácter retributivo. En este sentido, Gerhard Muller afirma que tradicionalmente la pena ha sido considerada la-

=====

(36) Derecho penal, parte general, traducción del alemán, Buenos Aires, 1955.

(37) Tratado de Derecho Penal, traducción del Alemán, Barcelona, 1963 t. I., p.79.

consecuencia del delito, como el merecido del comportamiento delictivo, porque la sociedad ha tenido siempre interés en prevenir el delito y el estímulo para lograrlo ha sido la pena o mejor dicho, la amenaza de la pena o mejor dicho, la amenaza de la pena que siempre ha precedido al delito. (38) Sin embargo, los tratadistas norteamericanos contemporáneos han dado prevalencia a la función rehabilitadora de la pena y muestran una pronunciada tendencia a procurar las mejores condiciones para el hombre que delinque, más que por el delito cometido. Pero en general reconocen como lo hace Hall, que la pena se integra con tres elementos esenciales: justicia, prevención e inhabilitación. (39)

Entre otros autores latinoamericanos, los cuales también aporten definiciones sobre la pena, encontramos a Carlos Malagarriga quién considera que el castigo del delito establecido por la ley anterior al acto u omisión y aplicado por la autoridad competente configura la pena. (40)

Rodolfo Moreno define la pena como un mal impuesto a los que han incurrido en delito, afirmando que la pena, bajo este punto de vista, - implique un sufrimiento físico o moral que se aplica al delincuente. Bajo otro aspecto, la pena es la medida de defensa que toma la sociedad - contra la persona que ha demostrado, a causa de sus actos, condiciones de inadaptabilidad. Los dos conceptos se encuentran vinculados a las escuelas penales fundamentales, pues el uno supone la devolución - - - - -

(38) El derecho Penal, traducción del inglés, Buenos Aires, 1963, p. 29.

(39) Criminología, traducción del inglés, Buenos Aires, 1963, p.p. -- 172 y 173.

(40) Derecho penal argentino, Buenos Aires, 1927, p. 57

del mal causado y el otro simplemente una medida de precaución, la pena, para el criterio moderno, implica defensa y prevención, desde que se coloque al sujeto peligroso en lugares especiales donde no pueda -- causar daño. En realidad, concluye Moruno, cualquiera que sea el concepto que se prefiera, la pena implica un mal para el delincuente, al que se le priva de ciertos derechos, colocándolo en una situación especial, y una defensa para la sociedad en un afán de prevenir nuevos ataques. (41)

Para Sebastián Soler, la pena constituye en primer término una -- amenaza y luego, en un segundo plano, la imposición al transgresor de la norma, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar el delito. (42) Por otra parte, Carlos Fontan Balestra considera que la naturaleza de la pena debe fijarse separando previamente las etapas que ella atraviesa. Al principio es una amenaza que el legislador agrime para quienes violan la ley; en una segunda etapa el magistrado la aplica a quienes se han hecho merecedores a ella, y finalmente, se la ejecuta. Por lo tanto pasa por tres fases: legal, judicial y ejecutiva. En su primera fase, cuando el Estado fija una pena para quienes transgreden ciertas normas, persigue al propósito de influir sobre la colectividad, por medio de la amenaza psicológica, para que los individuos se abstenan de realizar ciertas conductas. Convirtiéndose entonces en una función preventiva general. En la fase judicial el Estado pretende demostrar su poder cumpliendo la amenaza para el caso del incumplimiento en la conducta deseada, reafirmando

(41) Derecho penal y sus antecedentes, Buenos Aires, 1923, p.p. 305-306.

(42) Derecho penal argentino, 3a. ed., Buenos Aires, 1963, p.346.

mando de este modo su autoridad y ejerciendo la retribución jurídica. Y al parecer éste sería el efecto principal de la pena, sin embargo a él se agregan otros dos; satisfacer a la sociedad restituyendo la paz quitada por el delito y calmar el ánimo de la víctima del mismo y a quienes están ligados a ella por vínculos afectivos. Efecto que puede faltar cuando se presentan ciertas transgresiones a la Ley penal que no causan ninguna alarma o cuando no existe propiamente un ofendido en particular. En la fase ejecutiva la misión de la pena es la prevención especial. Sus efectos son la intimidación individual, la enmienda en el comportamiento del infractor y la reeducación de éste. (43)

El concepto jurídico de la pena es, a juicio de Ricardo C. Núñez el de una pérdida de bienes impuesta a una persona como retribución del cometido. Quedan así señalados los dos elementos que dan el concepto jurídico de la pena; la pérdida de bienes, que representa su consistencia material y la imposición retributiva, que representa su consistencia material y la imposición retributiva, que representa la razón de ser de esa pérdida. (44)

Sin pretender dar una definición propia, tomando los elementos de los autores antes mencionados, se puede precisar los fundamentos de la institución denominada pena. En tal sentido, entendemos que la pena ante todo es un mal necesario, que consiste en la privación o restricción de un bien jurídico, que impone el Estado, por medio de sus órganos jurisdiccionales competentes, al responsable

(43) Derecho penal. Introducción y parte general, 5a. Ed. Buenos Aires, 1964, p. 468.

(44) Derecho penal, Parte General. Buenos Aires, 1959-1960, t. II, p. 346

ble de un delito y que en esencia constituye una retribución por su culpabilidad.

La pena tiene una doble función, de prevención general y de --
prevención especial. La primera se ejerce sobre todas los componen--
tes del conglomerado social, en forma de coacción psicológica, en --
cuenta que la pena implica la amenaza de sufrir un mal, que inhibe -
a muchos individuos de cometer hechos que son punibles por la Ley. -
La segunda aplicación de la pena se ejerce sobre el sujeto que ha de
linquido, mediante la aplicación de la pena, que por el sufrimiento-
que implica, determina la intimidación del agente receptor y disminu-
ye teóricamente la posibilidad de que vuelva a cometer algún delito.
Tanto la prevención especial como la general presuponen que la pena-
es un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamien--
tos jurídicos, pues toda pena significa una supresión o restricción-
de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga
sobre la vida del sujeto, su libertad, el patrimonio o el honor del-
penado.

Sin embargo, en contraposición a lo expuesto, la escuela co--
rreccionalista ha afirmado que la pena no es un mal, sino para quien
la consideran de un modo meramente exterior. Por ésto, los juris-
tas que apoyan esta corriente, como Heidelberg, conciben a la pena -
como un bien para el delincuente, cuya injusta voluntad tienda a re-
formar. (45) Por otra parte Dorado Montero también considera a la-

(45) Cita del libro Estudios sobre derecho penal y sistemas peni-
tenciarios, de Augusto Roeder, traducción española, Madrid,-
s/r, pág. 164.

pena como un bien para el condenado, en cuanto debe consistir en un -
tratamiento, desprovisto de espíritu represivo y doloroso, encaminado
solamente a la reeducación del delincuente. (46) Asimismo Concep-
ción Arenal dice que la pena es un bien en sí; un bien para el indivi-
duo que para su estado de espíritu no está en condiciones de vivir en
sociedad; y un bien para la sociedad, porque después de sufrirla el -
individuo saldrá reformado. La esencia de la pena es que haga bien, -
que mejore al delincuente. Las penas privativas de la libertad no de-
ben ser un sufrimiento aunque pueden ser interpretadas por el indivi-
duo que las recibe. La finalidad de la pena es perfeccionar al indivi-
duo, hacerlo mejor. (47)

De lo anterior, se desprende el sentido de la actual penología-
cuya base fundamental es el principio de la regeneración social del -
individuo, readaptándolo a la convivencia social y evitando por medio
de la eliminación del sufrimiento, algún posible trauma en contra de
la sociedad con motivo de la pena. Las teorías sobre el fundamento de
la naturaleza de la pena, se han polarizado en tres grandes grupos; -
los absolutistas, relativos y mixtos.

1. Teorías absolutistas.- Los pensadores afiliados a esta co-
rriente, conciben a la pena como una consecuencia necesaria e inevita-
ble del delito, teniendo un carácter eminentemente reparador o retri-
butivo. La pena no persigue ningún fin utilitarista, sino simplemente

(46) Dorado Montero, Pedro, El derecho protector de los criminales,
Madrid, 1915, pag. 95

(47) Arenal, Concepción, Estudios penitenciarios, Madrid, 1895, --
pag. 73.

es un mal; una forma de reprobación del acto delictivo.

2. Teorías relativas.- A diferencia de la anterior, para estos teóricos, la pena no es retribución, ni se justifica en sí misma, sino en la finalidad que persigue. Para las teorías absolutistas la pena es, en sí misma un fin; para esta segunda corriente, es un medio. La pena es una necesidad social y persigue la corrección moral del delincuente por medio de sistemas primordialmente educativos. Este es su fin y su justificación. Sin embargo, los juristas que mantienen esta postura discrepan respecto al modo en que la pena logra esta finalidad.

