

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE
MÉXICO**

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

CAMPUS ARAGÓN



**“INCAPACIDAD INTIMIDANTE DE LAS PENAS
PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD, CAUSAS”**

**T E S I S P O R
I N V E S T I G A C I Ó N**

**QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

JULIO CESAR RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

ASESOR:

LIC. SERGIO ROSAS ROMERO

MÉXICO

2002

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios.

Por permitirme llegar hasta estos
momentos tan importantes en mi vida.

A mi Madre y a mi Padre.

Porque gracias a ellos, por su cariño,
comprensión y dedicación he llegado a
culminar esta gran meta.

A mi Alma Mater

Ya que en sus aulas quedo parte de mi
formación, gracias cada uno de mis maestros,
ya que ellos son la base de mi formación.

A mis hermanos.

Olivia, Socorro, Ivonne, Carlos y
Raymundo, gracias por el apoyo
brindado, contribuyendo cada uno con
su granito de arena.

A mis demás familiares y amigos.

**Por brindarme su apoyo incondicional
tanto en los momentos buenos y malos.**

A mi asesor.

**Ya que me dio la oportunidad de estar
en su grupo de investigadores y así
poder dar este gran paso que es la
elaboración del presente trabajo.**

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo lleva por título "Incapacidad Intimidante de las penas privativas de la libertad, causas" el cual tratará de abarcar lo referente a la historia de las penas y en especial a las penas privativas de la libertad, englobadas desde sus antecedentes más remotos. Es decir, desde que hay más de dos individuos sobre la faz de la tierra, que es donde se puede tomar como punto de partida, pasando por las diversas tribus, clanes y pueblos que existieron, y así sucesivamente, hasta llegar a la época moderna, pero sin olvidar la historia de México, de la que igualmente se tratará.

Se dará también, un panorama de las diversas teorías que han dado los autores en lo referente a los conceptos de pena, delito, y delincuente; a los que aquí se va a atribuir especial importancia, ya que como se observará en el presente trabajo: la mayoría de los autores que tratan estos temas, solamente lo hacen en el aspecto de penas y delito. Pero muy pocos, o nos atrevemos a decir, que casi ninguno, trata de estos tres aspectos.

De ahí se tratarán las diversas teorías que han existido en lo referente a las penas --y por consiguiente de sus principales autores--, tratando de señalar las que se apegan más al presente trabajo, para poder dar una mejor explicación y acreditar lo que es el objetivo principal: demostrar si es intimidante la pena privativa de la libertad.

Y, por último, se describirá cómo son reguladas las penas en las diversas legislaciones que actualmente rigen la vida jurídica en nuestro país. No olvidando, tratar de demostrar si en la actualidad es intimidante la pena privativa de la libertad, enfocándonos netamente en aspectos jurídicos.

El presente trabajo surge de la inquietud de que en la actualidad --a nuestra consideración-- las penas ya no cumplen sus funciones primordiales. Porque, tenemos por un lado: la readaptación del delincuente por medio de su aplicación; y

por el otro, una función preventiva, tomando como base una cierta capacidad intimidatoria. Esto último, se constituye como el punto medular de nuestra propuesta.

También, tratamos de hacer una reflexión en las materias de derecho Penal o, Criminología, donde se debate más a fondo el problema de la pena privativa de la libertad, y se señala la gravedad que representa la delincuencia en nuestros días. Pues se piensa que teniendo una verdadera conciencia de este tema se podrá aminorar la delincuencia.

Al final, se tratará de demostrar lo referente a las causas por las que en la actualidad ya no resulta intimidante la pena privativa de la libertad, pero desde un aspecto netamente jurídico.

INDICE.

INCAPACIDAD INTIMIDANTE DE LAS PENAS PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD, CAUSAS.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.	ANTECEDENTES DE LAS PENAS.....	1
1.1	EN LA ANTIGÜEDAD.....	1
1.2	EPOCA DE LAS LUCES.....	9
1.3	ANTIGUO ORIENTE.....	12
1.4	CÓDIGO DE HAMMURABI.....	13
1.5	PUEBLO DE ISRAEL.....	14
1.6	PUEBLO DE EGIPTO.....	15
1.7	PUEBLO DE CHINA.....	16
1.8	PUEBLO DE LA INDIA.....	16
1.9	PUEBLO DE GRECIA.....	18
1.10	DERECHO ROMANO.....	21
1.11	DERECHO GERMANO.....	28
1.12	DERECHO CANÓNICO.....	30
1.13	ANTECEDENTES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD	40
1.14	EN ROMA	43
1.15	EN LA EDAD MEDIA	44
1.16	EN EL DERECHO PRECORTESIANO.....	51
1.16.1	DERECHO AZTECA.....	51
1.16.2	DERECHO MAYA.....	55
1.17	LA COLONIA.....	59
1.18	EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.....	65

CAPITULO SEGUNDO. DIVERSOS CONCEPTOS.

2.1	CONCEPTO DE DELITO.....	68
2.2	CONCEPTO DE DELINCUENTE.....	79

2.3	CONCEPTO DE PENA.....	89
2.3.1	CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.....	95
2.3.2	FINES DE LAS PENAS.....	104
2.3.3	ELEMENTOS DE LA PENA.....	119
2.3.4	CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS.....	126
2.3.5	FUNCIONES DE LAS PENAS.....	133
2.3.6	TIPOS DE PENAS.....	140
2.4	CONCEPTO DE PRISIÓN.....	146
2.5	CONCEPTO DE EJECUCIÓN.....	162
2.6	CONCEPTO DE PUNIBILIDAD.....	181
2.7	FUNCIONES DE LAS PENAS.....	184

CAPÍTULO TERCERO. DIVERSAS TEORÍAS SOBRE LA PENA

3.1	ESCUELA CLASICA.....	185
3.2	ESCUELA POSITIVA.....	198
3.3	ESCUELA ECLÉCTICA.....	215
3.4	TEORÍA ABSOLUTA.....	220
3.5	TEORIA RELATIVA.....	228
3.6	TEORIA MIXTA.....	242
3.7	TEORIA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.....	246
3.8	TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.....	252

CAPÍTULO CUARTO.- REGULACIÓN DE LAS PENAS EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.

4.1	REGULACIÓN DE LAS PENAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.....	265
4.2	LAS DIVERSAS PENAS CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	278
4.3	COMO REGLAMENTA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN LA LEY DE EJECUCION DE SANCIONES PARA EL DISTRITO FEDERAL.....	293

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

4.4 DE LA REGULACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LEGISLACIONES SECUNDARIAS.....	303
4.5 COMO SE REGLAMENTA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN LA LEY DE NORMAS MÍNIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL.....	312
4.6 LA DEFICIENCIA DE LA PENA EN CUANTO A SU INTIMIDACIÓN.....	314
CONCLUSIONES.....	329
PROPUESTAS.....	343
BIBLIOGRAFÍA.....	346

CAPÍTULO I.
ANTECEDENTES HISTÓRICOS.
1. ANTECEDENTES DE LAS PENAS.
1.1 EN LA ANTIGÜEDAD.

Se puede decir que la historia de la humanidad es en realidad la historia de la crueldad y de la deshumanización de los seres humanos.

En muchos casos el derecho penal que se aplicó en los tiempos antiguos fue un derecho consuetudinario o establecido por las sentencias de los tribunales, y por desgracia muchas de aquellas costumbres han desaparecido sin dejar huella alguna. Así, antes de empezar el estudio de las penas que fueron implantadas desde tiempos muy remotos hasta la actualidad, es preciso saber que el derecho legislado no puede tomarse como expresión fiel de que efectivamente estuvo en vigor.

"Todos los antecedentes históricos señalan que las sanciones iban directamente a la inutilización o la eliminación del delincuente. Por ello las penas eran corporales y en forma gradual desembocaban en la pena de muerte. Fuera de ellas existían otras que eran de tipo patrimonial. Todo ello ocurría en la Antigüedad o en la Edad Media"¹

"El estudio de la función represiva a través de la historia muestra que el derecho penal ha revestido diversos fundamentos en los distintos tiempos. Los historiadores de esta ciencia suelen afirmar que hasta el presente momento pueden observarse cuatro periodos en su transformación: el de la venganza privada, de la venganza divina, de la venganza pública y el período humanitario. En cada una de ellos aparece predominantemente el principio que le da nombre."²

¹ MARCÓ DEL PONT, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios. Edit. Depalma. 1982. Págs. 34 y 35.

² CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Edit. Bostich, Barcelona, España. 1935. Pág. 53.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Empezaremos por hablar de los antecedentes históricos de las penas en la antigüedad que tienen su origen en su aspecto mágico, religioso, y que va relacionado a la venganza privada.

Parece hoy suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la sociología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva.

Del pensamiento mágico contradictorio, tótem y tabú, van a derivarse toda clase de formas retributivas: el hechizo, que consiste en ejecutar un acto para que se produzca el resultado que se ansía (como pintar el animal que quiere cazarse), y el aspecto negativo del tabú, que estriba en acarrear desgracias si se realiza la actividad prohibida.

Aquella serie de prohibiciones, a las que, con una palabra polinesia se llama ahora tabú o tapú, tiene un origen mágico y religioso, y significa el principio de la retribución en vida. Eldson Best dice que tapú entre los maories, significa la prohibición, una multiplicación del "No harás". No es incorrecto llamar a esas prohibiciones: las leyes de los dioses que no deben ser infringidas.

La penalidad por la desobediencia de esos mandatos tácitos, es el retiro del poder protector de la divinidad. Busquemos ahora la causa y origen de ese temor a los dioses y al terrible tapú al que dan el poder. Esas causas pueden expresarse brevemente: era el hecho de que las ofensas contra los dioses se castigaban en este mundo, no en el porvenir de los espíritus.

Esta consideración retributiva actual, en este mundo y no en el otro, descubre el paso del tabú religioso y mágico, a las prohibiciones civiles, que se realizan

paulatinamente, no sin que al comienzo se confunda al mandato divino y el estatuto de los hombres.

Del carácter social de las penas primitivas se pueden entresacar las siguientes consideraciones:

- La primitiva reacción es eminentemente colectiva, pues como se anotó líneas más arriba, aún no existía la conciencia del yo. Ese carácter colectivo se percibe hasta en la forma de ejecución: lapidar es una de las formas más antiguas y características de manifestar la reacción punitiva, ejercida colectivamente.

Lo anterior se puede corroborar en nuestros días, por ejemplo, cuando un choque emocional nos retrotrae a los tiempos mentales prelógicos, cuando la personalidad cortical nos abandona y deja su imperio al yo arcaico, el hombre reacciona colectivamente contra el agresor de la norma, como acontece en los casos de la llamada Ley de Lynch.

- La reacción social de que hablamos es en su origen eminentemente religiosa y sólo de modo paulatino se hace civil.
- El íntimo e indisoluble vínculo entre violación del tabú y la retribución pervive en las formas civiles de aquél, y por tanto pasa a la penalidad primitiva.
- Del carácter social y la responsabilidad objetiva, se deduce que la reacción retributiva contra el autor del maleficio o daño, podía ser ejercitada por cualquiera que perteneciera al mismo tótem. Es muy difícil diferenciar la penalidad protohistórica, de la guerra de tribu a tribu, por un acto individual contra un miembro de un grupo. Hecho lo anterior, pasaremos a lo que se conoce como la privación de la paz y la venganza de la sangre, que eran

dos fenómenos que se daban en las tribus que convivían en un mismo territorio, unidas por vínculos de sangre. En el que por tal circunstancia se cambiaba la forma de la reacción social, y en que desde ese momento surgían dos géneros de penas punitivas:

- El castigo de un miembro de la tribu, que en el interior de la misma ha cometido una infracción contra ésta o alguno de sus miembros.

- Castigo del individuo no perteneciente a la tribu, que ha perturbado la actividad o la voluntad de aquélla o de uno o varios de sus miembros.

Como óbice a lo anterior, se puede decir que, en el primer caso, la pena se presenta como expulsión de la comunidad de paz, constituida por la tribu; eliminación que pierde ya el primitivo carácter sagrado para convertirse en privación de la paz o persecución.

Y, en el segundo caso, aparece como un combate contra el extranjero y contra su *gens*, como una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de las partes contendientes.

Como se puede apuntar, nada es seguro acerca del principio que inspiraba la penalidad en los tiempos remotos. Por regla general afirmaban algunos penalistas que en los primeros grupos humanos, cuando el poder público no poseía aún el viejo vigor necesario para imponerse a los particulares, la función penal revestía el aspecto de una venganza.

"Por lo tanto la pena primitiva en lo que respecta a la venganza privada comenzó por la venganza que tomaba el ofendido o su familia contra el ofensor o contra la familia de éste, hay quienes sostienen como Steinmetz, que en cierto período, en el primitivo, la víctima del delito reaccionaba ciegamente contra la primera persona o cosa que se hallaba a su alcance. Si realmente fue esta la primera forma de

aparición de la pena, hay que convenir en que la venganza privada representa ya un progreso, pues el mal contenido en la venganza se dirige solamente contra el ofensor o contra sus solidarios.

Los miembros de la familia de la víctima eran solidarios del ofendido, los miembros de la familia del agresor eran solidarios de éste, de tal solidaridad se originaron grandes guerras privadas, que causaron la extinción de numerosas familias.³

Pero esta venganza, ya sea la individual, esto es, la practicada de individuo a individuo, o realizada por un grupo familiar contra otro, no puede considerarse como una forma de reacción penal, pues aquella venganza es puramente personal y la sociedad permanece extraña e indiferente a ella. Solamente cuando la sociedad se pone de parte del vengador, reconoce la legitimidad de su venganza y le ayuda en caso necesario, es cuando puede hablarse de una venganza privada equivalente de la pena.

"La venganza dio origen a graves males, a sangrientas guerras privadas que produjeron el exterminio de numerosas familias. Como los vengadores al ejercitar su derecho no reconocían limitación alguna y causaban al ofensor o a su familia todo el mal posible, para evitar las perniciosas consecuencias de una reacción ilimitada, atenuóse ésta por medio del *Talión*, según el cual no podía devolverse al delincuente un mal mayor que el inferido a su víctima, la fórmula de la ley del *Talión* fue: *Ojo por ojo y diente por diente*".⁴

"El desenvolvimiento alcanza un impulso poderoso por obra del poder del grupo social, fortaleciendo y elevando sobre asociaciones familiares, desligando a la víctima del manejo de la pena para traspasarla al juez imparcial, que somete a la prueba los hechos, libre de prejuicios. Entonces la gravedad de la pena infligida por el grupo social, comienza a graduarse por la gravedad de la lesión jurídica.

³ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Penología*, Edit. Reus, Madrid, España, 1920, Pág. 13.

⁴ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*, Op. cit., Págs. 54 y 55.

La idea eclesiástico-religiosa del *Talión*, cuya fórmula ya se mencionó, da al instinto de venganza una medida y un objeto. El *Talión* no es pena, *Talión* es, según Isidoro, citado por Jiménez Asúa: La similitud en la venganza, a fin de que cada uno padezca totalmente como lo hizo, y puede ser material o simbólico".⁵

Con el transcurso del tiempo apareció otra limitación de la venganza, la *Composición*, mediante la cual el ofensor y su familia rescataban del ofendido y de los suyos, mediante el pago de una cantidad, el derecho de venganza.

El desenvolvimiento posterior de la pena nos muestra con la aceptación de domicilio fijo y el consiguiente relajamiento de la tribu propiamente dicha, la dulcificación de la función aniquiladora dirigida contra el criminal, que originalmente, careciendo de medida y de finalidad, era impetuosa y violentísima.

La expulsión de la comunidad de la paz se atenúa desde entonces, conmutándose por la pena de muerte, las corporales mutiladoras, el destierro temporal o perpetuo y las penas pecuniarias de toda clase. Al perturbador de la paz pública y a los suyos, a pesar de la violación de del derecho, se le otorga la paz lega, al menos en los casos menos graves, mediante una prestación en metálico, de mayor o menor monto, para la comunidad (dinero de paz).

"La enardecida venganza de sangre entre las tribus, se concilia; la reconciliación, basada sobre la reparación en metálico a la tribu ofendida, negociada primero, se convierte después en obligatoria. Así nace el segundo grado en el desenvolvimiento de la pena: el *sistema de descomposición* (del latín *componere*, arreglar, conciliar).

En el derecho germánico se presenta el desenvolvimiento más claro que en el derecho romano. Al principio, la parentela tiene el derecho de aplicar penalidades

⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Estudio del Derecho Penal. Edit Pedagógica Americana; México, 1995. Págs.244 y 245.

o de aceptar cantidad alguna; después de terrible lucha, en las capitulares es el Estado quien tiene la facultad para hacer la liquidación judicial.

No se olvide que, a veces la atrocidad de las penas tenía como fin lograr la composición, como ocurre en los Fueros españoles.⁶

“El periodo llamado de la *venganza divina* aparece en un momento en el que el poder social posee el suficiente vigor para imponer a los individuos normas de conducta. Entonces se consideró como principio inspirador de la represión el aplacamiento de la divinidad ofendida por el delito. Así la función penal se ejercitaba en nombre de Dios, los jueces juzgaban en su nombre, las penas se imponían para que el delincuente expie su delito, se aspiraba a que la divinidad ofendida por el mal del delito deponga su indignación, vuelva a ser propicia y a dispensar su protección al país donde se cometió el crimen. Quizás en ningún pueblo se manifestase ese momento con tanto vigor como en el pueblo hebreo.

En el periodo denominado de la *venganza pública*, la represión penal aspira a mantener la tranquilidad pública, fin que se intenta conseguir mediante el terror y la intimidación que causan la frecuente ejecución de penas. Este es el ciclo en donde las leyes aparecen más severas y crueles, en que se castigan con mayor dureza no sólo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes como los delitos de magia, la demoniomanía, el ateísmo, que se juzgaba con el rigor más inhumano.

Para luchar contra la criminalidad desbordante de aquellos tiempos, el poder social no vaciló en aplicar las penas más crueles: las infamantes; las pecuniarias, impuestas en forma de confiscación; acompañadas por castigos espeluznantes, consistentes en las mutilaciones más dolorosas y de muerte.

⁶ *Ibidem*, p. 244

La pena trascendía a los descendientes del reo, y durante cierto número de generaciones éstos formaban una casta aparentemente casi desprovista de derechos. Ni la tranquilidad de las tumbas se representaba, se desenterraba a los cadáveres y se les procesaba; reinaba en la administración de la justicia la más irritante desigualdad, pues mientras a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal eficaz, para los plebeyos y ciervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan sólo una caricatura de justicia.

"Por último, reinaba la más completa arbitrariedad, los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la Ley, y hasta la de incriminar por analogía hechos no penados como delitos, y de estos poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando. Este es el espíritu dominante en el derecho penal europeo hasta las vísperas de la Revolución Francesa".⁷

Pero realmente la pena sólo es tal, desde que adquiere el rango de la pena pública. Antes sería venganza colectiva, guerras y para algunos, venganza privada. Makarewicz y Saleilles piensan así.

"Franz von Liszt, en su exposición sobre el 'desenvolvimiento histórico del delito y de la pena', resume así las etapas de la justicia punitiva: a) Primera época: Crimen en atentado contra los dioses. Pena, medio de aplicar la cólera divina; b) Segunda época: Crimen es una agresión violenta de una tribu contra otra. Pena, venganza de sangre de tribu a tribu; c) Tercera época: Crimen es trasgresión del orden jurídico establecido por el poder del Estado. Pena, es reacción del Estado contra la voluntad individual opuesta a la suya.