3. Teorías mixtas.- Estas teorías procuran armonizar los dos posturas antagónicas anteriormente expuestas. Para estos teóricos la pena sólo debe aspirar al logro de la justicia, y el Estado aprovechándose de ella, debe buscar la prevención general y especial de la delincuencia.

La pena constituye un instrumento indispensable con que cuenta la sociedad para reprimir la delincuencia, sin embargo, es muy discutible su eficacia, según lo demuestran las estadísticas criminales y todos los estadios por lo que ha atravesado la humanidad. Y al igual que las penas, los sustitutos de la misma, únicamente se limitan a contemplar otros caminos más idóneos y eficaces para combatir el delito. Sin embargo, no obstante que la pena no ha logrado supri-

mir el delito, como supuesto preliminar, su existencia se justifica en el constituir una especie de dique contra la delincuencia; y si bien es cierto no impide que se sigan cometiendo delitos de la misma naturaleza, preserva a la sociedad de la ola de crímenes que se desataría si se suprimieran las penas.

B) La pena y las medidas de seguridad.

Según apreciamos en el desarrollo histórico del derecho, el delincuente tradicionalmente había sido sometido al castigo impuesto por su delito, sin hacer distinción entre las circunstancias que se presentaban: fuera hombre sano, débil mental, enajenado, adulto o menor de edad, entre delincuente primario o habitual, etc... aunque to dos hubiesen cometido un delito igual.

Los autores de la escuela positivista, y aún algunos que no concuerdan con dicha corriente, no señalan la existencia de diferencias cualitativas entre las penas y las medidas de seguridad. (48) Su tesis es una derivación del concepto de la responsabilidad social que aceptan los positivistas. En efecto, la responsabilidad penal, según Florian, surge de la existencia de la misma sociedad; cuando se haya demostrado que un hombre fue causa física de una acción anti jurídica, calificada como delito, surgiría para él la responsabilidad ante la sociedad. De esta circunstancia se deduce el principio de que el hombre es penalmente responsable, porque lo es socialmente; el fundamento de la doctrina, es que el hombre es responsable de las acciones cometidas exteriormente de carácter delictuoso, sólo mientras vive en sociedad y con ella. Este tiene el derecho y al propio tiempo el deber de proveer a su defensa, apenas se verifiquen las condiciones de la imputabilidad de uno de sus miembros; la indagación sobre el elemento subjetivo del autor del hecho suministrará sólo el

criterio para la elección del método defensivo y del tratamiento más

(48) Entre los que se cuenta Enrico Ferri en su obra sociología criminal y Eusebio Gomez en su tratado de derecho penal.

idónea o también para la resolución de no adoptar ninguna medida protectora. (49) Sin embargo la doctrina dominante y la mayoría de -- las legislaciones mantienen la diferencia entre penas y medidas de seguridad, como una consecuencia lógica de la distinción entre delin--- cuentes imputables y delinquentes inimputables. (50)

Entre la pena y la medida de seguridad existen sin embargo dife--- rencias fundamentales que hacen imposible su identificación. Las dife--- rencias básicas que podemos encontrar son:

a) La pena se impone teniendo en cuenta la gravedad del delito cometido, mientras que la medida de seguridad se aplica en atención - a la peligrosidad del delincuente, revelada por sus conflictos y condiciones personales, más que por el hecho perpetrado.

b) Se aplica la pena a los individuos que son imputables penalmente; en cambio, la medida de seguridad rige generalmente para los - sujetos que son penalmente inimputables, aunque excepcionalmente se - aplican también a los delinquentes que son imputables.

c) La pena importa un sufrimiento y una amenaza, mientras que - la medida de seguridad no tiene por objeto causar un sufrimiento sino que persigue fines educativos, curativos o eliminatorios, y tampoco -

(49) Florian, Eugenio, Parte general del derecho penal, La Habana, 1929, t. I, páginas 322 a 323.

(50) Von Litz, Franz, Tratado de derecho penal, Madrid, 1917, pág. 197; Edmundo Maxger, Tratado de derecho penal, traducción española, 1955; Sebastian Solar, Derecho penal Argentino, Buenos Aires, 1963, t. 2. pag. 405; Humberto P. J. Bernardi y Rodolfo G. Passagno, temas de penología y ciencias penitenciarias, Buenos Aires, 1952, pag. 15.

es una amenaza, pues se aplica a individuos a los que las presiones de la coacción psicológica que comúnmente ejerce la pena no les afecta ya.

d) La duración de la pena es determinada de común acuerdo a la gravedad del delito cometido. Por el contrario, la medida de seguridad es indeterminada y su duración dependerá de la causa que la origina es decir, hasta que cese la peligrosidad del agente.

La pena es, para Von Liszt, el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito, para expresar la reprobación social -- con respecto al acto y a su autor; y las medidas de seguridad son todos aquellos medios por los que se trata de obtener la adaptación del individuo a la sociedad, utilizando para este fin medidas educadoras o correccionales, e inclusive en algunos casos se incluye la eliminación del sujeto como un principio de seguridad propiamente dicho que adopta la sociedad. La oposición entre dichos conceptos, señala el autor que se cita, es relativa. Sin la medida de seguridad esta asociada a la comisión de un hecho punible, pueda, muy bien, asumir en sí la esencia de una pena, (un mal ligado a la reprobación); e indudablemente este criterio se relacionaría con la teoría retributiva. Y en cuenta esta admite, además para la pena, aún cuando sólo accesoriamente, la persecución del fin correccional y asegurador, seguirá existiendo una confusión entre la pena y la medida de seguridad, dado que la pena seguirá invadiendo la esfera de la medida de seguridad. Algunas instituciones jurídicas se componen de distintos fines; la pena puramente retributiva y la pura medida de seguridad entran en oposición;

pero dentro de la esfera que les es común, pueda entrar la medida de seguridad en el lugar de la pena y a la inversa. (51)

Hugo Rocco también considera a las penas y a las medidas de seguridad como eventualmente concurrentes, pero distintas. Este autor, sostiene que las medidas de seguridad conservan siempre el carácter de medidas administrativas, aún cuando sea conveniente su aplicación por el órgano jurisdiccional, ya sea en razón de economía procesal, como de garantía debida a la libertad de los ciudadanos, para los cuales las medidas de seguridad pueden representar una restricción de hecho, tanto o más severa que una pena. (52) Similar es el punto de vista de Manzini con respecto a la distinción entre penas y medidas de seguridad. (53)

En las jornadas de derecho penal realizadas en Argentina en 1960, el tema de la distinción entre la pena y la medida de seguridad suscitó excelentes ponencias al respecto, que en concreto se centraron en dos posturas básicas; la primera de ellas, sostuvo que la distinción entre las penas y las medidas de seguridad, no pueden mantenerse en los hechos ni en el derecho, tal y como lo había expuesto anteriormente Hans Grunhut, dado que la pena deberá evolucionar y comprender una función represiva y preventiva, y en el punto culminante de estos fines ya no

(51) op. cit. p.3

(52) Rocco, Arturo H., Relación ministerial del Proyecto para el código penal Italiano, 1956, t. I., pág. 244.

(53) Manzini, Vicenzo, Tratado de derecho penal, 4a. Ed. actualizada por los profesores de derecho Nuvalone u Pisapia, Torino, Italia, 1961, t. 3, pág.177.

existirá dualismo alguno entre penas y medidas de seguridad. En contra partida, la segunda postura, basó la distinción entre la pena y la medida de seguridad, en el principio de la culpabilidad como una característica del delito; la culpabilidad por ser un concepto normativo, supone reprochabilidad; y que no se puede imponer pena alguna sin culpabilidad. Por lo tanto la pena es el reproche de la culpabilidad personal del agente, como retribución por el acto delictivo perpetrado, y su naturaleza es por tanto retributiva, teniendo como presupuesto el delito y más concretamente la imputabilidad y la culpabilidad del infractor de la norma. En cambio, las medidas de seguridad -- tienen otra naturaleza, otros efectos y fines, siemprevé que conviven paralelamente con los de la pena. Para trazar la diferencia entre ambos conceptos se toma en cuenta que la medida de seguridad en su imposición, de carácter preventivo, exige un elemento objetivo, que generalmente constituye una infracción de hecho, y un elemento subjetivo, que se integra con el vínculo psicológico del proceder del agente con su acto; mientras que la pena, de carácter retributivo, no sólo constituye una infracción de hecho a la que acompaña un enlace psicológico, sino que se involucra la plenitud de los elementos que integran el delito, y principalmente con el de la culpabilidad porque sólo ante la presencia de la misma, nace el reproche de la sociedad y la retribución de la pena. Finalmente se llegó a la conclusión de que en los Códigos modernos cada país, de acuerdo a sus propias conclusiones, debería establecer las penas y las medidas de seguridad, basándose en el carácter por un lado eminentemente retributivo de la pena y por el otro el índole preventivo especial que merecen algunos delincuentes.

Como se puede notar, la controversia antes señalada revive la lucha entre la llamada escuela clásica y la denominada escuela moderna, dada la revisión fundamental de los conceptos básicos y el esclarecimiento de sus relaciones. Sin embargo, de tales discusiones se estableció que en el futuro la justicia penal buscará la dignidad humana, estableciendo como premisa fundamental no sólo que la pena exista por la culpabilidad del sujeto, sino que es una compensación carente de cualquier otro fin y que por el contrario la medida de seguridad se convierte en compensatoria, que no sólo se propone y logra la intimidación sino también utiliza los caminos de la educación y la seguridad.

A pesar de que las penas y las medidas de seguridad en los códigos actuales no encuentran una definición adecuada que permita distinguirles, es indudable que a la fecha se han establecido una serie de caracteres comunes entre ambas, que permiten justificar la denominación genérica de sanciones. Esto en virtud de que ambas se proponen la defensa de la sociedad; son aplicadas por el órgano jurisdiccional mediante un procedimiento previamente establecido, y tiene una duración relativamente determinada, pudiéndose incluso aplicarse una en sustitución de otra. Además de que ambas, tanto la pena como la medida de seguridad, fueron creadas como una consecuencia de la realización de una conducta sancionada por la sociedad, y que constituye un presupuesto necesario para su imposición.

C) Clasificación de las penas.

Como se estableció en temas anteriores, la pena a criterio de algunos tratadistas, debe ser una aflicción para el delincuente y dentro del marco histórico, así se ha determinado; y dependiendo de cada Estado se establece el carácter de las penas que genéricamente se clasifican por los tratadistas en: Sanciones corporales, sanciones que restringen la libertad personal, sanciones pecuniarias y sanciones contra el honor.

A) Sanciones corporales.- Son aquellas que recaen sobre el cuerpo del condenado, y que buscan privarlo de la vida o la producen un sufrimiento o dolor físico. Entre ellas destacan la privación de la vida, mutilaciones, azotes, palos, etc.... Este tipo de sanciones las podemos clasificar en; pena contra la vida y contra la integridad corporal.

a) Pena de muerte.- La pena capital, que fue aceptada incuestionablemente por filósofos y teólogos en siglos pasados, se basa fundamentalmente en la supresión del delincuente, utilizando métodos extremadamente dolorosos y crueles, que de preferencia deben ejecutarse públicamente. Su legitimación y eficacia fue muy discutida a partir del siglo XVIII, por considerarse poco humanitaria, inejemplar y porque su carácter era irreparable. Actualmente los tratadistas se encuentran divididos, en cuanto a su justificación y aplicación.

b) Pena contra la integridad física.- Estas penas persiguen como

fin el sufrimiento del condenado por medio del dolor físico, que generalmente se logra por medio del tormento, o bien, el doblegamiento moral; se aplicaba frecuentemente siglos atrás; en nuestros tiempos han quedado prescritas en la mayoría de los países, por considerar que -- sus efectos son contraproducentes a los fines que persigue el derecho penal contemporáneo, dado que causa un daño irreparable al penado; ya que no logra intimidarlo, ni lo rehabilita, y sí lo humilla, reavivando las tendencias antisociales, además de que crea resentimientos.

B) Penas que restringen la libertad personal.- Son aquellas que fundamentalmente restringen la libertad del condenado, internando al reo en establecimientos especiales por un tiempo previamente determinado en la sentencia respectiva. El bien que se afecta es la libertad de tránsito del penado.

Respecto a este tipo de penas cabe señalar que la forma de su -- aplicación no siempre ha sido la misma, dado que la forma con que se aplica actualmente es relativamente nueva. Hasta fines de la Edad Media, la prisión sólo era un lugar transitorio en el que se recluía al delincuente hasta en tanto se le sentenciaba. Y de hecho cuando se -- determinaba la pena de prisión era con el fin de alargar la aflicción al sentenciado. Fue hasta 1595, en Amsterdam Holanda, donde se creó -- el primer establecimiento carcelario con fines correccionales; en el cual se estableció un sistema de trabajo organizado y dirigido, impuesto a los reos, que tendía a lograr la recuperación moral y social -- del delincuente. En un principio este penal era propio para mendigos, vagabundos, criados rebeldes, prostitutas y menores infractores, pose-

teriormente se amplió a los verdaderos delincuentes. Después surgieron con miras correccionales otros establecimientos carcelarios.

En base al nacimiento de estas instituciones, se desarrolló un -- verdadero movimiento penitenciario que se reflejó en diversos sistemas que fueron creados y que son los siguientes:

1.- Sistema celular o filadélfico (sistema solitario). Se caracteriza por el aislamiento absoluto del reo durante el día y la noche.-- Se espera su recuperación social mediante la meditación sobre el delito cometido, que era de separarse en su soledad.

Este sistema, además de costoso, pues requería un número de celdas igual al número de reclusos, resultaba inapropiado. La incomunicación absoluta, contraria a la naturaleza humana, causaba a menudo en el recluso una serie de trastornos mentales.

2.- Sistema progresivo o inglés (sistema separado). En este sistema, el penado pasaba por varias etapas según se consideraba el avance de su recuperación social, hasta lograr su plena libertad. El reo iniciaba el cumplimiento de su sentencia en reclusión celular, donde era observado; enseguida pasaba a la etapa del sistema Auburn (sistema -- mixto), posteriormente, y de acuerdo con los avances revelados, al recluso se le permitía, bajo vigilancia, salir del penal a visitar familiares, después se le suprimía la vigilancia y pasaba a la libertad -- condicional. Se presentaban dos variantes en este sistema, según se -- aplicara en Inglaterra o Irlanda, también llamado de Croftón. Cada uno

de ellos muy parecido, sin embargo en el primero, si el reo presentaba buena conducta, se hacía merecedor de boletos o vales que en determinado número, le servían para pasar a la siguiente etapa. En el segundo, se introdujo un periodo previo a la etapa de la libertad condicional, en la cual el reo podía salir del penal durante el día a realizar jornadas de labores en fábricas o granjas. En este sistema, la pena llegó a ser indeterminada, sujetándose la libertad del reo al avance progresivo en las diversas etapas.

3.- Sistema de reformatorio. En este sistema, la sentencia también es indeterminada, caracterizándose una vigilancia del reo postpenal. La reforma del penado en este sistema, se pretende lograr mediante el trabajo en talleres, aprendizaje de un oficio o profesión, la práctica deportiva, etc....

4.- Clasificación o Belga. Este sistema procura individualizar el tratamiento. Para ello separa a los reos tomando en cuenta diversos factores; sexo, edad, procedencia (rural o urbana), naturaleza del delito cometido, móviles que inducen al delincuente a delinquir, etc.... El tratamiento bajo talleres, aprendizaje de una profesión u oficio, prácticas deportivas, sometimiento del reo a sistemas educacionales, son formas usadas para reformar al penado. Este sistema requiere de una preparación técnica del personal que deberá integrarse por maestros, psiquiatras y trabajadores sociales. Este sistema ha sido adoptado en nuestra legislación penal, sólo en teoría.

Dentro de las penas que restringen la libertad personal encontra-

mos otras clasificaciones de sanciones que también afectan la libertad personal, pero sin suprimirlo; sólo limitan su ejercicio. Tales son la relegación, confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado o residir en él.

a) Relegación.- Este consiste en el envío del delincuente a una colonia o territorio alejado de los centros de población o de la metrópoli, para residir forzosamente en ella, pero sin reclusión carcelaria.

La relegación fue aplicada en Roma, primordialmente a los delincuentes políticos, quienes eran deportados a diversas regiones. También se aplicó en Portugal, relegando a los criminales a colonias conquistadas como India y Brasil, y hasta 1926, Rusia utilizó la región de Siberia como colonia penal.

En nuestro país la relegación fué incluida en el catálogo de penas por decreto publicado en el mes de agosto de 1908, designándose como colonia penal el archipiélago formado por las tres islas marías. El código penal incluyó en su relación de penas a la relegación, que se aplicaba a los delincuentes habituales y a los responsables de delitos de vagancia y mal vivencia. En 1938 quedó derogado el artículo 24, fracción II, suprimiendo esta pena. Sin embargo en ocasiones se aplica esta pena fundamentándose su imposición en el artículo 18 Constitucional.

b) Confinamiento.- El confinamiento consiste en la obligación de

residir en un determinado lugar y no salir de él; se diferencia de -- la relegación en que en ésta el delincuente cumple su pena en una colonia penal y en el confinamiento el reo reside en un poblado o ciudad.

c) Sanciones pecuniarias.- Son aquéllas que afectan la esfera patrimonial del penado. Se reconocen como sanciones pecuniarias la multa, reparación del daño, pérdida de los instrumentos del delito, destrucción de cosas nocivas o peligrosas, y publicaciones especiales de sentencia derivadas de la reparación del daño.