La progresión hacia el derecho penal público se muestra de un modo por demás interesante en Roma, con la lucha entre los *delicta privata* y los *crimina publica*,

⁷ CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal, Op cit, Págs. 65 y 59.

que culminan con la ley de Sila. Pero, más importante, aún, sería seguir en la edad Media española, mediante el examen de los numerosos fueros, la lucha entre el poder público y la actuación familiar ("venganza de sangre" y "composición"), en que se ve el esfuerzo paulatino del Estado para transformar el castigo en una verdadera pena pública, pronunciada por un juez imparcial y no abandonada al apasionamiento de la familia".⁸

Al mismo tiempo que el Estado terminaba, de este modo con las guerras familiares, facilitando la composición, obligaba al culpable a entregarle una cierta suma; mas el Estado que limitaba así la venganza, y regula las composiciones, acaba cohibiéndolas y establece un nuevo sistema represivo: penando él mismo los delitos con penas aflictivas, intimidantes y ejemplares. Cuando ese desarrollo se completa, el Estado aparece en plena posesión del derecho de penar, que por su parte Binding localiza en el momento en que el delincuente no pierde ya la paz por su conducta. Es entonces cuando aparecen propiamente las penas y el derecho subjetivo del Estado a castigar.

1.2 ÉPOCA DE LAS LUCES.

Todo el Derecho Penal, que ha cubierto de sangre y que amadriga en su recóndito seno tanto sadismo, es un espejo donde se reflejan los esfuerzos liberales de la humanidad. La renuncia a la venganza y al sadismo no se cumplen sin haber dejado tremendas cicatrices en el alma humana, revelados hoy por la psicología profunda.

Por otro lado, la Iglesia, en opinión de muchos autores, dio el prior paso contra la penalidad inhumana de los antiguos tiempos. Por regla general inspiró sus preceptos penales en ideas de humanidad y caridad, creando así un sistema penal más suave e inspirado en gran parte en la preocupación de corregir y enmendar a los reos.

⁸ IJcm.

Sin embargo, no faltan autores que, aun admitiendo en principio la mayor humanidad del derecho canónico, creen que no fue tan considerable como pretende y aduce en prueba de su aserto el espíritu vindicativo dominante en algunas de sus penalidades y el derecho de mantener en vigor castigos en contradicción con el espíritu de caridad y amor del Evangelio.

Sea cual fuere el verdadero espíritu y el influjo del derecho canónico en la transformación de la justicia penal, es cierto que las influencias que más hondamente obraron en la humanización del derecho penal son más recientes. Son las nuevas que dominaron el mundo de la inteligencia y las que se les dio el nombre de "iluminismo" y a su tiempo el de "siglo de las Luces".

En esta tarea humanitaria, están indisolublemente unidos los nombres de Hobbes, Spinoza y Locke, que señalaron como uno de los fines de la pena la corrección del delincuente; los de Pufendorf y Wolf, que dominaron en Alemania el racionalismo de Estado, encargado de la justicia criminal, en contra del derecho tradicional, romano y canónico; los de Diderot, d'Alambert, Montesquieu, y sobre todo Voltaire, quienes protestaron en Francia contra la penalidad dominante.

Estos son los nombres de los precursores, pero el autor del resurgimiento de un nuevo derecho penal más racional fue Beccaria, en su libro inmortal titulado *Dei delitti e delle pene*. Ese pequeño libro, cuya notoriedad e influjo sorprendieron a su autor y a sus inspiradores, anatemiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo.

Beccaria, siguiendo a Grocio, proclama que la justicia humana es cosa distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la justicia de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la unidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número. Ese fundamento, esencialmente unitario, debe sin embargo, ser modificado, limitado, completado por ley moral, ya

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

que es un principio fundamental en Beccaria la alianza de la ley penal, o como él la denomina, "política", con la ley moral.

Beccaria pasó revista al derecho penal reinante, censuró acerbamente la pena de muerte, las penas infamantes, la tortura, la talla, el procedimiento inquisitivo, y abogó ardientemente por la atenuación de la penalidad, por la legalidad de penas, por las garantías procesales.

Pero un acontecimiento de honda trascendencia vino a favorecer enormemente este movimiento de reforma, la Revolución Francesa, la cual inspiró en el espíritu del reformador italiano sus códigos penales, el Código de 1791, el de Brumario del año IV, así como el de 1810, que tanto han influido en la formación del derecho penal europeo.

Paralelo al movimiento iniciado por Beccaria, también, surgió otro de gran trascendencia, iniciado por Howard. Pero su esfera de acción no fue tan extensa, pues se limitó al campo de la ejecución de las penas carcelarias.

Ese personaje, en sus numerosas visitas a las prisiones de casi todos los países europeos, tuvo ocasión de apreciar las horribles condiciones en que se hallaban los encarcelados: en calabozos infectos, sin luz, sin aire, sin asistencia material ni moral.

La contemplación de estos horrores, le movió a la publicación de un libro, en el que expuso un sistema completo para el tratamiento de los encarcelados, sistema basado en la reforma moral de los reos, por medio de la religión, del trabajo, la separación individual y de un régimen higiénico y alimenticio, humano. "Tuvo este libro gran resonancia, no sólo en Inglaterra, sino en el continente, se divulgó por muchos países y así preparó la gran reforma penitenciaria, que no se hizo esperar mucho tiempo."⁹

⁹ *Ibidem*, Pág. 58

También, es importante mencionar lo que fue el momento científico --señala Cuello Calón--, derecho penal inspirado en los dogmas de la escuela llamada clásica; más adelante se tocara ese tema. Este originó grandes beneficios: dulcificó y humanizó las penas, abolió la de muerte en algunos países, y en otros redujo los casos de aplicación; hizo desaparecer, casi en todas partes, las penas corporales y las infamantes; levantó nuevas prisiones construidas con preocupaciones higiénicas; veló por la reforma del condenado, organizando un sistema con sentido altamente correccional y llegado el momento de su libertad, le asistió y le vigiló mediante las sociedades y un patronato que creó en todas partes.

Ahora bien, el anterior momento histórico se menciona como mera reseña, dado que el tema principal que nos ocupa es: las penas en la antigüedad. Por lo que a continuación se hablará de las penas que se imponían en el Antiguo Oriente.

1.3 ANTIGÜO ORIENTE.

La historia de los pueblos del Antiguo Oriente muestra el carácter religioso de las primeras reacciones punitivas, el delito es una ofensa a la divinidad, a menudo el castigo consiste en inmolarse a los dioses el factor de la norma, a fin de aplicar su enojo.

La única excepción a este sentido religioso, la encontramos en el más antiguo de los códigos de Oriente, conocido como el Código del rey Hammurabi, quien reinó en Babilonia, aproximadamente 1.800 años antes de la era cristiana. El conocimiento de este cuerpo de leyes se debe especialmente al asiriólogo alemán Winckler, que descifró y tradujo el original babilónico, inscrito en caracteres cuneiformes, al idioma alemán.

1.4 CÓDIGO DE HAMMURABI

Lo más extraordinario de este conjunto de leyes es su liberación de los conceptos religiosos, así como la fina distinción que hace entre los hechos ejecutados voluntariamente y los realizados por imprudencia. La venganza es casi desconocida en este Código; el talión, por el contrario, tenía un enorme desarrollo, llegando a extremos inconcebibles.

Podemos ver nuevamente, que en la antigüedad: lo más común era la figura de la Ley del Tali3n, en la que el ofendido no merecía otro castigo menor que el que haba inferido. Por supuesto, el C3digo de Hammurabi, la m3s antigua legislaci3n de que tiene el hombre conocimiento, no pod3a ser la excepci3n, dado que en sus ordenamientos, la figura jur3dica que reinaba, era la Ley del Tali3n.

Este c3digo, que fue labrado en un gran bloque de diorita, de m3s de dos metros de altura, y en cuya parte superior aparec3a el di3s Sol, se divide en dos partes. La primera parte que trata de la propiedad (represi3n al robo, propiedad inmueble y transacciones comerciales); la segunda, de las personas y regula la familia.

Se caracteriza por su sistema *talional*, as3 como la fina distinc3n que hace entre dolo, culpa y caso fortuito. Entre sus disposiciones establece que, quien comet3a un hurto calamitoso, aprovechando el incendio, era echado a las llamas; la que comet3a adulterio, era arrojada al r3o con las manos atadas; si alguno saca a otro un ojo, pierde el suyo. Si alguno rompe un hueso a otro, r3mpase su hueso, tambi3n. El derecho de Hammurabi se refuerza por ser justo y por solucionar todos los casos, resolvi3ndolo todo, sin t3rminos medios y sin entender de m3viles, ni intenciones que desvirt3en en un sentido o en otro los actos y sus consecuencias: o se tiene raz3n o se tiene culpa. Complemento del derecho la

organización de la administración de la justicia, que se separa de los tiempos, no interviniendo los sacerdotes más que en la prestación del juramento.¹⁰

1.5 PUEBLO DE ISRAEL

También tiene importancia el pueblo de Israel, su derecho penal se hallaba contenido en los cinco primeros libros del Antiguo Testamento, atribuidos a Moisés, llamados Pentateuco, Éxodo, Levítico y Deuteronomio, en los que se hallaban los principales principios penales.

El espíritu de esta legislación está impregnado de un sentido religioso, donde el derecho para castigar, es una delegación del poder divino; el delito, es una ofensa a Dios, cuyo perdón se implora mediante sacrificios expiatorios; la pena es dotada de un sentido expiatorio y es impuesta por mandato de la divinidad, donde su medida es el talión, que como en las anteriores culturas, la fórmula es la misma: "ojo por ojo diente por diente"

Uno de los principales avances que tuvo este pueblo, fue en el Deuteronomio, donde se establecía: "no ha de hacer morir al padre por el crimen del hijo, ni al hijo por el crimen del padre, sino que cada uno perezca por su propio pecado".

Encontrándonos así -en nuestra manera particular de pensar-, con un importantísimo avance: son los primeros antecedentes de la individualización de la pena. Pues resultaba un verdadero crimen -como lo era en otros pueblos- que el hijo tuviera que pagar por algo que él no había hecho, o que el hijo tuviera que pagar por culpa del hijo.

De esta legislación, también se puede resaltar que se establecen delitos contra la religión, como la idolatría, la blasfemia, la hechicería, la falsa profecía, el acceso carnal con cualquier mujer durante la menstruación; y otros delitos que se

¹⁰ RUIÑOSO DÁVILA, Roberto. Historia del derecho penal y nociones de criminología. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, México, Distrito Federal, 1992, Pág. 18.

contemplaban con pena de muerte: la violación a los mandamientos de guardar el sábado y de honrar a los padres; del mismo modo que el Código de Hammurabi, en esta legislación se contemplaban los casos de dolo, culpa, riña y caso fortuito, así mismo, se penaba con muerte el adulterio y el incesto.

1.6 PUEBLO DE EGIPTO

En Egipto, las primitivas leyes penales se hallaban reunidas en los Libros Sagrados. El derecho de castigar era como el de Israel, una declaración hecha por Dios en los sacerdotes; el delito se miraba como una ofensa a la divinidad y la pena aspiraba a aplacar su ira, las penalidades eran muy crueles.

Como se puede ver, el derecho penal de los egipcios era de carácter religioso, y por su puesto, no podía faltar al sistema *talional*, era un pueblo extremadamente cruel en la aplicación de sus penas, y por ende, no tenía respeto a la personalidad humana. El falso testimonio se castigaba con la extirpación de la nariz y las orejas; al espía y al falsificador de algún documento, se les cortaba lengua y mano, respectivamente.

En lo que respecta al pueblo de Egipto, casi no se sabe nada, ya que los monarcas borraban los vestigios de cuanto recordaban a sus antecesores o enemigos; las destrucciones provocadas por guerras, catástrofes naturales, el desgaste natural del tiempo, o la dificultad de interpretar acertadamente expresiones de las viejas lenguas, así como el incendio a la Biblioteca de Alejandría, perpetrado por sacerdotes a las ordenes del califa Omar, en el año 641, terminó con los vestigios más importantes que ahí se encontraban.

La Biblioteca de Alejandría fue fundada en el año 306 antes de J.C. por Tolomeo I Sóter, fundador de la monarquía greco-egipcia y de la dinastía de los Lágidos (rey de Egipto n. En 360 antes de J.C. y m. En 283 antes de J.C.). Contenía

manuscritos griegos, judíos y egipcios. Alejandría alcanzó la cifra de 700.00 volúmenes.

1.7 PUEBLO DE CHINA

*En China, la historia más remota se confunde con las leyendas. En los principios históricos comprobados se conocieron las llamadas cinco penas: el homicidio penado con la muerte, el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies, el estupro con la castración, la estafa con la amputación de la nariz y los delitos menores con la marca en la frente.

Con posterioridad se conocieron penas más crueles, tales como abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, azotes, bastón, distintas formas de pena de muerte, *picamiento* de ojos con hierro candente y, especialmente, la extensión del castigo a la familia del autor. A lo largo de los siglos el sistema se fue haciendo más humano. En el siglo VII d de J.C., se suprimió la extensión de la pena a los parientes, reduciéndose las penas nuevamente a cinco: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes.¹¹

1.8 PUEBLO DE LA INDIA

*En la India, hallamos un Código de extraordinario interés el Código de Manu o Manava Drama Sastra, que se remonta al Siglo XI a de J.C., se le considera como el Código más perfecto del antiguo Oriente, su espíritu es también absolutamente religioso, muchos de sus preceptos ponen en relieve la necesidad de aplicar las penas justamente.¹²

Este Código desconoce completamente al talión y distingue la imprudencia, la negligencia y el caso fortuito. Nos muestra a la pena como una institución eminentemente pública, su emisión es la conservación del orden y de la sociedad.

¹¹ *Ibidem* p. 23

¹² CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho penal. Op cit. Pág. 65.

Tiene carácter progresivo en cuanto a señalar los fines de la pena: expiación, principio de justicia, defensa social, prevención. A su vez, establece la siguiente escala de penas:

- Simple apercibimiento
- Severa reconvención.
- Multa.
- Pena corporal.

En la imposición de las penas debía tomarse en cuenta las circunstancias agravantes del lugar y del momento, las facultades del culpable y el delito. En esta civilización, destaca una especie de expulsión que habla de la casta, impuesta a los brahmanes que cometían algún delito grave, en razón de que a ellos era imposible aplicarles la pena de muerte.

Se castigaba con grandes castigos el homicidio de un brahmán, las injurias, el adulterio, el robo, los hurtos y los atentados al culto. Como es de observarse en este pueblo estuvieron más avanzados que en los anteriores en cuanto a la imposición de penas, pues ellos no consideraban necesario la pena de muerte, solamente aplicaban la expulsión del individuo de la casta a la que pertenecía.

Es de admirarse este pueblo, pues estaba más avanzado culturalmente que los demás pueblos que se han mencionado con anterioridad, pues posiblemente les surtía más efectos y beneficios el expulsar a un miembro de alguna de las castas, que imponerle la pena de muerte a un individuo que cometía algún delito, pues a lo mejor para ellos la solución no estaba en matarlos, simplemente alejarlo de la casta.

1.9 PUEBLO DE GRECIA.

"El derecho penal de Grecia carece de unidad y no puede hablarse propiamente de Derecho Griego, sino del Derecho de Creta, del Derecho de Esparta, y del Derecho de Atenas. En cuanto a las legislaciones, en Esparta encontramos la figura de Licurgo, esta legislación data aproximadamente de la mitad del Siglo IX a de J.C.; la legislación de Atenas no es más conocida que la de Esparta, su legislador más importante fue Dracón, que remonta del Siglo VII antes de Cristo.

Ahora, hablaremos de la primera legislación que nos ocupa: la de Licurgo, que como ya se dijo, data del Siglo IX a de J.C., "la tradición conserva aún algunas particularidades de estas leyes, como la impunidad al hurto de objetos alimenticios realizado diestramente por adolescentes, la *punibilidad* del celibato, la delincuencia consistente en sentir piedad por el propio esclavo."¹³

Ahora bien, Dragón, en Atenas: "dictó leyes que limitaban el derecho de venganza, distinguió entre delitos públicos y privados, o sea los que ofendían a la comunidad y a los que lesionaban intereses meramente individuales".¹⁴

Como es de observarse, esta civilización estuvo muy avanzada, o mejor dicho, muy adelantada, en cuanto a diferenciar entre delitos del orden público y privados, delimitando perfectamente los que afectaban a la comunidad. Pensamos que esto podría ser un precedente de lo que hoy conocemos como delitos de querrela y delitos que se persiguen de oficio. Ya que, los primeros, es decir, los de querrela, son aquellos que atañen a los particulares, sin que afecten la esfera jurídica de los demás miembros de una sociedad, y los segundos, son los que atacan directamente al bienestar de la sociedad, como el homicidio que se considera un delito grave, que por ende, se persigue de oficio.

¹³ *Ibidem*, Pág. 66

¹⁴ RIVERO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y nociones de criminología, Op cit, Pág. 26.

Es de destacar que en "la época legendaria de la historia, en el primer período dominó la venganza privada, que no se detenía en el delincuente, sino que irradiaba a la familia. Luego surge el período religioso, en el que el Estado dicta las penas, pero obra como delegado de Júpiter, el que comete un delito debe purificarse, y religión y patria se identifican.

En la tercera época --la denominada histórica--, la pena se asienta, no sobre un fundamento religioso, sino sobre la base moral y civil. Más es preciso destacar que no se presentan estos períodos con trazos demasiado absurdos: los conceptos nuevos persisten con los antiguos."¹⁵

En cuanto al tercer período, en el que por especulaciones de los filósofos, se comienza a dudar de los dioses, y a discutir sobre la crítica de la ley escrita. Es entonces, cuando la pena se asienta y la razón de Estado domina como soberana, y no sobre fundamentos religiosos, sino sobre un fundamento civil y moral.

"Las leyes penales atenienses, no se inspiraban en absoluto en las ideas religiosas, y en ellas se afirmaba y predominaba el concepto de Estado. La pena tenía su fundamento en la venganza y en intimidación, y los delitos se distinguían según lesionasen los derechos de todos o un derecho individual. El catálogo de delitos no era cerrado y los jueces podían castigar también los hechos no previstos en la ley, atendiendo a la equidad. Lo cierto es, que se acabó con las penas inhumanas que estaban en vigor en todo el viejo oriente, y llegaron a no diferenciarse según la calidad de la persona. Más este proceso sólo se logró con Solón, que comenzó por abolir todas las leyes draconianas, salvo las que se referían al homicidio, porque eran excesivamente severas en el castigo."¹⁶

Ahora bien. "Solón, nació en Atenas en 639 a de J.C., y murió en Chipre en 559 a de J.C. Decretó una cancelación general de deudas; los ciudadanos que habían caído en servidumbre por sus deudas fueron puestos en libertad. El culpable de

¹⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Estudio del Derecho Penal. Op.cit. P 275.

¹⁶ Ibídem, Pág. 276.

violación, debía de morir o casarse con aquella a la que había ultrajado. Castigábase el adulterio con pena de muerte si no se llegaba a un arreglo por dinero con el marido ultrajado, quien podía además vender a la pecadora. El marido estaba autorizado para dar muerte al adúltero si lo sorprendía en el acto del delito¹⁷

Como se reitera una vez más, Solón abolió algunas penas que eran consecuencia de delitos leves y que se castigaban con la pena de muerte, sin embargo, fue certero en dejar vigente para esas épocas las penas como la de muerte a delitos que por su naturaleza y gravedad la merecían.

Como ya se mencionó, "cuatro Siglos antes de Cristo, en Atenas se presentaban delitos que infligían penas no previstas en sus leyes, cuando el misonelismo reclamaba seguridad para los regimenes caducos o los viejos métodos. Los más grandes tributos, los más célebres oradores y los estrategas nuevos estaban expuestos a sufrir la muerte por audacia.

El más sonado de estos casos es el proceso de Sócrates, condenado a beber la cicuta (Planta umbelífera venenosa. // Veneno extraído de ella), que ha resumido elegantemente Francisco La plaza, siguiendo el estudio de Max Alsberg. Pero no fue el único; a Protágoras se le desterró por poner en duda la existencia de los dioses. y Anaxágoras sufrió el destierro y una multa de cinco talentos por haberse atrevido a afirmar que el sol era una piedra incandescente.

En año 399 a de J.C., los sofistas, ante los ataques de Sócrates, lograron su condena y promovieron contra él una acusación criminal, basándose en datos fidedignos que, reconstruida, decía así: "Ha obrado contra las leyes, sin creer en los dioses del Estado y, por añadidura, introduciendo cosas nuevas y demoníacas; ha obrado también contra las leyes corrompiendo a la juventud". La acusación contra Sócrates fue sostenida por tres ciudadanos llamados Melito, Anito y Licón,

¹⁷ RINOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y nociones de criminología. Op cit. Pág. 27.

como refiere Platón en su "apología". Cada uno de ellos representaba a distintas clases sociales: Melito, a los poetas y literatos; Anito, a los artesanos, y Licón, a los retóricos y a los políticos. Las facciones y las clases poderosas hacían las veces de la opinión pública y gravitaban sobre los jueces a través de sus voceros.¹⁸

Es de destacar, que algunos, aportaron grandes avances a la ciencia, con sus ideas y estudios, como los filósofos Sócrates y Platón, entre otros; en aquella época, pleno auge de Grecia, vemos que estos personajes fueron severamente criticados, y más que eso, se les dio muerte por pensar y escribir como lo hicieron, ya que en muchas ocasiones, por poner en duda las creencias religiosas los tachaban de herejes.

1.10 DERECHO ROMANO.

Empezaremos por decir: "el Derecho romano, es una formación milenaria: desde el año 753 a de J.C., en que se funda roma, hasta el 553 de la era cristiana, que culmina en los últimos textos del Emperador Justiniano. Esos mil trescientos años han sido divididos conforme a la estructura político-social del país en tres grandes épocas: la Monarquía, hasta el año 510 a de J.C.; la república, que abarca cinco Siglos, hasta el año 31 a de J.C., y el Imperio, que poco más o menos comprende el mismo número de centurias que la etapa republicana y que termina el año 553 después de Cristo".¹⁹

"En los orígenes del derecho penal romano aparecen, como en las legislaciones de otros pueblos: huellas de la venganza, del talión, de la composición, de la pena sacral y religiosa, hasta llegar a la pena pública, impuesta por la predominante finalidad de llegar a la tranquilidad pública. Este derecho distinguía los *crimina publica*, que violaba intereses colectivos, de los *delicta privata*, que solamente lesionaba el derecho de los particulares. En estos, la pena tendía a la satisfacción

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Estudio del Derecho Penal. Op cit, Pág. 278.

¹⁹ Ibidem, Pág. 280.

de la víctima del delito y a la reparación del daño, causado, en aquellos ora la intimidación, ora a la enmienda, ora a la expiación, pero encaminados a un fin último y supremo: la defensa de la sociedad.²⁰

Podemos decir, que el derecho penal romano no llegó a alcanzar la elevación, ni el nivel de su derecho civil. Las causas de este menor desarrollo se deben buscar en la distinción de delitos públicos y privados, a consecuencia de lo cual, estos que eran verdaderos delitos, eran regulados como meras injusticias de derecho civil.

Siguiendo el mismo orden de ideas, la más destacada característica del primitivo derecho penal romano es, como ya se dijo, el carácter público con que se considera el delito y la pena: el primero era violación a las leyes públicas; la segunda fue reacción pública contra el delito.

*En dos conceptos de delito se agrupan los crímenes justiciables contra los bienes jurídicos de la comunidad y de los particulares: *preduellio* y *parricidium*. El primero, o sea la guerra mala, perversa, contra la propia patria, que hoy se denomina traición, y es el punto de partida para los delitos políticos; y el *parricidium*, es decir, la muerte del jefe de la familia, del pater.

Además del *preduellio* y el *parricidium*, se hallaban penados con penas públicas: el incendio, el falso testimonio, el cohecho del juez, la difamación, las reuniones nocturnas y la hechicería.

Caida la Monarquía, cambia en la historia jurídica del primer período de la república la ley de las XII tablas (433-451 a de J.C.), que junto a normas de diversa naturaleza, contiene muchas, de derecho penal, especialmente en las tablas VIII a XII. En ellas se establece una previa determinación de los delitos privados, fuera de los cuales no se admite la venganza privada, se afirma el

²⁰ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Op cit, Pág. 67.

principio del talión, delimitador de la citada venganza, y como medio de evitarla se regula la composición. Aunque la Ley de las XII tablas es una legislación ruda y primitiva, es por demás relevante el hecho de que se inspire en la igualdad social y política, excluyendo toda distinción de clases sociales ante el derecho penal.

Desde el año 200 a de J.C., en que Roma es la dominadora del Mediterráneo, se produce una notable atenuación de las penas. Ya no es la muerte el castigo imperante, como en las XII tablas, sino que, por el contrario, puede ser evitada, bien con la *provocatio*, o bien con el exilio voluntario, y en los últimos años de la república, con el predominio del espíritu democrático, la pena de muerte queda de hecho abolida.

En la época histórica la pena de los delitos privados no es nunca afflictiva, sino siempre pecuniaria. Con el tiempo, todas las penas, al menos las más graves, se sujetan a la *provocatio*, que para las penas capitales se dirigía a los Comicios centuriados, y para las multas a los Comicios tributarios.²¹

Es de destacar que, Roma empleó penas como la flagelación (*flagella*), con varas, azotes o bastones que se imponían especialmente a los *humiliores*, frecuentemente como penas de policía, y la ruptura de miembros (*membro ruptio*), usadas como medida talional en las XII tablas, como anteriormente se habló; las marcas fueron reservadas a los calumniadores.

Hacia el año 605 de Roma (149 años a de J.C.), entraba a la vida jurídica una innovación insignificante al principio, pero grávida de consecuencias. Por quejas de las provincias, contra sus gobernantes, había conocido hasta entonces la justicia senatorial de los recuperadores. Más en relación con la *Lex Calpurnia de repetundis*, una Comisión permanente del senado, bajo la presidencia de su pretor, estableció la primera *quaestio perpetua*, para juzgar el crimen

²¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *Estudio del Derecho Penal*, Op cit, Pág. 280 y 281.

repetundarum; es decir, las exacciones ilegales cometidas por los magistrados del gobierno de las provincias.

La *Lex Sempronia*, del año 631 de Roma (123 años a de J.C.), confirió a la Comisión permanente, no sólo el sentenciar sobre la devolución de lo expoliado, sino que también la facultad de imponer penas.

En los años 672 al 674 de Roma (82 a 80 a de J.C.), por la ley de Sila, cuando penetra la reforma en el derecho penal propiamente dicho. El procedimiento de las *quaestiones*, utilizado hasta la fecha como arma de partido por la pasión política, se transforma en el instrumento de revocación del Derecho penal romano. Sila aumenta en las *leges Corneliae* el número de las *quaestiones* existentes, confiere su jurisdicción de nuevo a los senadores, y extiende el procedimiento de las *quaestiones* a los delitos comunes. Las *leges juliae*, de César y Augusto, terminan provisionalmente este ciclo, con la creación de un *ordo iudiciorum publicorum unitario*.

La caída del antiguo *ordo iudiciorum publicorum*, a fines del siglo II de la Era Cristiana, deja por el momento intacto el derecho penal material. Especialmente subsiste la oposición entre los *crimina publica* y los *delicta privata*.

En la época del Imperio, aparece el nuevo y extenso grupo de los *crimina extraordinaria*, que tan importante fue para el ulterior desarrollo del derecho penal. Representan el grado intermedio entre el crimen *publicum* y el *delictum privatum*, aunque se aproximan más a aquel, que a éste. Su origen no se debe a resoluciones populares, sino a ordenamientos de los Emperadores y decisiones del Senado, o a la práctica de la interpretación jurídica.

Dentro de los *crimina extraordinaria* podemos distinguir: primero, los casos más graves, que salen de los delitos privados, y para los que se señalan penas en el derecho penal; segundo, los nuevos conceptos delictivos como: la receptación, la

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

estafa, la concusión, el rapto o el aborto; además con influencia del cristianismo, aparecen los delitos religiosos, desconocidos hasta entonces por el derecho penal romano: blasfemia, perturbación de los oficios divinos, apostasía, herejía, así como los delitos más o menos semejantes a la hechicería; y tercero: Delitos privados con elección de acciones; finalmente, aparece la facultad del ofendido, incluso sin taxativo precepto legal, para elegir en la mayor parte de los delitos privados.

La pena recrudescer su severidad durante el Imperio. La pena de muerte en la última etapa republicana estuvo de hecho abolida, y se restablece con los emperadores. Pero se infligía sólo a los parricidas, pero después de Adriano se extiende a los crímenes más graves. Se instauran nuevas formas de pena: como la condena en las minas (*ad metalla*) y los trabajos forzosos (*ad opus*). Asimismo figuran en el numeroso cuadro de penas, las penas contra el honor y las pecuniarias²²

Como podemos ver el pueblo romano, no era tan sanguinario, y casi no utilizo la pena de muerte, a excepción de sus etapas más antiguas y en los casos que por su gravedad la merecían; se puede destacar que una vez más, se aprecia la figura del pago de una cantidad como si fuese el pago de la reparación del daño como se le conoce en la actualidad.

Ahora hablaremos de algunos filósofos romanos de la antigüedad entre los que se puede destacar a Cicerón y a Séneca, por sus aportaciones y comentarios en cuanto al tema que nos ocupa:

*Marco Tulio Cicerón, jurisconsulto, orador, político, literario y filósofo, nació en Arpinas, en el año 43 a de J.C. En el primer libro de *Las leyes*, se expone la concepción de una ley natural y divina, dictada por la recta razón, escrita y no escrita, con la que debe conformarse todo derecho positivo. Esta Ley representa el

²² *Ibidem*, Págs. 283 y 284.

bien supremo y el deber absoluto; de ella derivan los mandatos y todas las prohibiciones, y a ella también se refieren, incluso, las leyes especiales que conminan con penas a los malvados y defienden a los buenos."²³

Y "Lucio Anneo Séneca, filósofo y jurisconsulto nacido en Córdoba en el año 4 de la era cristiana, pero educado en Roma donde murió en el año 65. Publicó el tratado *De Ira*, dando el más delicado retrato pasional. Son causas del delito la fatiga y el hambre, la sed y toda excitación. Recordamos a Platón: la mayor pena del delito es haberlo cometido; cada culpable sufre el mal que ha hecho; el crimen vuelve a su autor; ya que se castiga por el daño del ejemplo.

El sabio es indulgente para el error y hace por reformarle. Las penas son medicinas, se imponen al delincuente, no porque pecó, sino para que no peque, atendiendo, no a lo pasado, sino al futuro.

La pena como la medicina, puede producir un sufrimiento e incluso ser nociva, pero cuando se dosifica, exclusivamente dictada por la razón, a semejanza de la medicina, produce curación.

Él magistrado, hasta donde le es posible, trata los espíritus con la palabra, empleando las expresiones más dulces, de manera que pueda persuadir a cada uno del cumplimiento de su deber e inspire a todos el sentimiento de la justicia, el amor por la vida y el odio por el vicio.

Pasa después a un lenguaje más severo para ofrecer una advertencia extrema. Y solo al final recurre a los castigos: comienza por las penas ligeras, sobreseyéndolas a veces, mediante el perdón; aplica después a los grandes criminales las sanciones más graves, de modo que ninguno sea condenado al extremo suplicio cuando su muerte no constituya para él un bien.

²³ REYNOSO DAVILA, Roberto. *Historia del Derecho Penal y nociones de criminología*. Op cit, Pág. 33.

Puede suceder en ocasiones que privar a alguno de la vida sea un acto de misericordia. La única diferencia entre la medicina y la pena es ésta: que el médico procura un fin dulce a aquél que no ha podido salvar, mientras que el ejecutor de la ley rodea la pena de un aparato deshonoroso, y esto ocurre no porque encuentre ninguna satisfacción en el castigo, sino que a fin de que los ejecutados sirvan a todos de ejemplo y la muerte de aquellos que no han querido ser útiles a nadie se convierta en una utilidad social.

A semejanza de las medicinas, también las penas pueden ser varias. Y así como no debe ordenarse el mismo remedio para males producidos por morbos diversos, también, dada la diversidad de vicios, existe para cada uno de ellos un tratamiento adecuado.

Para los que hayan comenzado a recorrer el mundo del delito no bastarán las palabras; será necesaria la ignorancia. Si ésta es insuficiente, se aplicará el exilio. A los endurecidos en el delito se impondrán sanciones más duras, como por ejemplo la cárcel. Y finalmente la muerte a los delincuentes incorregibles.²⁴

Se puede decir, que Séneca, ve al delincuente más que al delito y apropia a él la sanción penal, por lo que cree hasta cierto punto en la regeneración o readaptación del delincuente, y para el caso de que el delincuente ya sea incorregible, acertadamente piensa en la muerte del mismo, ya que como no le es útil a la sociedad lo más factible es acabar con él. Es de destacar que este filósofo asemeja las penas con la medicina, ya que comenta que si se aplican en la dosis correcta producirán un bien.

Hasta aquí lo referente al pueblo de Roma, concluyendo que, si bien es cierto que este pueblo logró grandes avances en materia civil y que sus mayores aportaciones fueron en esa materia, también es cierto que en materia penal la

²⁴ Idem.

pena cumplía con su finalidad, que era intimidar y evitar la reincidencia, y provocar en la población de Roma, la intimidación suficiente para así no cometer delitos.

1.11 DERECHO GERMANO.

Las tribus germánicas habitaban el amplio espacio comprendido desde el Rin y los Alpes hasta los grandes ríos de la actual ex unión Soviética y en el Norte hasta Escandinavia.

"Según la creencia de los germanos, había dioses en la altura que regían el destino de los mortales. Obtener la benevolencia de los dioses y aplacar su ira, no era pequeña tarea para el procomún del pueblo. Las consecuencias de graves crímenes, que fácilmente habrían atraído sobre todo el pueblo el castigo divino, eran evitadas colgando al culpable de algún árbol sin hojas, es decir, sacrificándolo al Dios del Viento. Incluso un rey cuya conducta fuera visiblemente seguida de calamidades para el pueblo, había de ser eliminado por deber, pues precisamente estas consecuencias desfavorables demostraban que los dioses estaban encolerizados contra él.

Se castigaba el adulterio de la mujer con la muerte, lo mismo que el de su cómplice, cogido en infraganti; la traición y la deserción, eran castigados con la pena de muerte."²⁵

En este derecho hallamos como instituciones fundamentales la venganza de la sangre (*Blutrache*) y la pérdida de la paz (*Friedlosigkeit*).

"Los hechos que solamente ofendían a un individuo o a una familia daban lugar a favor de estos a un derecho de venganza, pero más que una venganza era en ciertos casos un deber; el ofendido y su familia devengaban del ofensor y de los suyos, de modo que el delito originaba un estado de guerra, a veces hereditario,

²⁵ *Ibidem*, Págs. 37 y 38.

entre familias. Los delitos que consistían en una ofensa a toda la comunidad, originaban para el delincuente la pérdida de la paz, situación que le colocaba fuera de la comunidad jurídica, quedaba fuera del derecho; de tal manera que la persona que perdía la paz, perdía con ella toda la protección y era considerada como un enemigo de su pueblo. El que perdía la paz no solamente quedaba excluido de la sociedad humana, de la comunidad jurídica de su pueblo y equiparado con las bestias de los campos y de los bosques, sino que estaba a merced de todos, todos tenían el derecho y, en ocasiones, hasta el deber de matarle.

La venganza de la sangre, consecuencia de las infracciones que sólo lesionaban intereses privados, se limitó por la composición. Las fuentes mencionan una clase de composición privada, fijada por parientes o amigos, y otra de composiciones judiciales. En esta hay que distinguir tres clases: el *Wergeld*, en el que los autores no están de acuerdo sobre su significación, pero parece que significaba la cantidad que por concepto de reparación pecuniaria se pagaba por el delincuente o por su familia a la víctima del delito o a su gente, vendría a representar lo que actualmente es la indemnización del daño en materia civil; el *Busse* que se entendía como la cantidad pagada, en concepto de pena, a la víctima o sus parientes además del *Wergeld*, que es puro resarcimiento privado; y el *Friedegeld* es la cantidad que como adición del *Wergeld* se paga al común.²⁶

La concepción del delito durante mucho tiempo se consideró exclusivamente con criterio objetivo para el que interesa, casi exclusivamente, el daño causado. La responsabilidad existe sin culpabilidad; es decir, no se toma en cuenta que el acontecimiento se haya producido voluntariamente o involuntariamente, ni aun por caso fortuito; no se pena la tentativa, por aplicación del principio general de que donde no hay daño no hay pena.

²⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Derecho Penal*. Op cit, Pág. 69.

1.12 DERECHO CANÓNICO.

El derecho penal canónico, descansa sobre la idea de caridad, de fraternidad y de redención, así como la preocupación de asegurar la enmienda y la rehabilitación del hombre caído. El sistema penitenciario de la iglesia, realiza desde la Edad Media los progresos que los legisladores contemporáneos se esfuerzan en introducir en las instituciones progresivas, y se apoya sobre principios filosóficos que han prevalecido en las leyes positivas hasta la mitad del Siglo XIX.

El derecho canónico debe situarse ya entrada la Edad Media, en la que no obstante que no escapa a la influencia de los pueblos bárbaros que derrumbaron el Imperio Romano, el Derecho Penal de la Iglesia influyó en la humanización de la justicia penal.

“Las penas canónicas, no solamente son humanas y están reguladas en la consideración a la reforma moral del penado, sino que, atendiendo más al delincuente que al delito, su aplicación se haya calculada del modo que alcance más seguramente este fin, haciendo variar su naturaleza y su intensidad, según el carácter, el temperamento y la individualización de cada culpable; la práctica canónica llegó así a realizar desde los primeros tiempos la individualización de la pena”²⁷

Retomando lo anterior, “En cuanto a la aplicación de las penas, individualiza el tratamiento penal tratando de llegar a lo más hondo del alma del culpable para conseguir su enmienda. La pena basada en la institución criminosa tiene por objeto el arrepentimiento. Como limitación de la venganza privada surge la tregua de Dios y el derecho de asilo, la primera supliendo la ejecución de la pena capital y las penas corporales sangrientas en los días de mayor festividad de la Iglesia y el segundo, recogiendo tal vez una antigua tradición que hacía el templo de Diana

²⁷ Ibidem, Pág. 70.

un lugar de asilo, la iglesia consagró ese derecho de modo que su violación constituía sacrilegio".²⁸

*La iglesia creó en la Edad Media, una institución vinculada al Derecho penal, cuya importancia no puede dejar de señalarse: *el asilo*. La institución de los asilos la vemos aparecer particularmente en aquellos pueblos en los que domina el lenguaje y la civilización de los griegos (la voz asilo es de origen griego y quiere decir refugio inviolable). En principio se le puede definir como el privilegio de que gozaban ciertos lugares para detener la acción de las leyes humanas, protegiendo contra sus perseguidores a las personas fugitivas, aún en los sentenciados. Se conocen rudimentos entre los derechos asirio, romano, griego e israelita, pero es en la Edad Media, con el derecho canónico, cuando se configuran todos sus caracteres.

Las ideas de este derecho en materia penal pueden sintetizarse así:

- *Elemento subjetivo*: se reaccionó enérgicamente contra la concepción objetiva del delito, predominante en el derecho germánico, y se dio, en consecuencia, significado claro al elemento subjetivo de la infracción; se, exigió que en todo delito se diera el ánimo; el derecho canónico no ignoró la penalidad de la tentativa, pero sólo para casos aislados y no con carácter general.
- *Clasificación de los delitos*: se distinguió la moral del derecho y se subdividieron los delitos en tres categorías: 1) *delicta eclesiástica*, que atenta contra el Derecho Divino y son de exclusiva competencia de la iglesia; 2) *delicta mere secularia*, que lesionan tan sólo el orden humano y se penan por el poder laico; 3) *delicta mixta*, que viola tanto una esfera como la otra y son penados por ambos poderes.

²⁸ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y nociones de criminología. Op cit, Pág. 40.