La multa se sostiene, representa un sustituto ideal de las penas cortas de libertad, siendo adecuada para aquéllos delincuentes de escasa peligrosidad o para aquéllos cuyo delito revela la obtención de un lucro; se le ha criticado en virtud de que descubre una desigualdad de carácter económico entre las diversas clases sociales que conforman a la sociedad, dado que para el individuo con un alto estandar económico encuentra en esta pena una forma de impunidad, mientras que para los de escasos recursos económicos representa una agobiante pena que repercute profundamente en la economía familiar del sancionado, -- es por ello, que debe tomarse con sumo cuidado el criterio para la imposición de esta clase de penas que pueden favorecer la reiterada costumbre de realizar actos antijurídicos que pueden ser salvados por -- este medio.

Otro tipo de sanción de carácter pecuniario, aunque de sentido -- indirecto o accesorio, lo constituyen el decomiso y pérdida de los --

instrumentos del delito. Estas medidas consisten en la retención por parte de la autoridad de los instrumentos del delito, así como de las cosas que sean objeto o producto de él, siempre y cuando sean de uso prohibido. Esta misma situación se presentará cuando el objeto pertenezca a un tercero y el mismo, tuviere conocimiento de la utilización del mismo para la realización del delito.

Trotándose de sustancias o cosas que representen un peligro o sean nocivas para la salud, a juicio de la autoridad podrán destruirse o utilizarse en la docencia o investigación. Trotándose de otra clase de objetos, el Estado determinará su destino, según su utilidad para beneficio de la administración de justicia.

Otra pena pecunieria accesoria, lo constituye la reparación del daño, que básicamente consiste en la devolución del monto económico del objeto del delito, y en algunas casos una indemnización del daño, de carácter moral o material por los perjuicios causados, esta sanción se fija por el órgano jurisdiccional tomando en cuenta el daño causado de acuerdo con las pruebas obtenidas.

Por último, debe considerarse a las sanciones contra el honor y aquellas que afectan cierta clase de derechos del individuo. Como su nombre lo indica, su función es privar al sentenciado de determinados derechos y la pena consiste en causar en el individuo la sensación de incapacidad al privársele de los mismos. En la suspensión de derechos pueden presentarse dos casos a saber; cuando la sanción comienza y con cluye con la pena que es la consecuencia y aquélla en que la suspen-

ción comienza al término de otra sanción privativa de libertad. La pena de prisión produce la suspensión de los derechos del penado. La suspensión comenzará desde que cause ejecutoria la sentencia respectiva y durante todo el tiempo de la condena. De lo anterior, cabe concluir que las penas no han sufrido muchas variantes durante el desarrollo histórico del derecho penal, sino sólo cambios en las formas de justificarlas teóricamente, sin embargo, dicha situación no se modificará, mientras no existan otros medios que garanticen la recuperación social del delincuente, por lo que las penas citadas seguirán constituyendo los únicos medios de combatir la delincuencia.

C A P I T U L O IV .- La individualización de la pena

ESTA TESIS NO PUEDE SALIR DE LA BIBLIOTECA

A) La individualización legal, en los Códigos Penales de 1929 y 1931.

La Ley penal sólo contiene preceptos abstractos y generales y --- por lo tanto no puede prever los casos concretos y particulares en que se aplica la pena. Por eso se ha dicho que no existe individualización legal de la pena y que lo que se cita como casos de individualización legal no son sino motivos de atenuación o de agravamiento de la pena - fundados en la mayor o menor gravedad del delito y por consiguiente, - del grado de responsabilidad, por lo que constituye una falsa individualización. (54)

En los Códigos Penales se contienen circunstancias atenuantes y - agravantes, que la mayoría de las veces atienden a la mayor o menor -- gravedad del delito, pero a la par de ellas hay otras circunstancias - atenuantes y agravantes que se refieren directamente a la personalidad del sujeto que ha delinquido y que son las que dan lugar a la indivi-- dualización legal, al igual que las diferencias de tratamiento que impone la ley con respecto a toda clase de delincuentes.

Nada impide que el legislador pueda establecer determinados beneficios de los que sólo puede gozar el delincuente primario y al mismo tiempo establezca agravantes de la penalidad y la privación de ciertos beneficios para los reincidentes y habituales, como así también clasificar a los delincuentes en distintas categorías, sujetándolos a dife-
.....

(54) Saleilles, Raymond, La individualización de la pena, traducción española, Madrid, 1914.

rentes tratamientos según su mayor o menor peligrosidad.

En estricto sentido, estas normas no individualizan la pena en el sentido de adecuarla a un determinado caso y con respecto a un delincuente particular, sino que tienden a facilitar la posterior individualización judicial y administrativa de la pena. Cabe agregar que la individualización de la pena exige el conocimiento de la personalidad -- del agente del delito, del tipo de delito, y de las motivaciones de -- equal, sino " a posteriori " en el caso concreto en que se aplica la pena a un delincuente determinado.

A pesar de ello, el Maestro Ricardo C. Núñez, estima que la individualización legal de la pena se realiza en dos momentos: el primero y fundamental se cumple cuando el legislador adecúa la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor del derecho ofendido y - al modo particular de ofenderlo que especifica la figura; y el segundo momento corresponde cuando el legislador mitiga o agrava la pena con arreglo a las circunstancias particulares que especifica en circunstancias accesorias de las básicas. (55)

Sin embargo, cabe denotar que lo que realiza el legislador al determinar la pena es una figura delictiva, no es un forma de adecuación de la pena al individuo a quién se le aplica, sino más bien una gradación de la pena de acuerdo a la gravedad del delito. Por otro lado el legislador puede valerse de diversos medios para realizar la individualización de la pena de acuerdo a la gravedad del delito.

(55) Antonio Quintano Ripollés, Compendio de derecho penal, Madrid, - 1958, vol. II, pág. 413, cita textual.

lización legal de la pena. Dentro de los medios más comunes se encuentran:

- a) La fijación de las circunstancias agravantes y atenuantes de la pena;
- b) El establecimiento de un régimen de medidas de seguridad para los inimputables en reemplazo de penas;
- c) La atenuación de la penalidad en razón de la inmadurez propia de la minoría de edad o del estado mental del agente, en aquellas legislaciones que admiten la responsabilidad atenuada;
- d) El establecimiento de beneficios para los delincuentes prios;
- e) La agravación de las penas aplicables a los reincidentes;
- f) Medidas de seguridad para los delincuentes habituales;
- g) La clasificación de los delincuentes en diversas categorías, de acuerdo a su mayor o menor peligrosidad, para su sometimiento a penalidades diferentes;
- h) La adopción de regímenes especiales de ejecución de la pena para las mujeres, los menores, los hombres débiles, enfermos

o ancianos y para las personas veletudinarias;

- 1) La adecuación de la multa a la situación económica del condenado.

Cuando la ley utilice alguna de las formas antes citadas o varias de ellas, ya sea en forma casuística y taxativa, o como circunstancia-
aggravante o atenuante, en referencia a la personalidad del delincuente
esté realizándose una individualización legal de la pena, ya que ésta
constituye una limitante para el órgano jurisdiccional, que únicamente
se limita a verificar la concurrencia de alguna o algunas de esas circun-
stancias en el caso concreto. En cambio, cuando esa enumeración de
circunstancias agravantes y atenuantes se hace en forma amplia y a sim-
ple título enumerativo, como la adoptada por los artículos 51 y 52 de
nuestro Código Penal, donde se da amplio margen discrecional de carác-
ter técnico al juez, para que considere todas aquellas circunstancias -
del caso concreto dentro del mínimo y el máximo establecido por la ley,
el juez elija la pena correspondiente, sin embargo, esta individua-
lización es relativa, ya que, en última instancia, la adecuación de la
pena al caso concreto corresponde efectuarla el órgano jurisdiccional.

A través de la individualización que realiza el creador de la ley
penal, se realiza el primer paso de la individualización de la sanción
y este fenómeno, por su carácter puede sufrir diversas modifica-
ciones en el transcurso del tiempo y específicamente en nuestro siste-
ma jurídico, podemos analizar el caso del Código Penal de 1929 y el de
1931. En el primero de ellos notamos una clara influencia de la escu-

la clásica, ya que en el primero de los Códigos citados, se realiza -- una enunciación casuística de las circunstancias constitutivas de atenuación o agravación del delito, las cuales están debidamente taxadas dentro del Capítulo VII, del título primero, del libro primero del Código en comento, y que en su artículo 47 señala: que las circunstancias atenuantes o agravantes determinan la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones (penas) y en el siguiente artículo indica que las circunstancias atenuantes tanto como agravantes se dividen en cuatro clases, según la mayor o menor influencia que tienen en la temibilidad del delincuente, aplicando a cada una de las clases un valor a efecto de que en la sentencia el juez realice la operación matemática precisa entre la suma de las agravantes y la resta de las atenuantes; sin embargo, en dicho ordenamiento ya se empieza a vislumbrar la influencia positivista, dado que en el contenido del artículo 50, se establece en favor del órgano jurisdiccional la facultad discrecional de valorar aquellas circunstancias que merezcan una valoración mayor que el atribuido por las normas del Código; agregándose además que en el artículo 55, del mencionado ordenamiento, se establece que el juez o tribunal, en el caso de que existan circunstancias que no se encuentren valoradas por dicha legislación, tiene la facultad de valorar a su arbitrio y dentro de los parámetros de las cuatro clases señaladas, dichos elementos, pudiendo también cambiar la categoría de las circunstancias, debiendo dentro de la sentencia correspondiente fundar debidamente los motivos de su valoración.