- **Las penas:** es difícil precisar con exactitud el carácter que tenían las penas para los Padres de la Iglesia. San Agustín, sostiene que la pena es esencialmente retribución; el pensamiento de San Agustín respecto de la pena tiene vertientes a saber: la venganza, la intimidación y la enmienda, y siguiendo a Aristóteles, la excluye dentro de la justicia conmutativa, por medio de la cual se entrega lo igual por lo igual. La pena puede ser de tres clases: a) Proveniente del mismo delincuente: el arrepentimiento; b) Procedentes de los hombres, y c) Emanada de Dios".²⁹

Como podemos observar, el derecho penal canónico, propone el mantenimiento del orden moral y religioso y el de los intereses de la jerarquía eclesiástica, sin dejar por esto de intervenir en el fuero interno. La pena tiende a reconciliar al pecador con la divinidad ofendida, y se propone despertar el arrepentimiento en el ánimo del culpable.

Por lo tanto, en el derecho canónico, los tribunales eclesiásticos no aplicaban la pena de muerte, los que debían sufrir esta pena eran entregados a los tribunales laicos, quienes la aplicaban.

En esta época se hablaba de la filosofía Patristica y la escolástica, cuyo principal autor en el caso de la filosofía patristica es San Agustín. Se define la patristica como parte de la ciencia teológica que presenta, debidamente ordenadas, las doctrinas de los padres de la iglesia sobre la fe y las costumbres. Algunos autores la consideran como la historia literaria de la antigua iglesia.

San Agustín decía: "La pena sea eterna o temporal, es una retribución de carácter divino. Reconoce al emperador el derecho de castigar, de imponer penas y castigos para la buena gobernación y defensa de la República, y al juez la misión de aplicarlas. Y aunque no es posible la realización de la justicia humanamente, esto es, dentro de la ciudad terrena, sin embargo, se pronuncia contrario a la pena

²⁹ FONTÁNBALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción, parte general. Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1993, Pág. 45.

de muerte, cuando existe posibilidad de arrepentimiento, y crítica, por supuesto a la tortura. Decía: el hombre tiene la libertad de hacer el bien o el mal; pero no basta la buena voluntad se necesita una ayuda especial de Dios, la gracia. Lo que vale en la pena, es el dolor que se redime. La pena eterna o temporal, es una institución divina con la misma medida que midáis seréis medidos".³⁰

En lo relativo a la escuela escolástica, Santo Tomás de Aquino fue su principal representante y el autor Reynoso Dávila señala que "por escuela escolástica se entienden en sentido estricto, aquellas especulaciones filosófico-teológicas que se cultivó y desarrolló en un periodo posterior a la Patrística, desde Carlomagno hasta el renacimiento.

Se ha dicho que Santo Tomás es un príncipe de la Escolástica. Esto tiene un recto sentido, pues en realidad es un verdadero fundador. Lo que en tiempo anterior a él había penetrado en la escolástica en forma de material nuevo, sobre todo en ideas aristotélicas, por la vía de los árabes o directamente por las traducciones del griego, lo integra Santo Tomás en un edificio unitario. Y la síntesis que edifica como buen artifice, con el material viejo y nuevo, está rigurosamente trabado, y por encima de todo luce en ella una meridiana claridad inigualable, con un vigor y armonía que lo pone en alto sobre todos los escolásticos."³¹

Por lo cual se puede decir de Santo Tomás que sistematizó las doctrinas y las llevó a una mayor perfección, según él, la trasgresión de un orden de cosas cualquiera, encuentra su reparación en ese mismo orden, por lo que siendo el pecado un acto desordenado, el que peca, por el hecho de obrar contra el orden establecido, debe encontrar en éste su represión, cual es la pena.

Recordemos que la Edad Media se dio aproximadamente del Siglo V al Siglo XV de nuestra era, por lo que entre las principales legislaciones de esa época podemos mencionar el Fuero Juzgo, que se estableció en la primera mitad del

³⁰ REYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y nociones de criminología. Op cit, Pág. 41.

³¹ Ibidem, Pág. 43.

Siglo VII el cual rigió en toda España en tiempos de la dominación visigoda. Ha recibido diversos nombres, se le ha denominado *Codes Legum*, *Liber Gothorum*, *Lex Wisigothorum*, *Liber Judiciorum* y *Fori Judicium*. Consta de un título preliminar y doce libros subdivididos en cincuenta y cuatro títulos y 578 leyes. Los libros 6, 7 y 8 se refieren al Derecho Penal.

Distingue el dolo de la culpa, admite la legítima defensa y el estado de necesidad, pero desconoce toda relevancia al error y a la ignorancia del derecho. El que auxilia la fuga de un detenido o de un condenado, recibe la sanción que a éste hubiera correspondido. Al autor de una denuncia falsa se le aplica la pena del talión, o se hace siervo del acusado. Las penas más frecuentes eran las pecuniarias y los azotes. El adulterio se castigaba con la esclavitud del delincuente respecto del cónyuge inocente.³²

Además, como ya se apuntó líneas arriba, de distinguir entre el dolo de la culpa, se desconoce la atenuación por caso fortuito; se pena la tentativa, pero no como grado del delito, sino como una infracción.

Se establece que el fin de las penas, es la prevención general, la intimidación; se sienta el principio de la proporcionalidad de las penas.

Se puede decir, que es la primera de las grandes recopilaciones del medioevo, es muy superior a todas las leyes de los pueblos germanos, es una obra legislativa unitaria y coherente, una obra maestra de la Alta Edad Media.

"Luego de la invasión de los sarracenos, desaparece la monarquía visigoda y se produce en España una gran confusión legislativa. Por todas partes surgen fueros, impregnados por un marcado espíritu localista, y desprovistos por completo del sentido de orden que inspiraba la legislación visigoda.

³² *Ibidem*, Pág. 47.

Hay una gran anarquía en las penas: reaparece la horca, la lapidación, el despañamiento y la muerte en la hoguera, que se aplican para el hurto y para las deudas comunes, mientras que en unos fueros el homicidio, es simplemente reprimido con pena de multa; pero si la multa no podía ser pagada, la pena era de muerte. En lo procesal, se aceptan los juicios de Dios; la prueba del fuego, la del agua caliente y el duelo, se admiten en algunos fueros, aún para las causas civiles.³³

Como podemos observar, es en esta época y en especial en España, en donde se derrumban logros e instituciones que a través del paso del tiempo se fueron consiguiendo, y en especial porque podemos considerar que hay un importante retroceso en cuanto a la aplicación de penas, ya que se deja de lado la humanización de la pena y en cambio son implantadas penas atroces; y como ejemplo podemos señalar, la lapidación o la muerte en hoguera, es de destacar que había una gran injusticia en los fueros, ya que para algunos delitos deberían de merecer pena de muerte, aun y cuando fueren delitos leves; en otros fueros los delitos más graves como el homicidio eran castigados con una simple pena pecuniaria.

Ahora, hablaremos de *Las siete partidas* del Rey Alfonso X, según consta en su prólogo, *Las siete partidas* se empezaron a redactar en el año 1256, es decir, el siguiente al de la conclusión del Fuero Real, y se terminaron en el año 1263.

Las siete partidas "representa la ruptura con el derecho Germánico, que tanto se manifiesta en la legislación anterior, y la admisión más franca y completa del Derecho Romano y, en cierta manera más restringida, del Derecho Canónico."³⁴

"La séptima partida, está consagrada al Derecho Penal: habla de todas las acusaciones y maleficios que los hombres hacen y también, sobre la pena que merecen tener por ende, pero no todas las prescripciones penales están aquí

³³ JONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción, parte general, Op cit, Pág. 48 y 49.

³⁴ RILEYNO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y nociones de criminología, Op cit, Pág. 48.

reunidas, sino que algunas otras andan sueltas y diseminadas por las páginas de otras partidas.

Se define al delito, se enumeran causas de exención y atenuación de la penatidad, causas de justificación; se intenta tratar las cuestiones de la complicidad y de la tentativa, y hasta no se desconoce el problema de la prescripción. Claro es que todo se estudia de un modo rudimentario e incompleto, sin método científico alguno, pero, por lo menos, estas cuestiones se plantean, lo cual indica un progreso científico enorme.

Los fines de la pena son: el escarmiento, la ejemplaridad y el apercibimiento o advertencia saludable, esto es, la intimidación; exigese la prueba para la condena; se declara que no deben castigarse los malos pensamientos. Se establece la individualización de la pena y la regla de la interpretación más favorable al reo".³⁵

"El sistema penal comprende las penas de muerte; las de mutilación, los trabajos forzados en las minas del rey; la deportación a una isla, confiscando los bienes del delincuente; las penas infamantes, consistentes en la pérdida de ciertos derechos. La penas de prisión si bien figuran en el cuadro de la penatidad, tiene escasa aplicación, sólo se imponía a los siervos, nunca a los hombres libres; la cárcel no es dada para escarmantar los yerros, más para guardar los presos tan solamente en ella hasta que sean juzgados.

Donde aparece crudelísima la penatidad de las partidas es en las prescripciones relativas a los delitos religiosos. Los herejes, después de acusados ante los obispos, quienes deben de procurar convertirlo con buenas razones y mansas palabras, si no quiere volver a la fe, son condenados a la muerte en la hoguera; los cristianos que se tornasen judíos o moros, también eran castigados con igual pena.

³⁵ *Ibidem*, Pág. 49.

Constituye un verdadero tratado de los delitos y de las penas copiado o extractado del Código de Justiniano, con excepción de algunas referentes a los judíos, herejes, moros. Cabe mencionar que en un mismo precepto en que proscribía la lapidación, la crucifixión o el despeñamiento, se autoriza la quema o el abandono a las bestias, o bien se ordena la lapidación del moro que mantuviese relaciones con cristiana. O bien que por una ley se prohíbe penar con la marca en el rostro, cortar la nariz o arrancar los ojos y por otra se condena con esa pena la blasfemia e incluso se autoriza el corte de lengua.

Por lo que si nos ponemos a criticar un poco *Las siete partidas* desde un punto de vista actual, podremos notar que nos pudiera parecer como defectuosa, pero representó sin duda un notable progreso con respecto a la legislación de aquella época.³⁶

Para concluir se puede mencionar, que los derechos que se han tratado en este capítulo, es decir, el derecho romano, el germánico y el canónico, constituyeron la base de las legislaciones penales europeas durante el período que se denominó Edad Media.

Se puede destacar que en algunos países predomina el derecho romano, en otros el germano. A estos tiempos de fusión de elementos diversos pertenecen en Italia los numerosos estatutos municipales de la Italia del Norte y las Constituciones *regni siculi*, anteriores al Siglo XIII en el sur; en Francia el *Grand Coustumier* de Carlos VI y las diversas ordenanzas reales; en Bélgica las *Coustumes* de diversas regiones, las *Placcaerten* y las *Ordonnantien* nacionales y las dictadas por Felipe II; en Alemania el *Espéculo de Sajonia* y el de Suavia, la Ordenanza de Bamberg de 1457 hasta la importantísima *Constitutio Criminalis Carolina* del tiempo del emperador Carlos V.

³⁶ *Ibidem*, Pág. 51 y 52.

El derecho romano adquirió cada vez mayor predominio, sobre todo era la fuente a la que acudían ampliamente los jueces para fundamentar sus sentencias, especialmente en el *Digesto* y el *Código de Justiniano*, y así poco a poco fue surgiendo un derecho penal común que fue fijado por la jurisprudencia. Además del derecho romano influyeron en su formación otros elementos, principalmente el derecho canónico y el consuetudinario. Este derecho común existió en Francia, en Italia y en Alemania y en otros países europeos.

Podemos recapitular, que la Edad Media, fue una época en donde se crearon muchísimas leyes o recopilaciones, pero es en España en donde se produce nuevamente la deshumanización de la aplicación de las penas; por tales circunstancias fue una época muy difícil ya que se castigaba hasta por la religión, se concretaban en juzgar si una persona era "hereje" o no lo era y por ese hecho era acreedora a la pena de muerte.

Así pues el derecho penal medieval, presenta una serie de notas determinantes y características que a continuación señalaremos:

En primer lugar es un derecho cruel, vindicativo-intimidante porque entre otras razones, en el poder se instala la violencia, en donde el verdadero objetivo de la ley penal es la de provocar el miedo colectivo.

En segundo lugar, es un derecho especializado, la costumbre en la Edad Media, sobre todo antes del siglo XIII, imprime al derecho un carácter de espontaneidad y de profundo arraigo. Entonces el derecho se especializa, deja de ser un ambiente, una tradición, una forma general de la vida practicada y sentida por todos y se hace una costumbre científica, un objeto de estudio cultivado y practicado por la clase especial: los legistas.

En tercer lugar, se trata de un derecho ordálico, es decir, fundado en ordalias o juicio de Dios y duelos, en lo referente al reconocimiento de la culpabilidad en el presunto autor del acto procesal.

"La ordalia, juicio de Dios o prueba vulgar se utiliza en el derecho penal español y europeo de la época medieval. El Pontificado se opone a aquéllas claramente a partir del siglo XII, si bien han existido anteriores prohibiciones. En España se van suprimiendo progresiva y lentamente a partir del siglo X, si bien es en el siglo XI cuando la oposición se hace más firme, para concluir en los Concilios de León de 1288 y Valladolid de 1322 con el castigo de excomunión a quien las realice.

El juicio de Dios es el medio de prueba por excelencia de los fueros municipales españoles, pues no hay que olvidar que el tormento es desconocido en los mismos. Será después en la segunda mitad de la Edad Media, como consecuencia de la recepción del derecho romano, cuando aparece en Castilla, Aragón y Navarra, mitigándose su empleo a fines del siglo XVII, cayendo en desuso en el siglo XVIII y desapareciendo legalmente en el siglo XIX. Las partidas autorizaban el tormento y a la vez admiten recurso de alzada contra el mandamiento del juez para aplicarlo".³⁷

En cuarto lugar, es un derecho con un elevado índice de errores judiciales. Pues como se ha visto, la culpabilidad se funda en la ordalia y, en otros periodos más avanzados, en la confesión del reo sometido a tortura tantas veces como tarde en reconocer el delito de que viene acusado.

En quinto lugar, es un derecho irracional y desconcertante: del castigo indiscriminado y feroz a personas, animales o cosas pasa a constituirse, en algunos casos, en antecedentes remotos del futuro Derecho Penal liberal desarrollando y garantizando las primeras libertades individuales de los hombres.

³⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. Estudios de Derecho Penitenciario, Edit. Tecnos, Madrid España, 1987, Pág. 16.

En sexto lugar, se trata de un derecho en vías de transformación porque, como comprobaremos, la misma sociedad cambia.

"El criminal ha sido y es, en menor medida una persona olvidada de Dios, su presencia infectaba el aire, trala a menudo graves epidemias y es causa de que se castigue a reinos y países enteros; de ahí que, aparte de la pena aplicada al delincuente, se empleasen procedimientos tendientes a purificar los lugares donde aquellos vivían o habían cometido sus delitos, de malignas influencias".³⁸

La Edad Media concluyó en 1453 en que cae el Imperio Romano de Oriente con sede en Constantinopla en poder de los turcos otomanos, iniciándose la Edad Moderna cuyas características fundamentales se centran en la época del Renacimiento, la Reforma Protestante, las grandes invenciones como la imprenta y los grandes descubrimientos geográficos, como el Continente Americano.

Hasta aquí un bosquejo de lo que fueron las penas en la antigüedad hasta pasada la Edad Media, por lo que en el tema siguiente nos ocuparemos de hablar más en específico, de la historia de las cárceles o en su similitud la historia de la pena privativa de la libertad.

1.13 ANTECEDENTES DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD

Primero, empezaremos por decir, que esta pena consiste en la reclusión del condenado a un establecimiento especial, y a este establecimiento se le conoce o se le conoció como cárcel, prisión, penitenciaría, que siempre ha tenido la peculiaridad de tener un régimen determinado.

Hecho lo anterior, empezaremos por hablar de lo que fue la prisión en la antigüedad, tratándonos de remontar lo más lejano posible y así podemos decir que:

³⁸ *Ibidem*. Pág. 16.

En la antigüedad existían penas privativas de la libertad que forzosamente debían cumplirse en establecimientos a los que se denominaban cárceles. Se internaba a deudores, a sujetos que no pagaban o no cumplían con sus obligaciones, por ejemplo impuestos, y el Estado tenía interés en asegurar su cumplimiento. Pero algunos autores hacen la distinción entre prisión y cárcel, pues a nuestro parecer, la pena de prisión o pena privativa de la libertad, es la que se debe de imponer a un individuo como resultado de una conducta ilícita que cometió y que se debe de castigar como tal; por otro lado consideramos que el término de cárcel debe de aplicarse al lugar que está destinado para que los delincuentes compurguen la pena a la que se hayan hecho acreedores, es decir, la pena privativa de la libertad.

"Pero remontándonos más atrás, la prisión, como pena, fue casi desconocida en el antiguo derecho".³⁹

"Los pueblos que tenían lugares destinados a cárceles, en el antiguo y medio oriente, fueron el chino, babilónico, hindú, persa, egipcio, japonés y hebreo.

Los chinos ya tenían en el siglo XVIII, en épocas del Emperador Sum. Después se impuso algún reglamento carcelario y los condenados por lesiones, debían realizar trabajos forzados y públicos. En esas cárceles se aplicaron los más diferentes tormentos, como el del hierro caliente "pao-lo", que consistía en picar los ojos del delincuente.

En Babilonia las cárceles se denominaban *Lago de leones*, y eran verdaderas cisternas.

Los egipcios tenían como lugares destinados a cárceles, ciudades y casas privadas, donde debían realizar trabajos.

³⁹ CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna Penología. Edít. Bosch, Barcelona, 1958, Pág. 301.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Los japoneses dividían al país en cárcel del norte y del sur, para alojar en estas últimas a quienes eran condenados por delitos menores".⁴⁰

En el derecho hebreo, la prisión tenía dos funciones: una, evitar la fuga y otra servir de sanción, que podría compararse a la actual prisión perpetua, por cuanto se considera indigno que viva en sociedad el infractor de la ley.

Como podemos ver, había una gran influencia religiosa, dada la época de que se trata, pero además de esa religiosidad, había también una gran irracionalidad, pues las penas eran tales, que su cárcel consistía en dejar a una persona encerrada en un calabozo, que no tenía más de seis pies de altura y era muy estrecho, al grado que el delincuente no podía ni estirarse, y se le mantenía solamente con pan y agua, hasta que su debilidad anunciaba su muerte.

Como dato histórico, tenemos que en los libros bíblicos como en el Levítico, ya se imponían penas privativas de la libertad, como se regulaba la prisión del blasfemo y en el libro de Jeremías y de los Reyes se hace mención a la cárcel de los profetas Jeremías y Miqueas. Sansón, que es un personaje casi por todos conocido, fue atormentado hasta privársele de la vista y de la libertad.

Ahora bien, del pueblo hebreo, pasamos al pueblo griego que "conforme a las ideas de Platón, cada tribunal debía tener su cárcel propia, e idearon tres tipos: una en la plaza del mercado, para mera custodia; otra para corrección y una tercera para suplicio, en una región sombría y desierta.

Había cárceles para los que no pagaban impuestos. Los que perjudicaban a un comerciante o a un propietario de buques y no abonaban las deudas, debían quedar detenidos hasta en tanto cumplieran su pago.

⁴⁰ MARCÓ DEL PONT, E. Penología y sistemas carcelarios. Op cit Pag. 64.

En Esparta había varias. El conspirador Cleomenes fue encerrado en una gran casa donde estaba bien custodiado, con la sola diferencia respecto de las otras prisiones, de que vivía lujosamente. Según Plutarco, había en la época del reinado de Agis, calabozos llamados *rayada* donde se ahogaba a los sentenciados a muerte.⁴¹

Como podemos ver, la institución de la cárcel, casi era nula, por lo que siguiendo la regla general, lo que reinaba en aquellas épocas era la pena de muerte, o bien, la *ley del talión*, cuya fórmula era "ojo por ojo, diente por diente", y más que nada, esta institución de la cárcel se aplicaba a los que cometían delito de hurto y a aquellos deudores que no podían pagar sus deudas.