Por otra parte, dentro de los artículos 51 y 52, señala en relación con las circunstancias personales del delincuente que las circuns-

tancias agravantes y atenuantes dejarán de tener ese carácter y no se tomarán en cuenta para graduar la sanción; además de que esas circunstancias sólo aprovechan y perjudican al que las comete. En cuanto a la imposición concreta de las penas, una vez realizada la operación aritmética, el juez dispone de un mínimo y un máximo para determinar sobre el caso concreto. Existe también una clara diferenciación entre las penas impuestas a los delincuentes comunes y las de los delitos políticos. Y por lo que respecta a la ejecución de las sanciones éstas son a cargo del poder ejecutivo, quién deberá implementar las medidas necesarias para su ejecución.

En el Código Penal de 1931, se adopta la política penal positivista, y si bien es cierto, se establecen sistemas taxados para la aplicación de las penas, el arbitrio judicial es amplio e impone como una obligación para el juzgador tomar en cuenta todos aquéllos factores de índole personal del delincuente, así como las circunstancias de la comisión del delito. Entre otras cosas se diferencia del Código anterior en que no establece valores concretos para cada circunstancia, sino que lo deja a la libre apreciación del juez, además, únicamente de manera enunciativa, más no limitativa, impone la obligación al juez de tomar en cuenta las características personales del delincuente y del delito, reafirmando por otra parte, la individualidad de las circunstancias taxadas en cuenta para cada individuo penado. Cabe denotar que siguiendo la política penal actual los ordenamientos penales han sido modificados a efecto de adecuar las sanciones a ciertos delitos que con el foco de atención social del momento. Es claro que ningún ordenamiento jurídico es estático, la adecuación de las penas-

En las circunstancias sociales resulta un elemento indispensable en toda sociedad y principalmente cuando tratamos de combatir la delincuencia, dado que el carácter humanitario y científico de la pena nos permite evitar odios y rencoras de quienes sufren la imposición de una -- pena.

- B) La individualización judicial; artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal vigente.

Después de analizar como se produce la individualización legal de la pena, debemos pasar al estudio de la verdadera individualización de la misma, que es la que realiza el órgano jurisdiccional respecto del caso concreto y con relación a un delincuente en particular. La individualización legal sólo es aproximada, dado su carácter abstracto y general, misma que únicamente señala el camino por el cual el juez desarrollará su labor de individualización al declarar cuál es la pena que le corresponde a cada delincuente en los casos sometidos a su conocimiento.

Las posibilidades de realizar una adecuada individualización de la pena dependerá de la relación directa que la norma establezca como discrecional para imponerla al órgano jurisdiccional. Cuanto más amplio sea ese margen, mayores también serán las posibilidades de que el juez adecúe correctamente la pena al caso y de acuerdo a la personalidad del delincuente.

La llamada escuela clásica del derecho penal prácticamente anuló la discrecionalidad judicial, y al juez lo colocó en una posición de mero verificador que debía cumplir los extremos previstos por el legislador, que cuidadosamente planteaba la pena de antemano, y en la cual de acuerdo a las circunstancias atenuantes o agravantes exprese y taxativamente fijadas en la Ley de antemano se imponía por el juez la pena. Esta es la manera en que la escuela clásica trató de frenar la -

arbitrariedad judicial imperante en el momento histórico en que surgió en cuenta a la imposición de las penas, que antes se fijaban de manera desigual y caprichosa por el juzgador; sin embargo, tan estricto margen implantó la arbitrariedad legal, dado que al implementar la igualdad de todos los individuos e imponer penas uniformes para todos los delin cuentes.

Constituye un mérito indiscutible de la escuela positiva, que puso de manifiesto la urgente necesidad de estudiar la personalidad del hombre que delinque y no sólo el delito cometido, el haber propiciado la ampliación de las facultades de los jueces para determinar la clase y la medida de la sanción aplicable a cada delincuente. Actualmente, - aunque en algunos sistemas aún restringido, nadie puede dudar lo necesario que resulta otorgar facultades al órgano jurisdiccional encargado de la aplicación de la pena en el caso concreto. Sin embargo, esto no implica que no se deba imponer ciertos límites a la facultad discrecional que se otorga a los órganos jurisdiccionales, a efecto de evitar los abusos que pudieran afectar al sentenciado y enservar la eficacia de la represión de los delitos. Estas limitaciones pueden establecerse de dos maneras; estableciendo un sistema de penas paralelas, o - bien, establecer ciertas reglas a las que el órgano jurisdiccional debe ajustarse para determinar la pena aplicable en cada caso. Sin embargo, en el segundo caso, puede operarse de diversas formas, ya que en ocasiones se enumera en forma casuística y taxativa las circunstancias agravantes y atenuantes que deben computarse a los fines de la fijación de la pena; y otras veces se limita a establecer normas generales y amplias, de carácter meramente enunciativo, dejando a la libre apre-

ciación del juez todas las demás circunstancias que en el caso concreto revelen una mayor o menor gravedad del delito o que sean demostrativas del grado de peligrosidad del sujeto.

Nuestro Código Penal sigue este segundo sistema en los artículos 51 y 52, en los cuales señala al órgano jurisdiccional reglas para la aplicación de las sanciones. Por lo que hace al artículo 51 del Código Penal vigente, en su primer párrafo, taxativamente establece al -- órgano jurisdiccional la obligación de que las sanciones aplicadas de ben ser las previamente establecidas para cada delito, lo que implica el principio universal del derecho penal de que no hay delito sin -- pena. Pero además dentro de este mismo párrafo, señala que el juzga-- dor deberá tomar en cuenta tanto las circunstancias exteriores de la ejecución, como las peculiaridades del delincuente; esto último, a mi parecer es un error en la redacción, pues al hablar de peculiaridades del delincuente; esto último podría entenderse como lo propio o relativo a las acciones cometidas por el delincuente en la realización -- del delito; a mi criterio debería decir correctamente " tomándose en cuenta la personalidad del delincuente ", dado que de esta manera no se prestaría a interpretaciones subjetivas. En cuanto al primero de -- dichos postulados resultaría intrascendente discutir la naturaleza -- del mismo, dado que constituye uno de los principios básicos del dere-- cho penal, ya que sólo la sanción previamente establecida por la ley penal para el caso de incumplimiento a una norma será la aplicable; -- ya que de esta manera se cumple el principio represivo del derecho pe-- nal al castigar al infractor de una prohibición. Además de que este--

primer principio es de carácter objetivo y no requiere de mayor planteamiento al respecto.

Sin embargo, el segundo elemento obligación, impuesto al juez o tribunal de tomar en cuenta las características y circunstancias exteriores de la ejecución y las peculiaridades del delincuente, reviste un carácter abstracto, cuya objetivización está dirigida al órgano jurisdiccional y esta atribución, en el Código Penal se expresa bajo el criterio de " a juicio del juez ", es decir, una apreciación volitiva que realice el órgano jurisdiccional a efecto de establecer dentro de los límites mínimos y máximos la pena adecuada al caso concreto.

Por otra parte, el artículo 52 del Código Penal establece de manera enunciativa una serie de elementos que el órgano jurisdiccional debe tomar en cuenta al dictar la sentencia penal, en concreto enuncia cuatro diferentes elementos o circunstancias a saber; aunque de manera concreta podemos clasificarlos en dos partes; la primera se refiere expresamente a las circunstancias del delito y del delincuente integrados como un todo y los otros tres fracciones de manera enunciativa se refieren a los demás elementos que integran específicamente la personalidad del del delincuente y que constituyen el fondo donde se gesta el delito; cabe aquí señalar las adiciones a este artículo realizadas en el inciso cuarto y que específicamente tiene un trasfondo de política penal, dado que se relaciona con los delitos cometidos por funcionarios públicos, casos para los cuales se obliga al juez a tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para el caso.

Estas modificaciones constituyen un fenómeno usual en el derecho y se justifican debido al constante abuso de los representantes de la autoridad así como de los diversos funcionarios públicos. También claro está, de esta manera se entiende que el artículo 51, se le hubiera agregado un párrafo segundo, el cual se refiere exclusivamente a los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65, en los cuales se tratan los delitos imprudenciales y en especial los cometidos por servidores de transporte público, incrementando el tiempo de la pena privativa y concediendo el beneficio de la condena condicional. En el caso de delito calificado como tentativo punible, se eleva la sanción - hasta dos terceras partes y en caso de participación también la incrementa hasta tres cuartas partes, siempre en concordancia con las modalidades respectivas. Por lo que hace a la reincidencia, la sanción -- que debiere imponerse por el último delito cometido puede ser sumada de desde un tercio hasta dos tercios de su duración.