1.14 EN ROMA.

Al principio sólo establecieron prisiones para seguridad de los acusados. Algunas de ellas estaban ubicadas en el Foro, que fue ampliado después por medio de un subterráneo de más de cuatro metros de la largo.

*El Emperador Constantino hizo construir un sistema de cárceles y Ulpiano señaló en el Digesto que la cárcel debe servir no para castigo de los hombres, sino para su guarda. Luego sostuvo durante el Imperio Romano, que estas cárceles fueron para la detención y no para el castigo. En dichas cárceles a los esclavos se les obligaba al trabajo forzado, como el *opus publicum*, que consistía en la limpieza de alcantarillas, el arreglo de las carreteras, trabajos de baños públicos y en las mismas, *penas ad metalla* y *opus metalli*. Los primeros llevaban cadenas más pesadas que los otros, laboraban en canteras de mármol o en minas de azufre. Selling agrega: si después de 10 años, el esclavo penal estaba con vida, podía ser entregado a sus familiares".⁴²

⁴¹ *Ibidem*, Pág. 40.

⁴² *Ibidem*, Pág. 41.

Como dato interesante tenemos, que la primera cárcel romana fue fundada por Tulio Hostilio, quien fue el tercer rey de los romanos, que reinó entre los años 670 y 620 de nuestra era. Esta prisión se le conoció con el nombre de Latomía.

La segunda de las prisiones romanas fue la Claudiana, que fue construida por órdenes de Apio Claudio y la tercera la Mamertina, que fue construida por órdenes de Anco Marcio. Es de recordar que el pueblo romano conoció la cárcel por deudas, y que privaba de la libertad a los procesados para mantenerlos seguros durante la substanciación del juicio. Existió el *ergastulum*, o reclusión de esclavos en habitaciones existentes, en la propia casa del dueño.

Como podemos ver, aun en el pueblo romano en las etapas que acabamos de mencionar, no tenía tanto desarrollo la institución de la cárcel, pues como volvemos a repetir, en la antigüedad lo que reinaba era la pena de muerte o bien la *ley del talión*, pues era la forma más fácil de eliminar a aquel individuo que la misma sociedad consideraba como antisocial y que iba en contra de las normas ya establecidas en esos momentos, pero aun así con este panorama, nos podemos dar cuenta que la cárcel en Roma si existió, pero que solamente se aplicaba a aquellos que habían cometido delitos muy leves o bien por deudas de carácter civil.

Por lo que en nuestra opinión, es coherente al decir Ulpiano "la cárcel debe de ser para guardar a los presos y no para hacerles enemiga ni otro mal", dicho lo anterior podemos establecer que en estas palabras tiene su origen, la readaptación social actual, ya que como todos sabemos el objetivo principal de la pena privativa de la libertad es la readaptación.

1.15 EN LA EDAD MEDIA.

Es hasta la Edad Media que la prisión aparece como pena en el derecho canónico destinada a castigar a los clérigos que hubieren infringido las reglas eclesiásticas,

así como también a los herejes juzgados por la jurisdicción canónica. El objetivo dentro de este derecho, era el arrepentimiento del culpable y tiene el carácter de penitencia.

Es sabido que la Edad Media tuvo fama por la clase de tormentos que se imponían a los que cometían alguna conducta que se consideraba como delitos, volvemos a decir que en esta época lo que reinaba era la pena de muerte, pero con la peculiaridad de que era acompañada con un medio de tormento, en donde podemos señalar que el máximo esplendor de la Edad Media lo fue el período llamado *Santa inquisición*, en donde se castigaba azotando, arrancando el cuero cabelludo, marcando a quienes cometían homicidios y hurtos; mutilando ojos, lengua, orejas, pies, dedos, etc., Además de otras torturas físicas, con los más horribles tormentos que se pueda imaginar.

"En la Edad Media y tiempos posteriores, el derecho laico no empleó la prisión no como pena, sino como un medio para la custodia de los delincuentes hasta la imposición de la pena a que fueran condenados (muerte, mutilaciones, azotes). Para alcanzar este fin se encerraba a los delincuentes donde había condiciones de seguridad, sin preocupaciones de higiene física ni moral, se aprovechaba los calabozos y estancias de los palacios y fortalezas, se utilizaron grandes edificios construidos para otros fines. Todas las grandes prisiones europeas, inmortalizadas por la literatura y la tradición, no eran edificaciones levantadas con el objeto de recluir a los criminales, sino que estaban destinados a fines muy diversos".⁴³

Es de recordar que en la Edad Media no existía una clara definición de la soberanía eclesiástica y la estatal, por lo que delitos y pecados se confundían entre sí, eran perseguidos y sancionados por la Iglesia y el Estado.

"Durante la Edad Media se desarrollaron dos ramas, por llamarlas de alguna forma, de derecho penal: la religiosa y la seglar, siendo la primera menos grave

⁴³ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Penología*. Op cit, Pág.106.

que la segunda en cuanto al tipo de sanciones que aplicaba, los lugares que utilizaban para que los castigados purgaran sus sentencias y la manera de cómo trataban a sus penitenciados.

Durante el Siglo XII y XIII aún se manejó, el sistema seglar, la venganza como derecho del ofendido o de su familia, utilizando ya la compensación económica para negociar la venganza de sangre".⁴⁴

"La fuente principal de las normas punitivas del derecho canónico del Medioevo se encuentran en el llamado *Libri Poenitentialis*. Este documento contiene la orientación para que los sacerdotes y frailes confesores determinaran las penitencias. En él se señalaban castigos para todos los pecados y delitos, fuesen o no penados por la ley secular.

Con frecuencia se aconsejaba en el libro, el encierro temporal para compurgar la falta, lo que al parecer es traslado al derecho secular para sancionar delitos comunes, utilizando la experiencia del derecho canónico para enfrentar sanciones que no ameritaban la pena de muerte o el destazamiento en las diferentes formas que se utilizaban para sancionar.

Las faltas graves cometidas por los civiles eran principalmente sancionadas con pena de muerte y los culpables eran sometidos al tormento y otras penas terribles. Los considerados culpables de delitos y faltas que en la actualidad quedarían clasificadas como contravenciones, eran castigados con encierro en lugares de reclusión".⁴⁵

Estos sistemas de castigo constituyen un principio de penalización por el encierro, que inspiró a las primeras instituciones públicas abiertamente orientadas a la utilización de encierro como pena. No se excluye la existencia de la utilización de

⁴⁴ AN. NIJOZA BREMAUNI, Emma. *Derecho Penitenciario*, Edit. McGraw-Hill, México, 1998, Pág. 63 y 64.

⁴⁵ *Ibidem*, Pág. 64 y 65.

la cárcel como pena en etapas anteriores de la historia, pero estas esporádicas apariciones sólo se pueden considerar como antecedentes, y no como aparición de la pena de prisión.

A mediados del Siglo XVI comenzaron a erigirse establecimientos muy análogos a las penitenciarías actuales. Así se atribuye la mayor antigüedad a la Casa de Corrección de Bridewell, en Londres en 1552, después en Ámsterdam en 1595 en donde se construyó la célebre Rasphuis a donde eran enviados jóvenes vagabundos destinados a raspar maderas de especies arbóreas empleadas como colorantes para la lana que era preparada en otro establecimiento de corrección que fue creado en 1598 y que era conocido como Spinhuis que quería decir heladería, en donde eran recluidas las mujeres y se dedicaban a hilar la lana. En ambos establecimientos de corrección se combinaba el trabajo duro y la disciplina férrea que se mantenía a base de castigos en el cuerpo, como latigazos o palos. Su nota característica era no sólo la organización de un trabajo regular, sino que éste se hacía servir para fines educativos. Estas casas estaban regidas por un reglamento detallado que preveía manutención de los reclusos, cuidado médico, educación, disciplina, trabajo y asistencia espiritual.

"Pero estas instituciones no eran prisiones, en el sentido que hoy le damos a tales establecimientos, es decir, lugares de reclusión de criminales, sino, principalmente, asilos para vagos, mendigos, prostitutas y niños abandonados, y hasta se les utilizó como albergues de pobres y dementes, tenía un carácter honrado, y por esta razón se negó en un principio a admitir a delincuentes condenados a penas infamantes".⁴⁶

"García Valdés dice que son cuatro los motivos fundamentales que estimulan la transformación de la privación de la libertad de la cárcel procesal o de custodia en una reacción social sustantiva: una razón de política criminal, otra penológica, una

⁴⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. *Penología*. Op cit., P.107.

tercera fundamentalmente socioeconómica y una cuarta, el resurgir de la tradición canónica, en unión de las ideas religiosas del protestantismo".⁴⁷

"En cuanto a la primera, es producida por la crisis del feudalismo, el desarrollo de la vida en las sociedades y las profusas y desgastantes guerras de la época. La razón penológica es el desprestigio que en esa época había alcanzado la pena de muerte y la ineficacia de las penas como la picota, el destierro y las corporales, tan profusamente usadas, comprobadamente inútiles para detener la delincuencia y repulsivas por sus excesos y su nulo efecto en cuanto a la seguridad de la población.

La tercera causa del cambio es la planteada por Foucault, respecto a la condena del ocio y el reconocimiento del imperativo del trabajo, sumados a las ventajas que éste generaba a sus exploradores, al proporcionar mano de obra barata en tiempos en que los salarios eran altos y en períodos en que el trabajo escaseaba se evitaban las protestas de los desempleados".⁴⁸

Es de confirmarse que las casas de corrección son el verdadero antecedente de la reacción social carcelaria moderna y en ellas está el antecedente directo de las prisiones de Estados Unidos de América. Resulta importante señalar que la utilización de casas de corrección, coincide con el surgimiento de algunas formas de asistencia social a huérfanos, enfermos, ancianos y pobres. Si bien las casas de corrección estaban previstas para colocar en ellas a personas capaces de trabajar pero que no trabajaban y a otros "perturbados sociales", todos ellos necesitaban de la educación para el trabajo y para disciplinar su vida, corrigiendo su modo de vida anterior.

Siguiendo con la idea de las casas de corrección, "en 1600 se creó en el Rasphuis una sección llamada *casa de corrección secreta*, para menores con problemas de desobediencia, considerados incorregibles y que eran enviados generalmente por

⁴⁷ GARCÍA VALDÉS, Carlos. *Teoría de la pena*. 3ª Edic. Edit. Tecnos, Madrid, 1987, Pág. 74.

⁴⁸ MELDOSA BREMAUNT, Emma. *Derecho Penitenciario*. Op cit. Pág. 65.

sus padres a la institución. El extremo rigor y la dureza en los métodos de enseñanza, era considerada necesaria y no deshonrosa, sino congruente para preparar a los internos a reintegrarse a la vida exterior. Muchas ciudades de la Liga Hanseática siguieron el ejemplo de Ámsterdam, fundándose casa de fuerza en Bremen en 1609, en Lübeck en 1613, en Osnabruck en 1621 y en Hamburgo y Danzig en 1629⁴⁹.

*En Italia a mediados del Siglo XVII se funda el hospicio de San Felipe Neri destinado a la corrección de niños vagabundos, mediante un régimen muy riguroso y en el que también se aplicaban castigos fuertes a los que rompían la disciplina. Los ahí reclusos se encontraban aislados en celdas y se procuraba mantener en secreto su identidad, por lo que se les obligaba a llevar cubierta la cabeza con una capucha.

En el año 1704 cuando la idea reformadora había alcanzado mayor rigor, el Papa Clemente XI fundó en Roma la Casa de Corrección conocida como hospicio de San Miguel para recluir a huérfanos, ancianos desvalidos y jóvenes delincuentes que eran sometidos a un verdadero régimen de corrección mediante el trabajo y la disciplina, pues se les imponía el trabajo en común durante el día pero bajo la regla del silencio, recibían además instrucción elemental y religiosa al mismo tiempo que aprendían un oficio. Sin embargo es necesario mencionar que los castigos que se les imponían eran demasiado crueles también, pues lo mismo se les enviaba al calabozo en donde además eran azotados y se les privaba de la raquítica alimentación⁵⁰.

En conclusión podemos decir que los orígenes del internamiento obligado surgido durante el Siglo XVI, en el que se corregían vagos, ociosos, ladrones, prostitutas, delincuentes menores, mendigos y otros, no era tanto debido a la idea de un castigo o sanción, sino más bien la utilización de mano de obra barata para la

⁴⁹ Idem.

⁵⁰ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología*. 3ª Edic. Edit. Porrúa, México, 2000, Pág. 105 y 106.

reciente industria que empezaba a generarse y que en los siglos XVII y XVIII alcanzaría su máximo desarrollo en los países del centro de Europa.

Coincide con esas fechas, la repulsa que empezaba a generalizarse contra la pena de muerte y mucho se decía que debería de ser remplazada por una pena menos cruel y más humana, así se piensa que la prisión puede llegar a convertirse en esa solución y efectivamente se le da tal carácter, empezando la construcción de grandes fortalezas de piedra, frías y lúgubres para mantener seguro al delincuente privado de su libertad y que mediante la soledad de su celda expiara su pena.

Al aumentar los inventos y el empleo de las máquinas en la industria, se fue desplazando al hombre, situación que fue creando una clase social pauperizada y que impulsada por la mendicidad, se dedicaron al vagabundeo, al pillaje y al bandidaje por consecuencia se tuvo que hacer algo para combatirlos y así quienes detentaban el poder que no eran otros que la clase burguesa, centran sus miradas en la cárcel, pero no como medio de ocupación sino como una forma de intimidación, de control y castigo para aquellos pobres desamparados, transformando así la cárcel en prisión.

Y para terminar este tema, es de señalar que hoy en día, aunque parezca increíble, aun hay pueblos que utilizan los azotes, lo cual demuestra que sus legislaciones no han avanzado, tal es el caso del Código Penal de Pakistán, que establece que el delito de atentados al pudor de una mujer, será castigado con penas de 30 latigazos a 10 años de prisión. Para delitos de robo, vandalismo y pillaje, se aplicará la pena de amputación de la mano por un cirujano calificado y con anestesia local. En ciertos casos graves prevé la aplicación de la pena de muerte. por lo que podemos decir, que a este pueblo posiblemente le resulte más efectivo y más intimidante la aplicación de torturas, que como se demostró son más aceptadas que la pena de prisión.

Hasta aquí un breve bosquejo de lo que fueron los antecedentes de lo que ahora se conoce con el nombre de cárcel, como podemos ver en sus orígenes no fue la figura de lo que ahora es, por lo que daremos paso a hablar un poco de lo que fue la historia de las cárceles en México remontándonos a los antiguos pueblos, como los mayas, los tarascos y otros, hasta llegar al México independiente.

1.16 EN EL DERECHO PRECORTESIANO.

*Muy pocos datos precisos se tienen sobre el derecho penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyendo reglamentaciones sobre la materia penal.

Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir al Derecho de tres de los pueblos principales, encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América. Se le llama Derecho Precortesiano a todo el que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortes, designándose así no sólo al orden jurídico de los Aztecas, sino también al de los demás grupos".⁵¹

El Derecho Penal precortesiano, fue rudimentario, símbolo de una civilización que no había alcanzado la perfección en leyes., Por lo que damos paso a desarrollar las normas que existieron hasta antes de la llegada de Hernán Cortes, empezando por el derecho Azteca.

1.16.1 DERECHO AZTECA.

Este Derecho era terriblemente severo, la sanción penal era pública, responsabilidad estricta del Estado y opuesta a la venganza pública, aunque en casos especiales se autorizaba la ejecución de la pena por manos del ofendido

⁵¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, Décima octava Edición, Edit. Porrúa, México, 1992, Págs. 40 y 41.

quien a su vez, también en casos específicos, podía autorizar la atenuación de la pena fijada por el Estado.

La ley azteca era brutal, como más adelante se detallará, en los castigos que se imponían a los que cometían una conducta que se consideraba como dañosa para la sociedad y se puede señalar que, desde la infancia, los individuos que pertenecían al pueblo azteca, seguían una conducta social correcta, y que el que violaba la ley sufría serias consecuencias.

"Las leyes, los delitos y las penas, no surgen por generación espontánea; obedecen a un lento y minucioso proceso de evolución espiritual y social del hombre. La ética social azteca y la religión, se hallaban por lo tanto, a considerable distancia pero coincidían en el interés por la pena. En esas condiciones se explica uno que la restitución al ofendido fuera la base principal del castigo a los actos antisociales. En lo que respecta a la severidad moral de los aztecas; y por miedo a esa severidad, por temor a las leyes, nunca fue necesario recurrir al encarcelamiento como medio para ejecutar el castigo de un crimen. Las jaulas y cercados se emplearon con el objeto de confinar a los prisioneros antes de juzgarlos o sacrificarlos".⁵²

"El mismo Carrancá y Trujillo, recuerda la existencia del llamado *Código Penal de Nezahualcoyotl* para Texcoco, y se estima que el juez tenía amplia libertad para fijar las penas entre las que se contaban principalmente las de muerte y esclavitud, con la confiscación, destierro, suspensión, o destitución del empleo y hasta prisión en cárcel, o en el propio domicilio. Y aunque Texcoco era un reino aparte de los aztecas, su proximidad con Tenochtitlán lo identifican con su organización social. Por lo que se ve, en el caso de los texcocanos se repite la misma regla: brutalidad en la represión y sistema penal severo".⁵³

⁵² CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL. Derecho Penitenciario, Cárceles y Penas en México, Edit. Porrúa, México, 1986, Pág. 14.

⁵³ Idem.

Como se puede ver, en el derecho azteca se conocía la pena de la pérdida de la libertad, pero prácticamente no existía entre ellos un derecho carcelario. Cabe señalar que vivían en pleno periodo de lo que fue la venganza privada y la ley del talión, tanto en el derecho punitivo como en la ejecución de sanciones. Ahora bien, al no aplicar este pueblo sistemáticamente la pena privativa de la libertad, se sabe muy poco de las pocas cárceles que hubo, y mucho menos podemos saber con exactitud, cual era el tratamiento que se les daba a los delincuentes que eran recluidos en una cárcel.

Como señalamos, este Derecho fue muy severo y por lo riguroso de las sanciones y la frecuencia del uso de la pena de muerte, la prisión pasaba a un segundo término y la prisión fue utilizada más que como preventiva.

Al ser muy restringido el uso de la pena privativa de la libertad, las principales cárceles en el Mundo Azteca eran:

- El *teipiloyan*: fue una prisión menos rígida, era para deudores y para reos que no deberían sufrir la pena de muerte.
- El *cuauhcalli*: cárcel para los delitos más graves, destinada a cautivos a quienes habría de serle aplicada la pena capital. Consistía en una jaula de madera muy estrecha y vigilada, donde se procuraba hacer sentir al reo los rigores de la cercanía de la muerte, desde el momento en que era hecho prisionero.
- El *malcalli* era una cárcel especial para los cautivos de guerra, a quienes se tenían con gran cuidado y se obsequiaba comida y bebida abundante.
- El *petlalcalli* o *petlalco*: cárcel en donde eran encerrados los reos por faltas leves.

"Gustavo Malo considera que los aztecas mantenían a sus delincuentes potencialmente bajo el peso de un convenio tácito de terror, sin embargo podemos entender que, al igual que en Europa, en la antigüedad, todas estas penas bárbaras eran aceptadas porque la sociedad era bárbara también".⁵⁴ Refiere la profesora Emma Mendoza.

El derecho azteca era muy intimidante, dadas las penalidades que se establecían, por lo que se deduce que los mexicanos de la antigüedad necesitaban poco de la pena de cárcel, a continuación se refiere una serie de delitos con sus respectivas penas, para darnos una idea de que tan cruel era su derecho:

DELITOS	PENAS
Traición al rey o al Estado	Descuartizamiento
Encubrimiento de tal traición por parte de los parientes.	Pérdida de la libertad.
Espionaje.	Desollamiento en vida.
Deserción en guerra.	Muerte.
Indisciplina en guerra.	Muerte.
Insubordinación.	Muerte.
Cobardía en guerra.	Muerte.
Robo en guerra.	Muerte.
Robo de armas e insignias militares.	Muerte.
Traición en guerra.	Muerte.
Hacer en guerra alguna hostilidad a los enemigos sin órdenes de los jefes.	Degüello.
Acometimiento, en la guerra antes de tiempo.	Degüello.
Cohecho.	Muerte.
Peculado.	Muerte.
Peculado cometido por administrador real.	Muerte y confiscación de bienes.

⁵⁴ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. Derecho Penitenciario, Op cit, Pág. 174.

Hurto en el mercado.	Pérdida del empleo y destierro.
Homicidio, aunque se ejecute en un esclavo.	Muerte.
Incesto en primer grado de consanguinidad o de Afinidad.	Ahorcadura.
Prostitución en las mujeres nobles.	Ahorcadura.
Vestirse de mujer el hombre.	Ahorcadura.
Vestirse de hombre la mujer.	Ahorcadura.
Lesbianismo.	Muerte por garrote.
Homosexualidad en el hombre.	Empalamiento en el sujeto activo; extracción de las entrañas por el orificio anal para el pasivo.
Hurto de oro o de plata.	Paseo denigratorio del ladrón por las calles de la ciudad y posteriormente sacrificio del mismo.
Despilfarro, en los plebeyos, del patrimonio de los padres.	Estrangulación.
Hechicería que atraiga sobre la ciudad calamidades públicas.	Muerte abriendo el pecho.
Riña.	Cárcel.
Lesiones a tercero fuera de riña.	Cárcel ⁵⁵ .

1.16.2 DERECHO MAYA.

*Entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reserva para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y

⁵⁵ CARRANCA Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penitenciario*, Op cit. Pág. 27-33.

corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente. Dice Chavero, que el pueblo maya no usó como pena ni la prisión ni los azotes, pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles. Las sentencias penales eran inapelables".⁵⁶ Según manifiesta Castellanos Tena.

Los mayas, no tenían casa de detención, ni cárceles bien construidas y arregladas, y con justa razón pues, que poco o nada las necesitaban.

Tal parece que la prisión de los mayas fue una jaula para aguardar la ejecución de la pena. Estos serían los antecedentes de su cárcel que era muy rudimentaria.

"Había otra forma, que se podía considerar dentro de los límites del encarcelamiento, si se acepta por tal la pérdida de la libertad. Refiriéndose al homicida menor de edad, Molina Solís escribe: "su tierna edad lo salvaba de la pena de muerte y de las acechanzas de los parientes del occiso; podía conservar la vida, no así la libertad: había de quedar convertido en esclavo perpetuo de la familia del finado, como si se quisiera compensar con sus servicios el daño irreparable que había causado".⁵⁷ Mencionado por el autor Carrancá y Rivas.

De lo anterior se puede decir que constituía una verdadera pérdida de la libertad, aplicada en vez de la muerte cuando el activo del delito era, como en la actualidad se diría, inimputable. O sea, que el legislador maya consideró la falta de responsabilidad plena en el menor, era entonces, un verdadero castigo, más que estar encerrado en algún lugar, ya que el menor sería toda su vida un esclavo y quedaría sujeto a la posible venganza en manos de sus dueños.

"El Código penal maya, aunque puede ser presentado como una prueba de la moralidad de este pueblo, contenía castigos muy severos y generalmente

⁵⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*. Op cit, Pág 38 y 39.

⁵⁷ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Derecho Penitenciario, Cárcels y Penas en México*. Op cit, Pág 38.

desproporcionados a la culpa, defecto de que adolece la legislación primitiva de todos los países. No había más que tres penas: la de muerte, la esclavitud y el resarcimiento del daño que se causaba.

La primera se imponía al traidor a la patria, al homicida, al adúltero y al que corrompía a una virgen; la segunda: al ladrón, al deudor, al extranjero y al prisionero de guerra. Se condenaba el resarcimiento de perjuicios al ladrón que podía pagar el valor del hurto, y también probablemente al matador de un esclavo, que se libraba de la pena de talión pagando el muerto o entregando otro siervo en su lugar.⁵⁸ Nos manifiesta Raúl Carrancá.

La prisión nunca se imponía como un castigo; pero había cárceles para guardar a los cautivos y a los delincuentes, mientras llegaba el día en que fuesen conducidos al sacrificio o que sufriesen la pena a que habían sido condenados.

Las cárceles consistían en grandes jaulas de madera, expuestas al aire libre, adecuados sin duda al suplicio que aguardaba al preso, también los cautivos aguardaban la hora del sacrificio en esas jaulas de madera, con lo que dichas jaulas cumplían una doble función: retener al delincuente y al cautivo, en espera de la aplicación de la pena o sacrificio.

"Hay que recordar, también, que entre los mayas los azotes fueron desconocidos en la época precortesiana, pero a los presos se les amarraban las manos por la espalda y se les sujetaba el cuello con una pesada collera de cordeles y palos, en todo ello figuraba el rigor de la justicia para poner temor y freno para que los malos no se desmandasen en hacer mal".⁵⁹ En tal forma refiere Raúl Carrancá.

DELITOS

Sospecha de adulterio.

PENAS

Amarradura de las manos a la espalda, varias horas o en un día.

⁵⁸ *Ibidem*, Pág. 39.

⁵⁹ *Ibidem*, Pág. 40 y 41.

Violación.	Lapidación, con la participación del pueblo entero.
Estupro.	Lapidación con la participación del pueblo entero.
Corrupción de virgen.	Muerte.
Hurto en manos de un plebeyo.	Pago de la cosa robada, o esclavitud, en algunas ocasiones muerte.
Traición a la patria.	Muerte.
Homicidio de un esclavo.	Resarcimiento del perjuicio.
Deudas en el juego de pelota.	Esclavitud.
Incendio doloso.	Muerte. En algunos casos satisfacción del daño.
Daño en la propiedad de terceros.	Indemnización de su importe con los bienes propios de su ofensor". ⁶⁰

Apunta Miguel Ángel Cortés Ibarra que "entre los mayas, el adúltero podía ser perdonado por el ofendido o bien matarlo; para la adúltera la infamia y el menosprecio de los demás se consideraba suficiente castigo. El robo era castigado con esclavitud cuando la cosa no se regresaba a su dueño. Los que desobedecían las órdenes del Rey, eran muertos".⁶¹

Lo que se puede decir, del Derecho Penal Precortesiano es, que se caracterizó por su crueldad e injusticia, y el Derecho Penal Maya no era la excepción. Tal situación tenía su explicación en que el poder absoluto concentrado en el rey y un grupo de privilegiados, se valían de atroces formas de represión con el objeto de mantener su imposición sobre la masa popular.

⁶⁰ *Ibidem*, Pág. 42 y 43.

⁶¹ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. *Derecho Penal Parte General*, 4ª Edición, Edit. Cárdenas editor y distribuidor, México, 1992. Pág. 29.

Es factible sostener que los antiguos mexicanos no vivían en estado de anarquía, ni de absoluto desorden. La Penología precortesiana es el espejo de un estado de semicivilización; en el mundo precortesiano, como en el nuestro, el castigo expresa un sentimiento de indignación experimentado por la comunidad, ante el comportamiento que entra en pugna con sus valores.

1.17 LA COLONIA

Parece que la Colonia utilizó más que el derecho de las leyes, el jurisprudencial, prevaleciendo ciertos criterios, como el de que la justicia debería ser rápida, tener un sentido de protección a los más débiles, esto es, a los pobres y a los indios, y parece que la justicia había llegado a la individualización de la pena.

En la Colonia, tuvieron vigencia los ordenamientos generales para España, y otras legislaciones que eran para la Nueva España. A estas últimas se les conoció con el nombre de Derecho Indiano, de la cual, la más importante y en la que se va a hacer más énfasis, es la Recopilación de las Leyes de las Indias. Hubo numerosos fueros, pero tenían la peculiaridad de ser un doble sentido de estatutos y de jurisdicciones.

Sergio García Ramírez, señala que rigieron "el Fuero Juzgo, incluido por el Rey Fernando III, en el siglo XIII; el Fuero Viejo de Castilla, de 1356; el Fuero Real, de Alfonso X, de 1255; las Leyes de Estilo, que depuraron las normas del Fuero Real, a fines del siglo XIII; Las Siete Partidas (la séptima se ocupa de materia criminal), comenzadas por el Rey Alfonso X el Sabio, en 1255, y sancionadas y publicadas por Alfonso XI; el Ordenamiento de Alcalá, de Alfonso XI, de 1348; el Ordenamiento Real, publicado bajo los Reyes Fernando e Isabel; las Leyes del Toro, de 1502; la Nueva Recopilación, dispuesta por Felipe II y sancionada en 1567; la citada Recopilación de los Reinos de las Indias; los Sumarios de las Cédulas, órdenes, provisiones y autos reunidos por Montemayor (1677) y Beleña

(1787); las Ordenanzas de Minería, de 1783; las Ordenanzas de Intendentes, expedidas en 1786, y la Novísima Recopilación de 1805.⁶²

Por lo que una vez consolidada la conquista de la nuestra patria, se implantaron en un principio en la Nueva España las instituciones jurídicas de Iberia.

Miguel Ángel Cortés Ibarra señala que "en 1528 se organizó el Consejo de Indias, órgano legislativo y a la vez Tribunal Superior, que creó una abundante y diversificada legislación de indias, aplicable a la población de la colonia, con tendencia de adecuar los preceptos a la situación económica y social que prevalecía. Estas leyes se complementaban con disposiciones dictadas por Virreyes, Audiencias y Cabildos".⁶³

Para 1596 se inició la recopilación de leyes aplicables en la Nueva España, siendo notable el Cedulaario de Puga, la Recopilación de Encinas, el libro de Cédulas y Provisiones del Rey, los Nueve Libros de Diego Zorrilla, la Recopilación de Cédulas los Sumarios de Cédulas, Órdenes y Provisiones Reales de Montemayor, entre otras.

Establece Ignacio Villalobos que "en 1596 se formó la primera recopilación de las Leyes de Indias, que para el siglo XVII contaba ya con 9 libros. El propósito era que los españoles se rigieran por sus propias leyes; los indios por disposiciones proteccionistas que se juzgaban adecuadas; los mestizos y negros, enviados estos últimos a la Casa de Contratación de Sevilla, por enérgicas disposiciones encaminadas a prevenir frecuentes motines".⁶⁴

En la *Ley de los Reinos de las Indias*, se contienen diversas materias de Derecho las cuales se tratan de forma desordenada y confusa; el libro octavo se denomina

⁶² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Panorama del Derecho Mexicano, Derecho Penal*, Edit. McGraw-Hill, México, 1998, Pág. 3.

⁶³ Idem.

⁶⁴ VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano parte general*, 5ª Edición, Edit. Porrúa, México, 1990, Pág. 112.

De los delitos y penas; en él se exime a los indígenas de las penas de azotes y pecuniarias y se les fija la de prestación de servicios personales en conventos o monasterios; a los indígenas mayores de 18 años se les podía utilizar en los transportes, cuando no existían caminos en los lugares o cuando se carecía de bestias de carga. En general, los delitos contra los indios eran castigados severamente.

"Las Leyes de las Indias autorizaban expresamente la prisión, desde la época virreinal, siempre con la finalidad de asegurar al procesado, y en la Recopilación de las Leyes de Indias se encuentran disposiciones en el sentido de estimular la construcción de cárceles en todas las ciudades, procurando el buen trato de los presos, prohibiendo que los carceleros utilizaran a los indios en su beneficio y trataran con los presos".⁶⁵

También en esta ley se establecen cuestiones que prohíben los juegos de azar y se reitera el principio de que las prisiones no deben de ser privadas, sino estatales.

En 1783 promulgó el Virrey las Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del cuerpo de Minería de la Nueva España y de su Tribunal, que contenía especiales disposiciones de carácter penal: se castigaba con penas que iban hasta la mutilación, el robo de metales o su ocultamiento intencional.

Dice Emma Mendoza Bremautz que "existía la dicotomía Estado-Iglesia en materia penal, reconociendo la Corona Española la jurisdicción eclesiástica para asuntos de carácter espiritual y religioso, los cuales a partir de la Cédula impresa el 21 de diciembre de 1787, podían ser juzgados por los jueces eclesiásticos, pero deberían de remitirse los autos cuando procedieran penas espirituales a los jueces

⁶⁵ MENDOZA BREMAUTZ, Emma. *Derecho Penitenciario*. Op cit, Pág. 70.

seculares, que les prestarían auxilio mediante la relajación para el cumplimiento de la sentencia".⁶⁶

En ese mundo colonial tan complejo proferir malas palabras, deshonestas o bien demasiado sonoras, también era motivo de castigo. E igualmente lo era la bigamia y las uniones realizadas a espaldas de la Iglesia.

Los procesos coloniales fueron, además de espectaculares, variados. La temática de esos procesos era rica y compleja, y contribuye a que el Derecho penal colonial nos ofrezca un cuadro sumamente interesante de delitos que debieron ser más delitos y o delitos que nunca debieron serlo. Sin embargo, lo que sí es evidente es que la colonia mexicana nos ilustra sobre esta peculiaridad de Derecho Penal: que cambia el concepto sobre delitos y penas, según cambian y son los tiempos.

Señala Carrancá y Rivas, los principales delitos y penas correspondientes durante la colonia, resumiéndolos en los siguientes:

DELITOS

PENAS

Reincidencia en el judaísmo

Proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio.

Herejía, rebeldía y afrancesamiento

Relajamiento y muerte en la hoguera, proceso y ejecución de la pena a cargo del Santo Oficio.

Ocultación de ídolos y hechicería

Reclusión en el monasterio de San Francisco, con el

⁶⁶ *Ibidem*, Pág. 171.

	objeto de hacer acto de Constricción
Hechicería (para el gobierno de indias)	Azotes en público y atadura en un tianguis donde habría de permanecer el acusado dos o tres horas, con una coraza en la cabeza.
Robo y asalto.	Muerte en la horca, hacer cuartos el cuerpo y poner estos en las calzadas.
Complicidad en asalto.	Azotes.
Encubrimiento en asalto.	Azotes.
Robo.	Muerte en la horca, en el sitio de los hechos.
Asalto.	Garrote en la cárcel; después sacar el cuerpo y ponerlo en la horca.
Homicidio.	Muerte en la horca en el lugar de los hechos.
Homicidio y robo.	Garrote con previo traslado al sitio del suplicio por las calles públicas. Las ejecuciones duraban de las once de la

mañana a la una de la tarde. Exhibición de los cadáveres en el patíbulo hasta las cinco de la tarde. Posterior separación de las manos y fijación de las mismas en escapias puestas en la puerta de la casa en que cometió el homicidio.

Suicidio.

Colocación del cuerpo en una mula, paseo del mismo por la ciudad y pregón de su delito a gritos. Luego, ejecución en la horca con idénticas ceremonias que a los vivos.

Daño en propiedad ajena.

Azotes.

Alcahuetaría.

Empujamiento debajo de la horca.

Embriaguez.

Azotes.⁶⁷

No es posible omitir que la penología colonial, instituyó un sistema de crueldad, pero no se olvide que la colonia tuvo tres siglos de prolongada conquista, hasta que vino la independencia.

⁶⁷ CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Derecho Penitenciario Cárceles y Penas en México, Op cit, Pág. 188, 189 y 190.

La colonia marcó la pauta de la actividad legislativa en México. Puesto que la colonia representó el trasplante de las instituciones jurídicas españolas a suelo mexicano, se impuso una actividad en la materia. Se puede decir, que ahí se descubrió qué era lo legible.

1.18 EN EL MÉXICO INDEPENDIENTE.

Apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año, Morelos decretó en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, por el Cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en el posible, la nueva y difícil situación.

Al consumarse la independencia de nuestra nación, entre las principales leyes vigentes se señalaron la Recopilación de las Indias, Autos Acordados, Ordenanzas de Minería, de Aguas y de Gremios. Las Partidas, la Novísima Recopilación y las Ordenanzas de Bilbao, integraron el Derecho Supletorio.

Señala Miguel Ángel Cortés Ibarra que "por exigencias sociales y políticas, el nuevo gobierno surgido se preocupó hondamente en la organización, constitución y administración del Estado y de lo anterior se le dio gran preferencia al Derecho constitucional y administrativo, para garantizar una adecuada seguridad social, se reglamentó el uso de bebidas alcohólicas, la portación de armas, se organizó la policía, se reprimió la vagancia, la mendicidad y a los salteadores de caminos."⁶⁸

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, aspiración del pueblo, decretada el cuatro de octubre de 1824, adoptó en sus artículos 4 y 5 el sistema Federal, dividiendo su territorio en Estados libres y soberanos en sus regimenes

⁶⁸ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal Parte General. Op cit, Pág. 31.

interiores. Esta nueva organización política concedía facultades a los Estados Federales de legislar en materia o jurisdicción local.

Al respecto, Ignacio Villalobos comenta que "La constitución de 1824, de tipo Federal, requería que cada entidad tuviera su legislación propia; pero la fuerza de la costumbre y la necesidad de resolver de inmediato la carencia de leyes locales, hicieron que en 1838 se tuviera por vigentes en todo el territorio las leyes de la Colonia".⁶⁹

Es de destacar que con posterioridad a la Constitución de 1857 que mantuvo el sistema federal, el gobierno continuaba reconociendo la vigencia de la legislación colonial, operando supletoriamente la de España.

"Durante la presidencia de Benito Juárez (1867), y restablecida la tranquilidad con el fusilamiento de Maximiliano, Miramón y Mejía, fue cuando el Secretario de Instrucción Pública, Antonio Martínez de Castro, organizó y presidió la comisión redactora del primer Código Penal Federal Mexicano; como vocales intervinieron José María Lafragua, Manuel Ortiz de Montellano y Manuel M. De Zamacona. Esta comisión, que trabajó con verdadero entusiasmo y constante dedicación, logró cristalizar sus anhelos el 7 de diciembre de 1871, fecha en la cual fue promulgado y aprobado el proyecto elaborado para comenzar a regir el 01 de abril de 1872 en el Distrito Federal y Territorios de la Federación". Señala Miguel Ángel Cortés Ibarra.⁷⁰

En lo federal, la misma Comisión que compuso el proyecto local de 1872 hizo otro, para la Federación, en el propio año. El primer Código federal penal de 1908, adoptó los lineamientos del distrital de 1894. Fue relevado por el Código en vigor. De 1934, en cuya Comisión redactora participaron Emilio Portes Gil, Ángel González de la Vega, Ángel Carvajal, Macedonio Uribe, Telesforo Ocampo Jr. y Ezequiel Borge. En la correspondiente exposición de motivos, se ha indicado

⁶⁹ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte general. Op cit, Pág. 113.

⁷⁰ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal Parte General, Op cit, Pág. 32.

que el Código de 1934 procuró ajustar la ley a la realidad, la experiencia, la Constitución y el Código Penal de 1931.

Como resumen de esta época, nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay indicios de humanitarismos en algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas Constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se pueden afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes se hayan realizado.

CAPÍTULO II.
DIVERSOS CONCEPTOS.
2.1 CONCEPTO DE DELITO.

El delito es producto de la conducta humana y ésta última nace como consecuencia de la preexistencia de la acción del hombre en una sociedad dinámica, ante la necesidad de regular el permanente roce de todos aquellos que mantienen la relación primaria de agruparse.

Es esta necesidad de regular los límites de cada uno en función de los límites del semejante, la que mueve originalmente la primitiva concepción político-religiosa a amedrentar al grupo bajo amenazas de sanciones que intentan poner fin al desmedido afán posesivo y gratificante que posee la naturaleza animal del hombre.