C) La individualización ejecutiva.

La ejecución de las sentencias penales ha sido hasta hace un corto tiempo una cuestión a la cual se le daba muy poca importancia. Sin embargo, actualmente empieza a ocupar un lugar preponderante, que crea su propio objeto de estudio y da origen a diversas disciplinas que se encargarán del estudio de la misma.

Lo anterior explica porque, como lo expresa Novelli, con la nueva finalidad adoptada por la pena y la creación del concepto de medidas de seguridad a tiempo indeterminado, la ejecución se convirtió en el centro vivo, palpitante, decisivo, del agrupamiento de fuerzas contra la criminalidad. (56) En efecto, de nada vale a un país tener las más perfectas leyes penales, para tener éxito en su lucha contra la delincuencia, si ellas no tienen el complemento indispensable de un buen régimen de ejecución de las sanciones. De este último depende, en definitiva, -- que el hombre que ha violado las normas de convivencia social y se ha hecho acreedor a una condena no se convierta en el futuro delincuente habitual, sin el consiguiente peligro para la comunidad, o en un ser social readaptado, al que mediante un acertado método de reeducación se ha conseguido corregir y convertirlo en un individuo útil para la sociedad. De ahí la trascendencia que reviste el sistema de ejecución de las sanciones penales en la lucha contra la criminalidad.

Por otra parte, el maestro francés Garraud decía al respecto, que

 (56) Giovanni Novelli, La autonomía del derecho penitenciario, Buenos Aires, 1943, trabajo publicado en la revista "Derecho penal y penitenciario", año VIII, núms. 29 y 30, pág.468.

el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho de castigar, y el fallo que lo termina no tiene su importancia y su función sino en el acto mismo de su ejecución. La pena pronunciada no saca su valor real sino del sistema penitenciario, organizado para cumplirlo. La cuestión de la ejecución penal domina, entonces por su importancia a toda clase de cuestiones; ella es el punto de partida de la lucha contra el crimen por los medios progresivos; - el problema hacia el cual todo converge y al cual todo conduce. (57)

Como ya lo hemos mencionado, esta faceta del derecho, ha creado sus propias disciplinas que se encargan del estudio de la ejecución - de las sanciones penales y a las que se ha denominado penología, las ciencias penitenciarias, la política penitenciaria y el derecho ejecutivo penal. La penología se ocupa - según Cuello Calón - del estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito - (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación, y de la actuación postpenitenciaria. (58) Bernardí y Passagno asignan a esta disciplina un contenido similar, considerando que su objeto es - el estudio de los diversos medios directos de lucha contra el delito, es decir, tanto las penas como las medidas de seguridad. (59)

Por otra parte, la existencia de la penología como ciencia no --

(57) René Gerraud, Instrucción criminal, París, 1968, tomo I, pág. 7.

(58) Cuello Calón, Eugenia, Derecho penal, cit. t. I., pág 745; y la moderna penología, cit. t. I, pág.9.

(59) Humberto P.J. Bernardí y Rodolfo G. Passagno, temas de penología y ciencias penitenciarias, Buenos Aires, 1952, pág. 32.

constituye la única teoría al respecto, ya que el maestro Jiménez de Asúa dice que la penología no puede ser estimada como ciencia porque no es posible hallar un contenido propio para formarla. En cuanto se ocupe de la pena, como problema sociológico criminal; en lo que respecta a la pena como consecuencia del delito, pertenece al derecho penal; su ejecución integra el derecho penitenciario; y en fin, el acervo de exigencias para la reforma punitiva de un país, constituye un fundamento de la llamada política criminal. (60) Sin embargo, de primera vista se nota la incorrecta apreciación del citado maestro, ya que en el análisis de la realidad acontece que a medida que se amplían las investigaciones en torno a un objeto aparentemente único, se presentan una serie de facetas que hacen insuficiente el estudio del mismo; por ello mismo, su importancia determinó que diversas disciplinas se ocuparan de ellas; cada una desde un punto de vista diferente; el derecho penal, como consecuencia necesaria del delito; el derecho ejecutivo penal, en cuanto a las circunstancias que rigen su ejecución; la penología en lo que atañe a los principios científicos que debe condicionar la ejecución de las sanciones; y la política penitenciaria, bajo el aspecto de la política general.

Por otra parte, la ciencia penitenciaria, cuya denominación es utilizada por los autores franceses, se refiere a la ciencia que se encarga del estudio de los diversos sistemas de ejecución de las penas privativas de libertad. Su contenido se limita exclusivamente al estudio de los principios, doctrinas y sistemas relativos a la ejecu-

(60) Jiménez de Asúa, Luis, Tratado de derecho penal, Barcelona, -- 1968, t. I, núm. 32.

ción de las penas privativas de libertad, excluyendo de su estudio -- las demás especies de penas.

Bertrand define la ciencia penitenciaria como al conjunto de los conocimientos que es necesario poseer para enseñar a los demás a hacer penitencia, ésto es, a expiar los hechos cometidos y a corregirse; con la limitación de que se trate de hechos castigados por la Ley y de explicación útil. (61)

La ciencia penitenciaria aparece a mediados del siglo XIX, cuando se consideró que los edificios carcelarios debían reunir ciertas condiciones, y de esta manera se creó la celda y se implantó el sistema de separación de los individuos. Los conocimientos adquiridos por las visitas de filántropos, filósofos y juristas, a los establecimientos carcelarios, juntamente con otros factores que se fueron sistematizando hasta formar un cuerpo doctrinario el cual se denomina ciencia penitenciaria.

Otra disciplina que se ocupa de la ejecución de las sanciones penales, se encuentra también en la política penitenciaria, que es la rama de la ciencia política - y como tal ciencia práctica - que forma los fines de las instituciones destinadas a la ejecución de las penas privativas de la libertad y la mejor de sus posibilidades para tales fines. (62) Esta ciencia pretende una constante valoración de --

las instituciones penitenciarias vigentes para proponer las reformas.

(61) Bertrand, Humberto, P. J., Lecciones penitenciarias, Lovenia, 1932, t.I, pág. 5

(62) Italo A., Luder, La política penitenciaria, Barcelona, 1946, -- cita de la pág. 25.

necesarias. La política penitenciaria sólo es una rama de las ciencias criminales.

La necesidad de reglamentar el cumplimiento de las penas surgió -- como una consecuencia del reconocimiento de los derechos subjetivos del condenado. Anteriormente la falta de preocupación en cuanto a este matu rie, se traducía en la falta de disposiciones referentes al cumplimiento de las penas y las pocas que existían se hallaban dispersas en los códigos penales y de procedimientos, en lo criminal y en lo administrativo, los cuales sólo se limitaban a establecer de manera génerica la ejecución de las penas.

El derecho ejecutivo penal se define como el conjunto de normas ju rídicas que regulan la ejecución de las sanciones penales, desde el momento en que se convierte en ejecutivo el título que legitima a la ejecución. (63) En la ejecución de las penas podemos encontrar tres etapas; la imputación abstracta, hecha por el legislador, de una sanción determinada como consecuencia jurídica de cierta conducta considerada como antisocial por la valoración jurídica de la comunidad; la imposición concreta de una sanción por el juez a un individuo determinado que ha incurrido en una conducta calificada como delito por el legislador; y la ejecución, por funcionarios de la administración penitenciaria, de la pena impuesta por el juez. En nuestro caso, al derecho ejecutivo le corresponde el estudio de las leyes y reglamentos que rigen todo lo referente a la ejecución de las sanciones penales. Su estudio no sólo se

(63) opus cit. pág. 93

limite al análisis de las normas que regulan la ejecución de las penas privativas de la libertad, sino que también abarca las referentes al cumplimiento de las demás especies de penas; y lógicamente se hallan incluidas dentro de su contenido las normas referentes a las medidas de seguridad. Cabe denotar que según Giovanni Novelli, el objeto de la ejecución, los órganos, la función o la actividad administrativa durante la ejecución penal, la tutela de los derechos y los intereses de los condenados, las finalidades de la ejecución y las modalidades para realizarla. (64)

Sobre la naturaleza jurídica del derecho ejecutivo penal los autores no han conseguido ponerse de acuerdo. Sin embargo, los que sostienen la autonomía del derecho ejecutivo penal, parece ser la más acertada, dado que en su contenido abarca un conjunto de normas jurídicas -- que, aunque de naturaleza diversa y provenientes de distintas fuentes, poseen un objetivo común; regular las relaciones entre el Estado y el condenado. Sin embargo, esta autonomía no presupone la autonomía legislativa del mismo, dado que no ha llegado a delimitar con precisión su contenido, ni ha concluido la elaboración de sus principios fundamentales ni los de las instituciones que regula.