Aparecen así primero los intereses del poder que hay que salvaguardar y, en la medida que se generaliza el ensanche cuantitativo y cualitativo de las relaciones personales, más se aplican las regulaciones, que no siempre intentan proteger lo que es beneficioso para todos, cayéndose en el error de dar amparo a lo que se defiende con fines egoístas y no altruistas de ciertos grupos en detrimento de otros.

Es en este capítulo, en donde se van a exponer los diferentes conceptos que se han dado del delito por los diversos juristas y tratadistas del derecho penal, y por obvia razón los precursores de lo que es la llamada *Teoría del delito*.

Y así, Carlos Fontán Balestra establece que: "partiendo tanto del fin perseguido como de la idea inspiradora, podemos reunir las definiciones en dos grandes grupos: a) Definiciones prejurídicas o condicionantes de las legislaciones; b) Definiciones dogmáticas, referidas a una legislación positiva. Dentro de las

primeras, distinguimos las que tienen una fundamentación filosófica-jurídica, de las que responden a un enfoque puramente sociológico o naturalista del delito".⁷¹

Empezaremos por describir, apoyándonos en Fontán Palestra, lo que se considera como derecho natural, cuyos principales autores fueron Giovanni Carmignani y de Francesco Carrara, los cuales definieron al delito de la siguiente manera: "Carmignani, definió el delito como la infracción de la ley del Estado protectora de seguridad pública y privada mediante un hecho del hombre cometido con perfecta y directa intención, Carrara perfecciona la definición que queda formulada en estos términos: *infracción de la ley Estado, promulgada para seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso*".⁷²

La anterior definición de lo que es el delito para Carrara, es aceptada por la mayoría de los autores, pues esta definición contiene elementos materialmente dirigidos al análisis sustancial de la ley misma en cuanto incrimina un hecho. Sebastián Soler y Carlos Fontán Balestra coinciden al decir que Carrara al dar esa definición buscaba fijar y encontrar el límite perpetuo de lo ilícito, es decir, se presupone con ello hacer saber a quienes tienen a su cargo la elaboración y sanción de las leyes, que no habrá delito mientras no exista la ley cuya violación tenga pena fijada previamente, los gobernadores y legisladores no deben calificar como delito ningún hecho que no reúna las características dadas en su definición.

Siguiendo con la definición dada por Carrara, José F. Argibay Molina, opina que: "en la palabra infracción los autores contemporáneos han encontrado el antecedente más precioso que retrospectivamente puede hallarse acerca de la idea actual de antijuricidad, porque "infracción" es, en efecto, la contrariedad entre el hecho del hombre y el derecho; es decir, el delito no coincide en la acción

⁷¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción y parte general. Op cit, Pág. 163.

⁷² FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Tomo I Parte General, 2ª Edición, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires Argentina, 1990, Pág. 326.

misma ni en el orden normativo al que lesiona, sino en la relación entre ambos, relación que es de contrariedad".⁷³

El delito será sólo el hecho humano que contrarie cierta ley del estado: la promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, y ello tiene estrecha relación con la concepción de que el legislador únicamente describe como delitos aquellas acciones que además de causar daño inmediato al titular del derecho lesionado, ocasiona uno mediato a la sociedad por la alarma que provoca en su seno.

Carlos Fontán considera que "la definición de Carrara nace de la idea que es el fundamento de toda su doctrina: el delito no es una conducta, ni una prohibición legal; es un *ente jurídico*; es la lesión de un derecho por la obra de una acción u omisión humana: *la infracción de la ley del Estado*. Se propone con ello hacer saber a quienes tienen a su cargo la elaboración y sanción de las leyes, que no habrá delito mientras no exista la ley cuya violación tenga pena fijada previamente".⁷⁴

Carrara sienta su criterio al considerar que el delito no es un hecho, sino una infracción, adapta su noción de ente jurídico al choque con la ley, es lo que lo constituye. Pero esa consolidación ha de producirse con la ley del Estado, la ley de los hombres, la ley civil, distinguiéndose así el delito del pecado y del vicio. Un acto sólo puede considerarse punible cuando la ley lo prohíbe.

De donde podemos concluir que la definición de Carrara y toda su doctrina, constituyeron en su momento un avance claro para la ciencia penal, y muchas de sus conclusiones pueden ser adoptadas como actuales.

⁷³ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, 8ª Reimpresión, Edit. TEA, Buenos Aires, Argentina, 1978, Tomo I, Pág. 146.

⁷⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción y parte general, Op cit, Pág. 163.

Siguiendo con la definición del delito, entraremos a una etapa denominada positivismo penal en la que se tuvo un especial interés por la creación de definiciones del delito por parte de sus principales exponentes como Garófalo, Ferri, Lombroso y otros.

Carlos Fontán señala que "Lombroso estudia al delito como un hecho biológico, pero ese concepto no resultaba suficiente para explicar la posición del positivismo frente a los distintos problemas de nuestra disciplina. La escuela que funda Lombroso sostenía que el delincuente era un individuo predispuesto al delito por motivo de su constitución psicofísica".⁷⁵

Vemos que esta perspectiva de Lombroso en su época fue muy importante, ya que describía al delincuente desde un punto de vista biológico, y tiene su razón de ser ya que él era médico y no abogado y por ende tenía otra forma de ver las cosas y otra opinión.

Garófalo por su parte, "hace el análisis de los sentimientos para elaborar su definición sobre la base de la existencia de los que considera perdurables en la humanidad; que son, según él, los de piedad y probidad o justicia. La lesión de tales sentimientos constituye, entonces el delito natural. Pero el ataque debe lesionarlos en la medida en que son poseídos por las razas humanas superiores y que es necesaria para la adaptación del individuo en sociedad".⁷⁶ Apunta Carlos Fontán.

Para salvaguardar la dificultad, Garófalo cambia el objeto del estudio y en vez de analizar si hay hechos que hayan sido simplemente considerados como criminales, investiga si en la historia de la humanidad hay sentimientos perdurables, cuyo ataque siempre se conceptúe como fundamental lesión humana. Su contestación es afirmativa, encontrando que un mínimo de los

⁷⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Op cit, Pág. 328.

⁷⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción y parte general, Op cit, Pág 166.

sentimientos de la benevolencia y justicia, constituido por los que llama sentimientos de piedad y probidad, ha existido casi siempre en la especie humana. La lesión al sentimiento de piedad o benevolencia, estaba constituida por los delitos que causan dolor, es decir, los delitos contra la persona, en cualquiera de los aspectos en que ésta es susceptible de ser víctima de daño directo. La lesión al sentimiento de justicia o probidad por los delitos que producen detrimento a la propiedad y a los derechos civiles, Garófalo concibe ciertos delitos que llama de "creación política" que son los delitos contra el estado.

Sebastián Soler hace una crítica a la concepción de Garófalo y al respecto dice: "el sistema de Garófalo, se vincula a la teoría del derecho natural. De la exposición de aquella deduce un hecho: puede ser exacto que sean delitos las ofensas a los sentimientos de piedad y probidad; pero tropezamos con que, en cuanto concretamente queremos referirnos a determinados hechos, toda orientación se pierde, y sólo nos queda, para guiarnos, el conjunto de leyes penales de la época. Los sentimientos de piedad y probidad difieren radicalmente hasta determinar, según el tiempo, la incriminación de los actos más diversos"⁷⁷

La insatisfacción positivista por la teoría de Garófalo, hace que esa doctrina no alcance aceptación de los más calificados de esa escuela, y así tanto Ferri como Florián la rechazan como concepción inaceptable.

Posteriormente "Ferri, critica a Garófalo señalando que el delito lesiona a la convivencia social, antes que a determinados sentimientos, definiéndolo como las acciones determinadas por motivos individuales y antisociales que alteran las condiciones de existencia y lesionan la moralidad media de un pueblo dado en un momento determinado".⁷⁸ Apunta José F. Argibay.

⁷⁷ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit, Pág. 146.

⁷⁸ ARGIBAY MOLINA, José F., Et. Al. Derecho Penal parte general, Edit. Edinar, Buenos Aires, Argentina, 1972, Tomo I, Pág. 149.

Dentro de las principales críticas que Ferri hace a Garófalo se pueden sintetizar la definición excluyente sin razón atendible, otros sentimientos cuya lesión puede dar lugar a delitos; el delito es más un ataque a las condiciones de convivencia social, que a los sentimientos; es necesario para que el delito exista, que la lesión se haya producido a impulso de un móvil antisocial.

Establece Carlos Fontán que "Florián, que lo mismo que otros positivistas no acepta la definición de Garófalo, tal y como éste la formuló, hace notar que el concepto de delito es por su misma esencia relativo, y que la incriminación representa la valoración que, desde el punto de vista del interés general, la sociedad, en ciertos periodos, hace de determinadas acciones".⁷⁹

Florián expresa su conformidad con el concepto fundamental de esa definición, si bien rechaza alguno de sus elementos, como ser el móvil, ya que es de toda evidencia que no puede acordarse al móvil una función tan preponderante que, no siendo egoísta, quite, por ejemplo, a un homicidio el carácter del delito.

Otra corriente, de la que puede considerarse el representante más puro a Grisignani, define al delito en su aspecto sustancial, como "aquellas acciones que tornan imposible o colocan en grave peligro la convivencia y la cooperación de los individuos que constituyen una sociedad"⁸⁰ opina Carlos Fontán.

Se ha observado de esta definición, que sólo se adapta a los delitos más graves, pero no resulta adecuada para los más leves.

Estas definiciones no pueden ser criticadas enfrentando su contenido con el de la noción dogmática del delito, porque no se pretende sustituir una por otra. El positivismo se propuso encontrar las nociones sociales de las cuales toma el legislador los elementos para instituir un hecho como delito. Por eso no le falta

⁷⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y parte general. Op cit, Pág. 166.

⁸⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Op cit, Pág. 331.

razón al maestro Jiménez de Asúa, cuando ve en Garófalo un original precursor de la teoría de las normas de cultura formulada más tarde por Marx Ernst Mayer.

Para entender el proceso desde el punto de vista marxista, no es posible dejar de tomar en cuenta que, según éste, en la sociedad el proceso de producción es lo que crea las verdaderas relaciones que constituyen la estructura social. El derecho no pertenece al mundo material, sino al de las ideas y para Marx lo ideal no es sino lo material transformado y traducido en la mente del hombre, exactamente al revés de lo que pensaba Hegel. De ahí la importancia que dentro del sistema marxista reviste el concepto de ideología, que es el nombre dado por Marx al fenómeno del pensamiento colectivo que procede de acuerdo con intereses y situaciones sociales.

José F. Argibay considera que "también Von Liszt considera que el delito es un hecho al cual el orden jurídico asocia una pena como lógica consecuencia. Pero hace luego un análisis del cual deduce, que el delito ha de ser un acto humano antijurídico y culpable.

Seguidamente se pregunta si la circunstancia de estar sancionado con una pena debe de incluirse o no, como elemento esencial de la definición del delito. Se decide por la afirmativa, por considerar que la pena es un elemento específico del delito, ya que el legislador la reserva como consecuencia únicamente del delito y no de los demás actos antijurídicos cumplidos culpablemente. Así, pues, queda completa la definición en los términos, acto humano culpable, antijurídico y sancionado con una pena".⁸¹

En verdad Franz Von Liszt puede ser considerado el primer autor que estudió en la proporción y medida adecuada todos y cada uno de los elementos del delito. Antes de él, la acción había sido el objeto del estudio, sino excluyente, de muy marcada preferencia; sin descuidar ese aspecto del delito, trata con detenimiento

⁸¹ ARGIBAY MOLINA, José F., Et. Al. Derecho Penal parte general, Op cit P 168.

la antijuricidad, la culpabilidad y la punibilidad, como características de la acción delictiva.

La definición de Von Liszt no presenta mayores novedades con respecto a las formuladas anteriormente; el mérito de su obra consiste, como se ha dicho, en haber penetrado en el estudio detenido de los elementos del delito, lo cual hizo con sistema y profundidad admirables.

Para Carlos Fontán en su libro Derecho Penal, señala la definición dada por Ernst Von Beling señalando que "para este autor el delito es un acción típica, antijurídica, culpable, subsumible, bajo una sanción penal adecuada y que satisfaga las condiciones de punibilidad.

Resulta de la definición que para que un acto sea delito son necesarios estos requisitos: a) Acción descrita en la ley es decir, tipicidad: b) Que sea contraria al derecho; c) Culpabilidad, o sea, que el autor haya obrado con dolo o culpa: d) Que sea subsumible bajo una sanción penal adecuada; e) Que se den la condiciones de punibilidad. Como puede verse, en esa definición aparece un nuevo elemento del delito: la tipicidad".⁸²

Considera Beling y haciendo referencia expresa a la definición dada por Von Liszt, juzga que es incompleta, porque sólo se enumera en ella los elementos antijuricidad y culpabilidad, olvidando los demás, todos los cuales deben de tomarse en cuenta en una definición técnica.

Además la enumeración resulta innecesaria, si luego ha de agregarse la fórmula "sancionada con una pena", ya que en ella está contenida la noción de la antijuricidad y la de la culpabilidad. Hubiera valido más, decir que el delito es una acción sancionada con una pena. Beling cree que la característica esencial para distinguir las acciones punibles de las que siendo antijurídicas y culpables no

⁸² FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal introducción y parte general. Op cit. Pág 168.

conducen a una pena: es la tipicidad, porque solamente las acciones punibles son típicas y no hay más delitos que aquellos que pueden adecuarse a un tipo penal.

"Para la primera doctrina de Edmundo Mezger puede condensarse la definición de delito diciendo: delito es la acción típicamente antijurídica y culpable. Como se ve, la tipicidad califica la antijuricidad y la culpabilidad, a través de la expresión típicamente antijurídica y culpable. Por eso Mezger no trata independientemente la tipicidad, sino que para él es sólo una parte del estudio de la antijuricidad.

1.- La acción. En el sistema del tratado de Mezger la acción se estudia cayendo siempre sobre un tipo jurídico penal. Además, no ha de concurrir ninguna causa de exclusión del injusto y ha de ser imputable al agente.

2.- Tipicidad y antijuricidad. El tipo es el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal. Es al tratar la tipicidad dentro del estudio de la antijuricidad donde adopta Mezger una posición extrema con respecto a la de Beling: el que actúa típicamente, actúa también antijurídicamente, en tanto no exista una causa de exclusión del injusto.

3.- Supresión de la amenaza de pena. Haciendo razonamientos análogos a los de Meyer, Mezger considera innecesaria la inclusión de la pena en la definición del delito, criterio que, como en seguida se verá, ha de modificar en trabajos posteriores.

4.- Las condiciones de punibilidad. Juzga, además, que no es correcto hacer referencia a las condiciones de punibilidad, porque ellas, aunque en conexión menos íntima, pertenecen también al tipo del delito y sería reducir demasiado este último, fijarles lugar independiente como lo hace Beling, por el hecho de que no son captadas por la culpabilidad del agente".⁸³

⁸³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Op cit, Pág. 346.

Escrito lo anterior, y explicadas los diversos conceptos que se han dado a la palabra delito por distintos autores, es hora de dar paso al concepto de delito en nuestro país, remontándonos al Código Penal de 1871 que establecía que delito, es la infracción voluntaria de una ley penal haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda.

Celestino Porte Petit apunta que: "el proyecto de reformas al Código de 1871, determina: son delitos las infracciones previstas en el libro tercero de este Código y las demás designadas por la ley bajo esa denominación. Y en su exposición de motivos se dice que se ha considerado necesario cambiar las definiciones de delito y falta que da el Código, pues se encuentra que los defectos de que adolecen son de gravedad tal que las vician radicalmente"⁸⁴

Por lo que se puede señalar que los vicios principales que se señalan en la definición de delito antes transcrita son:

I.- El delito no es una infracción de la ley penal, sino de los principios que informan esa ley, pues ley penal es la que define y castiga los actos u omisiones punibles, y no es esa ley la que el delincuente viola, sino el precepto jurídico cuya sanción establece ella. En rigor, la ley penal sólo puede ser violada por los tribunales encargados de aplicarla; violación que están destinados a reparar los recursos legales y especialmente el de casación.

II.- El término voluntaria hace muy confusa la definición. Por voluntario no se puede entender intencional en este caso, pues que hay delitos de culpa, o sea no intencionales, y sería impicante definir el delito diciendo que es la infracción intencional. El único sentido en que parece posible entender el término voluntaria, es de consciente y libre; pero entonces parece que se ha incurrido, por lo menos, en inconsecuencia, pues introduciendo en la definición un elemento de la

⁸⁴ PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, 5ª Edición, Edit. Porrúa, México, 1980, Tomo I. Págs. 243 y 244.

imputabilidad, igualmente debería encontrar lugar en ella el discernimiento o razón moral que es el otro elemento, según la teoría clásica seguida por el Código.

Estos defectos de la definición parecen provenir, sobre todo, de que su autor se colocó en un punto de vista rigurosamente doctrinario, como si hubiese querido definir el delito legal en la cátedra o en un tratado jurídico. El objeto de la definición que se haga en la ley, fijando el sentido en que se emplea el término delito, y por eso no es necesario elevarse a las alturas filosóficas".⁸⁵

El Código Penal de 1929 establece que delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal.

El Código de 1931, en su artículo 7º, preceptúa que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, definición que hasta nuestros días sigue vigente, y a lo que Porte Petit, considera que en realidad no hay necesidad de definir el delito, por no reportar ninguna utilidad al juez y ser siempre las definiciones síntesis incompletas de lo que se trata de definir.

En el anteproyecto de Código Penal de 1949, para el Distrito Federal y Territorios Federales y de 1958 Código Penal Tipo para la República Mexicana, no se incluye la definición de delito por considerarla irrelevante e innecesaria, dado que, si en la parte especial del Código Penal se reglamentan conductas o hechos constitutivos de delito, es superfluo establecer el concepto del mismo en la Parte General de dichos ordenamientos.

Carrancá y Trujillo y Jiménez Huerta realizaron esfuerzos para explicar lo relativo a la definición que da el artículo 7º del Código Penal de 1931 y hablan al respecto diciendo: "el primero nos dice: podemos concluir que los caracteres constitutivos del delito, según el Código Penal, son: tratarse de un acto u omisión, en una palabra de una acción, de una conducta humana; y estar sancionados por las

⁸⁵ Idem.

leyes penales. El segundo, expone: el artículo 7º del Código Penal de 1931 expresa que delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales; pero el concepto no queda integrado únicamente con estas palabras. De ser así sería también innecesario el elemento de la culpabilidad, pues el mismo no se menciona en dicho artículo. Sin embargo, en la definición del artículo 7º hallase insito dicho elemento, por ser uno de los conceptuales del delito.

Idénticamente acontece en orden a la antijuricidad del acto u omisión que sancionan las leyes penales. El carácter antijurídico de dicho acto u omisión está insito en la fórmula sintética de la ley, por ser igual, un elemento conceptual de la infracción. Cuando la acción u omisión en juicio no sea en el caso concreto antijurídica, bien por disposición expresa de la ley, bien por especiales consideraciones que impiden que el acto pueda ser valorado contrario al derecho, no es posible hablar de la existencia de un delito, pues falta uno de los elementos integradores de su contenido conceptual.

Las fórmulas de expresión de la ley no agotan la idea conceptual del delito. Fuera de la ley por perfecta que sea su redacción, quedan pensamientos y esencia rectoras que norman el concepto del delito; pensamientos y esencias que han de jugar papel importantísimo a través de la función creadora y de la interpretación*.⁸⁶

2.2 CONCEPTO DE DELINCUENTE

En ésta investigación, nos es importante hablar del delito, del delincuente y de la pena, pues consideramos que uno no se da sin el otro, y aunque la mayoría de los autores casi no tocan el tema del delincuente, vamos a proporcionar un bosquejo de tan importante figura.

Como el interés por las investigaciones biológicas, psicológicas, psiquiátricas y sociológicas alcanzan también a la ciencia del Derecho penal será considerado el

* PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal. Op cit, Pág. 248.

delito, en mayor medida que hasta ahora, encarnación de la personalidad, obra y creación del delincuente, esta es la nueva teoría criminalística de la creación. Puesto que personalmente ha de padecer la pena, aparece como un mandato de la justicia, así como un método eficaz de lucha, adecuar la pena y su aplicación a la personalidad del autor.