La necesidad de delimitar el arbitrio administrativo en la ejecución de las sanciones penales privativas de la libertad y de garantizar los derechos subjetivos del condenado, puede lograrse mediante la sanción de las leyes y reglamentos que fijen los aspectos fundamentales de la ejecución penal y dando intervención a los órganos jurisdic-

cionales en los problemas relativos al cumplimiento de las penas y las medidas de seguridad.

En nuestro derecho, ha existido la tendencia o intención de la -- codificación y se han dictado leyes que establecen los principios fundamentales a los que debe ajustarse, tanto la ejecución de las sanciones penales privativas de la libertad y de manera genérica las referen-tes a las medidas de seguridad. Ejemplo de ellas lo es la ley que esta blece las normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados. En nuestro Código Penal, en el Título Cuarto, del Libro Primero, se esta- blecen una serie de normas generales relacionadas con la ejecución de las penas; fundamentalmente se manejan los sistemas penitenciarios de-nomina- dos de retención y de condena condicional.

Por lo que toca a los sistemas penitenciarios, siguiendo el esque- ma tradicional, el ordenamiento citado, únicamente señala el carácter-administrativo de la ejecución de las penas al atribuir al ejecutivo - federal la facultad de ejecutar las penas impuestas por los órganos ju- ris- dic- cion- ales, pero según lo establecen los citados preceptos, debard-aj- u- jar- se a los términos de la sentencia y a las condiciones materia-les con que cuenta el Estado para su aplicación; señalando además, que corresponden al ejecutivo determinar el procedimiento que de manera -- más viable logra la corrección, educación y adaptación social del de-lin- cu- en- te. Complementa este señalamiento enumerando una serie de facto- res que deberá tomar en cuenta el ejecutivo para la aplicación de al-gún sistema penitenciario, es decir, las consideradas dentro del artí-culo 24 del Código Penal y que se requirieran para su cumplimiento del -

establecimiento de una serie de centros e instituciones para su cumplimiento. éstos son la prisión, tratamiento en semi-libertad, interna--- miento de inimputables o de quienes tengan hábito de consumir estupéfa--- cientes y el confinamiento. Estas penas privan al sentenciado de su li--- bertad ambulatoria, reclusándolo en establecimientos carcelarios o mé--- dicos, para que purgue su pena y reciba un tratamiento para su regeneración.

Es preciso no confundir las penas que privan al individuo de su - libertad con las restricciones de la misma, pues aún cuando ambas afec--- tan el mismo bien jurídico, las primeras lo restringen al máximo, some--- tiendo al sentenciado a una disciplina y tratamiento regeneratorio, --- mientras que en el segundo, el penado conserva su libertad, que sólo - sufre restricciones. A esta penas se les ha llamado también " penas de --- tentativas ", esta denominación reviste mayor exactitud que la expresi--- ón " penas privativas de la libertad " y alude concretamente a los - resgos especiales de estas penas, que también sirve para diferenciar--- los de las restricciones de libertad.

El papel preponderante que ocupan dichas penas en las legislacio--- nes contemporáneas tiene su razón de ser. Esto se debe a que en ella - se contemplan con singular eficacia los diversos fines que se le asig--- nan a la pena. Como instrumento de defensa social, permiten la elimina--- ción, de la comunidad, de aquellos individuos frente a los cuales re--- sulta ineficaz todo tratamiento correctivo, privándolos de su libertad por tiempo indeterminado. Para algunos autores este tipo de sanciones--- aupa con ventaja a la muerte, porque tiene idéntico poder y mayor efi

encia intimidatoria. Sin embargo, es de todos conocido que también es - en la mayoría de las veces una forma de instruir a los delinquentes.

Desde el punto de vista regenerativo de nuestra legislación, la individualización ejecutiva según el artículo 78 del Código Penal, el ejecutivo deberá establecer un sistema basado en cuatro puntos fundamentelmente: la clasificación de los penados de acuerdo a sus tendencias criminales y sus circunstancias personales, una individualización del tratamiento aplicado al delincuente, y como consecuencia de ello, en lo individual combatir los factores que lo obligaron a delinquir y desarrollar los medios necesarios para eliminarlos y por último preparar al delinquente para su libertad y así lograr subvenir con su trabajo sus necesidades.

Por otra parte, dentro del capítulo de ejecución de sentencias se contempla a la condena condicional, como uno de los medios más importantes de efectuar la individualización ejecutiva de la pena. La libertad condicional tal y como se encuentra actualmente legislada en la mayoría de los países es una forma de cumplir las sanciones penales privativas de la libertad, ya que por la misma se permite al condenado que ha dado muestras de readaptación social el goce de su libertad bajo determinadas condiciones. De acuerdo al sistema adoptado por nuestro Código Penal, la condena de ejecución condicional es una institución en virtud de la cual, en los casos en que se condena por primera vez a una persona, a una condena de prisión que no exceda de dos años, y existiendo motivo fundado en la personalidad moral del condenado, la naturaleza del delito y las circunstancias que lo han rodeado, el juez puede dejar en

suspense el cumplimiento de la pena impuesta. Este es un medio de evitar las penas privativas de la libertad de corta duración, evitando -- que el sentenciado en su breve permanencia en la cárcel pudiera corromperse aún más, y perder el temor al encierro. También se fundamenta la condena de ejecución condicional en que para los delincuentes primarios que cometen un delito de escasa gravedad basta, la seria advertencia que implica la ejecución de la pena, para evitar que el condenado vuelva a delinquir. Es una forma de evitar la ejecución de penas cuyo cumplimiento resulta innecesario. Permite, así mismo, descongestionar las cárceles, evitando que ingresen a ellas los individuos honestos -- que ocasionalmente delinquen.

Dentro de los requisitos establecidos por nuestro Código Penal -- para su otorgamiento, es necesario: a) que se trate de la primera vez que se le condena por delito intencional y que evidencie buena conducta positiva antes y después del hecho punible, b) que la condena sea a pena privativa de la libertad, que no exceda de dos años; c) que la -- personalidad moral del condenado haga presumir que la simple amenaza de ejecutar la pena es suficientemente atendible para evitar que vuelva a delinquir; y que se satisfaga el daño causado de acuerdo a la -- fracción III, del artículo 30 -- otorga caución para satisfacerla. Los elementos anteriores son señalados dentro de la fracción I, del artículo 90 en comento, y estos requisitos citados, deberán ser verificados de oficio por el órgano jurisdiccional a fin de que en el caso concreto el penado goce de ese beneficio. Y en su oportunidad la fracción X, del mencionado precepto otorga al sentenciado la posibilidad de promover la concesión de la misma, mediante el incidente respectivo ante el juez de la causa.

El mismo dispositivo en su fracción II, también establece al sentenciado la obligación de satisfacer ciertos requisitos de carácter económico y personal entre los que se cuentan: 1) garantizar económicamente su sujeción a la autoridad cuando sea requerido; 2) obligarse a residir en determinado lugar y en caso de necesidad solicitar permiso a la autoridad correspondiente; 3) evitar cualquier sustancia que produzca la inconciencia, a menos que se utilicen por prescripción médica; 4) reparar el daño causado. Como se puede apreciar los requisitos no parecen muy difíciles de satisfacer, sin embargo, en materia económica representa un escollo para la gente de bajos recursos, ya que la simple reparación del daño involucra un gran desgaste de recursos no sólo para el procesado sino para toda la familia del mismo.

Entre otras disposiciones el artículo 90 del Código Penal establece que la suspensión de la pena comprende no sólo la pena de prisión, sino también la multa y para el caso de que existieran más sanciones éstas se resolverán de manera discrecional por el órgano jurisdiccional de acuerdo a las circunstancias del caso. Además se establece que la persona beneficiada por esta institución quedará sujeta al cuidado y vigilancia de la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social. Establece igualmente un plazo de tres años para la extinción de la sanción fijada, misma que no podrá ser modificada más que por la existencia de un nuevo proceso por delito intencional que concluya con sentencia condenatoria, en cuyo caso se harán efectivas ambas condenas, debiendo tomarse como reincidente para efectos de la segunda.

De lo anterior, podemos establecer que la individualización ejecutiva adquiere una gran importancia en nuestro tiempo al buscar que el su je to al cual se impone una pena, reconozca en la misma la expiación de la transgresión de una norma, del ataque a un objeto protegido por la so ci dad y no un atentado a su integridad personal que lo convierte en un en em igo de la sociedad. Es por ésto que debemos ante todo seguir enfocan do la ejecución de las penas dentro de un marco en el cual se observe al hombre que la sufre . eliminando de cualquier manera la característica - af lic tiva de la misma y convirtiendola en un camino a la recuperación so ci al de la persona humana sancionada.

D) La individualización en el concurso de delitos

Como punto de partida recordemos de manera general la noción del concurso de delitos; esta situación se presenta cuando en una ocasión - un mismo sujeto infringe varias normas penales; y se le denomina concurso, porque en la misma concurren varias autorías delictivas. (65)

Desde un punto de vista teórico, se le ha dividido en clases; la ideal, si con una sola actuación se infringen varias disposiciones penales y se producen diversas lesiones jurídicas(artículo 18).

El concurso ideal también se le conoce como acumulación formal o - ideal. Por otra parte puede presentarse una pluralidad de resultados derivados de una pluralidad de acciones, entonces se estará en presencia de delitos diversos que dan lugar al concurso real o material.

Por lo que toca a las sanciones penales, cabe denotar que los tratadistas han señalado tres regímenes que se han ensayado para los casos de concurso:

1.- El de acumulación material, en que se suman todas las sanciones correspondientes a las infracciones de que se juzgan;

2.- El de la absorción material que sólo impone la pena del delito mayor; y

(65) Castellanos Tena, Fernando, Lineamientos elementales de derecho penal, México, Ed. Porrúa, 1977, pág. 295 y 296.

3.- El llamado de acumulación jurídica, que desecha como grosero y poco justificado el que trata a quien ha cometido varias infracciones iguales que a quien sólo es responsable de una de ellas, pretendiendo conciliar, los hechos objetivos con su significado; en cuanto a la responsabilidad y peligrosidad, se propone imponer la pena del delito mayor, pero agravada en los términos que mejor correspondan a la personalidad del acusado. (66)

Este último sistema es el que se establece en el Código Penal vigente, el cual señala en su artículo 64, que en caso de concurso ideal, se aplicará la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual se podrá aumentar hasta en una mitad más del máximo de duración, sin que pueda exceder de las máximas señaladas en el título segundo del libro primero.

En caso de concurso real, se impondrá la pena correspondiente al delito que merezca la mayor, la cual podrá aumentarse hasta la suma de las penas correspondientes por cada uno de los demás delitos, sin embargo dichas penas no podrán exceder de los máximos señalados en el título segundo del libro primero (es decir la penalidad establecida para cada tipo penal).

Debe señalarse que actualmente se ha eliminado de nuestro código la confusión del concurso de delitos con la acumulación. Dado que el mencionado artículo 64, en un tercer párrafo específicamente se refiere a

(66) Villalobos, Ignacio, Derecho penal mexicano, México, Ed. Porrúa, 1975, págs. 511 y 512.

la penalidad del delito continuado, en el cual se aumentará hasta una tercera parte de la pena correspondiente al delito cometido.

A mi parecer, resulta acertado el criterio establecido para la individualización de la pena en el concurso de delitos, ya sea ideal o real, ya que la búsqueda de una adecuada sanción al infractor no debe buscar una imperdedadera huella en la persona del delincuente, sino -- más bien, el resarcimiento del daño causado a la sociedad y que se purga a través de una pena y no de una venganza de carácter público.

Conclusiones

- 1.- En los primeros tiempos de la historia de la humanidad no existía propiamente una justicia penal que determinara lo que constituía un delito, por lo que el afectado por una conducta delictiva aplicaba el castigo a su criterio.
- 2.- Con el nacimiento de la formación socio-política que representa al Estado primitivo, a través de las justificaciones religiosas, los gobernantes se atribuyen las facultades de perseguir y castigar a los transgresores de las normas sociales, por lo menos en la mayoría de los casos.
- 3.- En la etapa anteriormente señalada, cuando el presentarse la autonomía del Estado frente al poder religioso; este adopta para sí todas las atribuciones sobre la persecución de los delitos y la aplicación de las penas, creando de esta manera el derecho penal.
- 4.- Sin embargo en un principio esa facultad es arbitraria y carece de puntos de referencia para la persecución de los delitos y la imposición de las penas, cometiendo un gran número de arbitrariedades.
- 5.- Sin embargo, el resurgimiento del humanismo, sentó las bases de la legalización de los delitos y de las penas, regulando la actuación de los encargados de aplicarlas.
- 6.- Con posterioridad el delito se considera como una conducta anormal

que debe ser estudiada y tratada de acuerdo a las circunstancias que se presentan y la pena se constituye en el remedio para controlarla.

7.- La pena siempre a significado la aflicción del sentenciado por -- la violación de la norma y generalmente también incluía el padecimiento físico y moral del individuo. De esta manera se crearon toda clase de penas tendientes a causar en el sujeto un daño tanto en lo moral, -- económico y social.

8.- En la actualidad se plantea que además de las penas existen las -- llamadas medidas de seguridad, de internación que no puede considerarse adecuada, en virtud de que la medida de seguridad constituiría por su propia naturaleza una intromisión del Estado en la vida privada de -- los individuos, dado que se presta a que cualquier sujeto, que de manera subjetiva pudiera considerar peligroso desde el punto de vista -- penal, podría ser sujeto a un proceso a efecto de demostrar tal circunstancia; más sin embargo, desde el punto de vista de la legislación penal, la medida de seguridad sólo es un medio o elemento subjetivo para el juzgador a efecto de que éste determine la peligrosidad -- social del delincuente y determine el tipo de pena que deberá aplicarse.

9.- Los elementos que integran la pena desde un punto de vista jurídico, están constituidos por la clase de delitos cometidos y por la personalidad del delincuente; el primero de ellos constituye la responsabilidad del sentenciado en relación con el tipo penal, el segundo un elemento subjetivo que el órgano jurisdiccional deberá de tomar en -- cuenta en el caso concreto a efecto de que la pena cumpla un fin ree-

ducador y no constituye propiamente un daño para el sujeto que la sufre.

10.- A mi criterio, si bien es cierto que la pena constituye un elemento importante de lucha contra el delito, resulta claro que dada la naturaleza de las mismas, sólo su carácter intimidatorio permite apreciar sus bondades, sin embargo, la mayoría de las veces la pena ha perdido su eficacia en relación con la personalidad del delincuente, pues cuanto más amenazante es la sanción que se pretende, la misma ya no causa los mismos efectos en el sujeto. Es por ésto que aún cuando parezca utópico, resulta importante que en el futuro, el elemento personalidad del delincuente se analice más profundamente a efecto de determinar la naturaleza de la pena que en base al sujeto recuite más adecuada, sin que por ello se llegue a extremos inhumanos y crueles, sino simplemente buscar en el caso particular aquello que en el sujeto representa la manera de encontrar un verdadero sufrimiento por la violación a la norma jurídica y lo haga reconocer sus errores. Por otra parte resulta a todas luces necesario la necesidad de sustituir el sistema de los mínimos y máximos contenidos en nuestra legislación y sustituirlos por la efectividad de un verdadero tratamiento de índole socializador, en el que no se cuantifique la pena, presuponiendo las bondades de la misma, sino que se tenga la seguridad de su efectividad; ya que de esta manera se elimina el origen del delito y no existe propiamente la posibilidad de la reincidencia del sujeto en el mismo.

Bibliografía

Acero, Julio,

Procedimiento penal,

México, Ed. José M. Cajica Jr. 6a. edición, 1968.

Alcalá-Zamora, Niceto y Levans, (hijo)

Derecho procesal penal,

Ed. Guillermo Kraf Ltda, Buenos Aires, 1945.

Arilla Bés, Fernando,

El procedimiento penal en México,

Editores Mexicanos Unidos, S.A., 4a. edición, México 1973

Borja Osorno, Guillermo,

Derecho procesal penal mexicano,

Ed. José M. Cajica Jr. S.A. 4a. edición, México, 1973.

Briseño Sierra, Humberto,

El enjuiciamiento penal mexicano

Ed. Trillas, reimpresión 1982.

Colín Sánchez, Guillermo,

Derecho mexicano de procedimientos penales

Ed. Porrúa, México 1978, 2a. edición.

De Pino, Rafael, Diccionario de derecho

Ed. Porrúa, México, 1965.

Franco Sodi, Carlos,
El procedimiento penal mexicano
Ed. Porrúa, 3a. edición, México 1946.

García Romiréz, Sergio,
Cursos de derecho procesal penal
Ed. Porrúa, México, 1986.

Gómez Lara, Cipriano,
Teoría General del proceso
Textos Universitarios, Dirección General de Publicaciones
México, 1986.

González Bustamante, Juan José,
Principios de derecho procesal penal
Ed. Porrúa, 5a. edición, México 1971.

Pallares, Eduardo,
Prontuario de procedimientos penales
Ed. Porrúa, México 1971.

Rivera Silva, Manuel,
El procedimiento penal
Ed. Porrúa, 14a. edición 1984.

Rocco, Alfredo,
La sentencia civil,
Ed. Stylo, México, 1967.

Victoria Adato de Ibarra y Sergio García Ramírez,
Prontuario del proceso penal mexicano,
Ed. Porrúa, México, 1988.

Villalobos, Ignacio,
Derecho penal mexicano,
Ed. Porrúa, México 1975.

Código Penal; para el Distrito Federal en materia del fuero común y
para toda la república en materia del fuero federal.

Ed. Alca, México, 1990.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Ed. Porrúa, México, 1990.