Guillermo Saver señala que: "en el movimiento de reforma político-criminal suscitado por Von Liszt a fines del siglo llegó a ser banderín programático de lucha, el principio que fácilmente se presta a ser mal interpretado, no se ha de castigar al hecho sino al autor. Así como el médico inteligente no deja, ante todo, iniciar la enfermedad amenazadora, sino que adopta oportunamente medidas preventivas, así también la justicia penal no debía esperar al delito, sino encarcelar oportunamente al autor a fin de que se evite la víctima en la vida social".⁶⁷

Y así, Sergio García Ramírez apunta: "que en una primera etapa, cuya penetración hasta nuestros días es evidente, por más que un examen simplista de las cosas suponga lo contrario, el criminal es visto como un sujeto ético ante todo, dotado de libre albedrío, dueño de sus actos, merecedor de reproche moral, que acarrea la retribución por vía del castigo, cuyos íntimos sentidos y apetito son morales a sí mismo".⁶⁸

El concepto de delincuente que acabamos de transcribir, podríamos considerarlo un poco monótono, pues todos los hombres son iguales, con culpas también iguales y en términos generales con características similares, a lo que nos surge una pregunta sobre éste autor, esta es si consideraba que por el sólo hecho de ser delincuente ¿tendría las mismas características que cualquier otro sujeto?, a lo que no compartimos su punto de vista pues como se comentó en líneas anteriores todos los hombres somos iguales y por ende resulta tedioso tratar de describirlos en una definición.

⁶⁷ SAVER, Guillermo. Derecho Penal parte general, Edit. Bosch Casa Editorial, Barcelona, España, 1956, Pág. 63

⁶⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal (estudios), Editorial Porrúa, México, 1982, Pág. 9.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

"En una segunda etapa, en donde la consideración natural del hecho y del hombre prevalece sobre el dictamen formal, el delincuente es visto como sujeto psicosocial primordialmente, conducido y aún zarandeado por determinaciones que lleva en la sangre, ancestralmente, o que recibe sin apelación en sus primeras edades, o que le circundan o presionan en todo el curso de su vida"⁶⁹, sigue diciendo García Ramírez.

Hay aquí, por contraste a la primera definición un concepto heterogéneo del delincuente: los hombres son diferentes, diversas las causas de su comportamiento, distinta la peligrosidad, por lo que se puede deducir que en el primer concepto el examen del individuo no era preciso, bastaba conocer la ley y confrontarla con la infracción.

En la segunda definición, se hace necesario el estudio de la personalidad del infractor, para satisfacer las reclamaciones de su individualización.

"El concepto de autor, supuestamente descuidado hasta ahora, puede significar cosas diversas:

- a) El autor es el creador del hecho y ciertamente del hecho principal en contraste con la participación. Este concepto no fue tampoco anteriormente descuidado sino desarrollado detenidamente en la doctrina de la participación; sólo allí, en lugar posterior, se le puede tratar útilmente, puesto que presupone toda la doctrina de la culpabilidad.

- b) El autor es el concepto de la valoración de la culpabilidad, de la punición y de la aplicación de la pena; en este sentido es el autor equivalente al delincuente. La personalidad completa del delincuente fue, en efecto, descuidada anteriormente en la ciencia y en la práctica. La moderna Criminología está llamada

⁶⁹ Idem.

a proporcionar importantes conocimientos incluso a la dogmática penal, que los puede utilizar para la construcción de los tipos de delincuente.

c) Sobre el autor, más que sobre el hecho debieran apoyarse a veces tipos legales, de modo que estos futuros tipos de autor no sean tipos de hecho.⁹⁰

Por lo anterior insistimos en que en el concepto de delincuente, se comprende también a los partícipes, cómplices y autores intelectuales, pues si bien en algunos casos estos últimos no ejecutan materialmente el delito, al planear dicha conducta están cometiendo también una acción antijurídica y culpable.

En este aspecto al estar hablando del delincuente, forzosamente tenemos que hablar de quién es el autor, y la participación de sujetos para la comisión de un delito y bien, si ordinariamente se considera al delito como la conducta de un sólo hombre, nada nos impide reconocer que pueden incurrir, con frecuencia, varios sujetos activos para la realización del acto o del conjunto de actos que constituyen la infracción penal; en estos casos se dice que hay una participación o una contribución de todos los agentes para la comisión del delito.

Ignacio Villalobos considera que la "participación, en el sentido técnico que ha desarrollado la teoría, se refiere a la cooperación eventual de varias personas en la comisión de un delito que podría ser consumado sin la intervención de todos aquellos a quienes se considera partícipes.

En cuanto a los elementos subjetivos de la participación, es obligada la cita de Ferri, por la sencillez y claridad con que puso en relieve el valor preponderante del elemento subjetivo para determinar la responsabilidad, afirmando que el delincuente más peligroso y más astuto, no es forzosamente el autor material del delito sino que puede encontrarse en quien se ha reservado el papel de

⁹⁰ PORTI: PÉTH, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Op cit, Pág. 65 y 66.

investigador y aún el de cómplice, pues en muchos casos el autor material obedece a motivos menos innobles que los cómplices".⁹¹

Ahora bien, este factor subjetivo se manifiesta de varias formas:

- a) Intención.- Existe la intención de un partícipe cuando no sólo ejecuta un acto que contribuye a la realización del delito sino que lo hace precisamente con ese propósito y sabiendo que el resultado es delictuoso;
- b) Dolo indirecto, indeterminado o eventual.- No se cree que haya dificultades, en admitir que alguno o alguno de los partícipes actúen con esta clase de dolo, concurriendo con agentes cuya actitud mental sea diferente;
- c) Culpa.- Para este supuesto en la culpa no se excluye la conciencia ni la voluntad, pues si así fuera, quedaría privado de su elemento subjetivo esencial, y no sería ni siquiera
- d) delito; pero está construido de tal modo, que la conciencia y la voluntad se refieren sólo a la acción y no al resultado;
- e) Concurrencia de dolo y culpa.- Es difícil sin duda, reconocer que en un mismo delito pueda haber agentes con distinta postura psicológica, ya que el principio de accesoriadad hace pensar que puesto que el delito es único respecto a todos los concurrentes, la voluntad y el conocimiento exigidos para la participación delictuosa deben informarse en el elemento psíquico propio del delito de que se trata ya sea doloso, culposo, y por eso debe de tratarse de dolo en los delitos dolosos y de culpa en los delitos culposos. No puede, por consiguiente, tenerse propiamente, un concurso culposo en delitos dolosos.

⁹¹ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit, Pág. 479.

Como se puede ver, la figura del delincuente también comprende a los partícipes, pues también éstos cometen una acción antijurídica y culpable. El autor es el creador del hecho principal, es el ejecutor del hecho. El autor es también el objeto de la valoración de la culpabilidad, de la punición y de la aplicación de la pena, en este sentido autor y partícipe es equivalente a delincuente.

Dice Carlos Fontán que por autor se puede entender: "en un sentido jurídico estricto, sólo es autor quien ejecuta la acción típica y reúne todas las condiciones requeridas en la figura.

Tomada la expresión en un sentido jurídico más lato, es autor todo el que merece una pena por aplicación de la ley penal. Así entendido el concepto, también son autores el instigador y los cómplices".⁹²

Desde este punto de vista, autor es el individuo sujeto a análisis como consecuencia de haber cumplido una acción de las previstas por la ley como delitos, con el fin de seleccionar un medio, de entre los que cuenta el Derecho Penal para luchar contra el delito, que resulte apropiado a su personalidad.

"La expresión delincuente, dice Antolisei, no significa condenado; no indica la calidad de culpable reconocida o presunta, sino, solamente, la relación que se traba entre el delito y su autor; por delincuente se entiende el autor de un hecho previsto por la ley como delito"⁹³

Así el anterior autor, comprende el estudio de las condiciones que el individuo debe reunir para que le pueda ser aplicada la consecuencia más característica del delito, que es la pena; pero también se ocupa de fundamentar la aplicación de otras medidas, distintas de la pena, que son consecuencia de la comisión de un hecho típicamente antijurídico culpable o no culpable.

⁹² FONTAN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Op cit. P 331.

⁹³ Idem.

Por su parte "Giuseppe Bettiol, de cuya orientación dogmática no parece que pueda dudarse, nos dice que si es cierto que el hombre debe de ser considerado en el momento de la aplicación y de la ejecución de la pena, es también cierto que el delito es una creación del hombre, por lo cual no se debe de olvidar el concepto hombre en el momento de fijar los principios fundamentales del sistema. Todo está en encontrar un punto de equilibrio entre la exigencia de una consideración objetiva del hecho delictuoso y la exigencia de una valoración del momento característico del sujeto agente, considerándolo no sólo desde el ángulo de la causalidad y de la tipicidad, sino para ser encuadrado en el complejo de las condiciones y circunstancias determinantes de su personalidad criminológica"⁹⁴, esto referido por José F. Argibay.

La moderna Sociología y, particularmente, el enfoque del fenómeno social como cosa distinta de la manifestación psíquica individual de los sujetos que en él intervienen, ha puesto a la luz el interesante problema que plantea el delito cometido por multitudes.

Lo que resulta un verdadero problema, consistirá en fijar la responsabilidad penal en los delitos así cometidos.

Señala Carlos Fontán que "para resolver este problema es necesario conocer antes su mecanismo: La acción de las multitudes suele responder a dos estímulos distintos: unas veces, la multitud es impulsada al hecho delictuoso por una reacción que nace en su seno y que no es posible decidir quien la inició: se diría que es la multitud misma que reacciona. En estos casos el grupo actúa por la palabra o la acción de su conductor".⁹⁵

⁹⁴ ARGIBAY MOLINA, José F., Et. Al. Derecho Penal parte general, Op cit. P 117.

⁹⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Tomo III. Op cit. P 131.

Es necesario distinguir las formas de delincuencia de las agrupaciones, de que nos hemos ocupado, de otras manifestaciones de delito colectivo, las cuales los diversos autores las han denominado como asociaciones para delinquir.

Para Guillermo Saver "la forma primaria, la más simple, de estas asociaciones criminales, la constituye la pareja delincuente, en la que uno es el cerebro, (incubo) y el otro solamente actor (súcubo), más amplia es la asociación de malhechores, en la cual obra uno como incubo (meneur) sobre varios súcubos (menés). Junto a esas asociaciones para delinquir, pueden situarse la piratería y las bandas de salteadores de caminos, que llena la historia y la leyenda, pero que no dejan de ser formas primitivas en sus procedimientos".⁹⁶

La complejidad de los problemas económicos propios de la época en que nos toca vivir, ha dado motivos para formas más sutiles y más graves de la delincuencia que se vale de asociaciones, a veces con apariencia lícita, cuya peligrosidad social aparece con toda evidencia, tanto por la naturaleza de los recursos de que disponen, cuanto por el número de damnificados que generalmente resulta de sus actos delictuosos.

Otros ejemplos típicos en este tipo de problemas, lo constituyen la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes, las bandas dedicadas al robo de automóviles, y el contrabando a gran escala, organizadas todas ellas, por lo común, en verdaderas redes con ramificaciones internacionales, y que disponen de los medios más modernos para el logro de sus fines.

Al respecto Maggiore, al que relaciona Porte Petit, manifiesta " A decir verdad, el delito cometido debería más agravarse que atenuarse. El que se agrega a las multitudes, en vez de mantenerse prudente aparte, casi siempre pertenece a esta ralea de facinerosos y pícaros, listos en todo momento a pescar en río revuelto y a lanzarse a la tremolina para desfogar sus bajos instintos de delincuentes,

⁹⁶ SAVOR, Guillermo. Delictos Penales parte general, Op cit. P 137

protegidos por la mampara del anónimo y la excusa de irresponsabilidad. Contra gentes de tan baja ralea debiera emplear la ley todos los rigores, en vez de protegerlos con el manto de una mal entendida indulgencia".⁹⁷

En la actualidad nuestro Código Penal sanciona de manera especial los delitos de rebelión, motín y de sedición; el Código de 1871 consignaba como agravantes, cometer el delito durante un tumulto, sedición o conmoción popular, aprovechándose del desorden o confusión general que había.

Es necesaria la cautela para investigar, en cada caso, la clase de delito que se ha cometido; si los hechos se ajustan a un tipo especial como el de rebelión, el de sedición o el de motín, si es delito político, en que haya preparación o antecedentes dignos de tomarse en cuenta; si se trata de un hecho verdaderamente ocasional en el acusado o éste ya tiene antecedentes semejantes; si el delito cometido es el que puede suponerse provocado por las circunstancias o es otro que se haya cometido aprovechando la ocasión.

Nuestro Código de 1871, ajustándose a la técnica predominante en su época, distinguió varios grados de participación, señalando separadamente:

A los autores del delito.

A los cómplices, y

A los encubridores.

Tal distinción se ha mantenido en la doctrina, en el lenguaje ordinario y aún en el espíritu de nuestras leyes, si bien ya no se torna esa diferenciación material como único dato para determinar la penalidad, ni se admite de manera unánime que los encubridores sean partícipes en la comisión de un delito, pues basada la inteligencia de la participación en el principio de causalidad, ha saltado a la vista, que todo acto posterior a la consumación, si no se hace por acuerdo previo o

⁹⁷ MOREL. PETIT, Celestino. Apuntamientos de la parte general de Derecho Penal, Op cit P 497.

como un ofrecimiento anterior que sirva de estímulo para la comisión del delito, es únicamente complementario.

Señala Ignacio Villalobos, que el "Código de 1871 disponía, en sus artículos 219 y 220, que al cómplice de un delito se le castigara con la mitad de la pena que le correspondería si fuera el autor; y con arresto menor o mayor a los encubridores. La Ley de 1931 ha suprimido esta separación: enumera a todos los que considera que pueden ser responsables, evitando marcar toda distinción en grupos y aun incurriendo en cierto desorden al incorporar a los cómplices y a los encubridores entre aquellos que conciben, preparan o ejecutan el delito y los que inducen directamente a otro a cometerlo, no obstante que éstos pueden tenerse también como autores, al igual que aquellos primeros que participan en la concepción, preparación o ejecución del delito; y permite luego guardar la pena entre los límites generales fijados para el delito y no entre límites especiales que ya no señala para cada grupo de partícipes".⁹⁸

Los autores de este Código subrayan el hecho de haber suprimido las denominaciones distintas de autores, cómplices y encubridores, pero se agrega lo anterior no quiere decir que para el Código vigente ya no exista grado de coparticipación en la empresa delictuosa, sino que más bien le toca al juez precisar ese grado.

Hoy podríamos decir que son autores todos los que ponen una causa eficiente del delito; y como estas causas son siempre una actuación o una conducta que requiere, para serlo, un elemento psíquico y un elemento físico, nada impide considerar la posible separación de tales elementos y el reconocimiento, por tanto de:

a) Autores materiales, que será, los que físicamente realicen los actos característicos del tipo penal.

⁹⁸ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit. P. 485.

b) Autores morales o intelectuales, cuyo aporte será únicamente de esta naturaleza, como voluntad que opera sobre otra voluntad induciendo a cometer la infracción, también se pueden considerar como tales a quienes no realizan por sí un delito pero logran que otro lo ejecute, usando para ello medios eficaces que no lleguen a impedir la concurrencia de la voluntad libre y el entendimiento por parte del inducido, en nuestra opinión posiblemente son los que más peligrosidad muestran.

c) Autores por cooperación, siempre que se preste un auxilio necesario para la consecución del fin delictivo, en éste atenta la teoría de la causalidad, todos aquellos que no ejecutan un acto a que se refiere la descripción legal del delito, ni inducen a ello directamente, pero si prestan un auxilio necesario para una u otra cosa, o sin el cual no hubiera sido posible la consumación criminal.

d) Autores mediatos, llamados así porque realizan el delito a través de una persona exenta de responsabilidad que, por lo mismo, no es participe en el delito sino simplemente en el acto material, como instrumento físico y no como sujeto de la infracción penal.

Como casos comprendidos en este supuesto se puede recordar a quienes por medio de la fuerza física obligan a otro a ejecutar los movimientos que han de consumar el delito; a quienes se valen de un inimputable para la realización de sus planes; a quienes provocan un estado hipnótico para ejercer la sujeción y hacer que se cometa el delito; al superior jerárquico que obliga, mediante órdenes que no se pudieran eludir.

2.3 CONCEPTO DE PENA

La pena constituye el tercero de los elementos dentro del clásico tríptico del Derecho penal: delito, delincuente y pena. Desde que Francis Lieber, en 1834, utilizó por primera vez el término "penología", definiéndola como la rama de la

ciencia criminal que se ocupa del castigo del criminal, el estudio de la pena, como medio directo de la lucha contra el delito, constituye tal vez el más fundamental capítulo de esa disciplina.

Manuel de Lardizábal y Uribe señalaba que "pena no es otra cosa, que el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa.

Es pues de naturaleza de la pena, según esta definición, que haya de imponerse con una potestad superior, porque es la ejecución de una sentencia judicial, y por consiguiente no hay pena sin ley, no hay ley sin legislador, ni legislador sin superioridad. Asimismo es necesario, que sea contra la voluntad de el que la padece, porque sin esta circunstancia dejaría de ser pena. No es pena la que se padece voluntariamente, dice Quintiliano. De todo lo cual se infiere, que no deben contarse en el número de las penas, ni la venganza que privadamente toma uno de otro por algún daño que le haya hecho, ni la mortificaciones y penitencias voluntarias, ni las incomodaciones y males que resultan de ciertos vicios y delitos, ni las calamidades que suelen acontecer natural o indirectamente a los hombres".⁹⁹

"El concepto de pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción de delito surge como consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea del castigarlo, y ahí nace la pena.

El concepto de sanción es, en cambio, bien moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas. Podríamos decir, que mientras toda la pena constituye una sanción, no ocurre lo propio a la inversa".¹⁰⁰

⁹⁹ DE LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. Discurso sobre las penas, México, 1982. P 20

¹⁰⁰ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI p. 567.

"Para muchos autores, Bar, Kohlet y Tissot, entre otros, la pena comenzó siendo venganza privada, que incluía también a la familia del ofensor, y aún antes, al decir de Steinmetz, fue la ciega reacción del ofendido contra la primera persona que hallare a su alcance.

Pero otras opiniones consideran tales venganzas como meros hechos guerreros, sin el menos atisbo de pena".¹⁰¹

Recién aparecería la pena cuando la venganza tenía el carácter de pública, es decir, cuando resulto impuesta por la autoridad, jefe de la tribu, del clan o de la familia. Venganza que más adelante aparece regulada, limitada por el poder, mediante el talión y la composición.

Otro autor que habla al respecto es Ricardo Abarca y señala que, "Carrara trata del origen histórico de la pena que es la venganza del ofendido; más tarde se invoca a la divinidad como si fuera en su contra todo delito y entonces la pena toma el carácter de venganza divina; finalmente, la humanidad adquiere el concepto del Estado, en cuyo nombre se impone la pena, como venganza pública".¹⁰²

La pena es un hecho social que aparece desde el principio de la humanidad y desde entonces se ha tratado de justificar la pena con el concepto venganza.

Podríamos sintetizar las características de la pena en esa primera etapa histórica diciendo, que la venganza constituía su fundamentación, que era expiatoria en un sentido religioso cuando se sacrificaba al delincuente a la divinidad ofendida y que las crueles penalidades cruelesimas la tornaban francamente intimidatoria.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² ABARCA, RICARDO. El Derecho Penal en México, Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Edit. Jus. México, Distrito Federal. 1999. P 383.

Señala Don Manuel de Lardizábal citado por Juan Manuel Ramírez "que en el estado natural no puede haber penas propiamente hablando, porque estas suponen, como hemos dicho, superioridad, lo que no puede verificarse en el estado natural, por ser en él todos iguales y aunque cada uno puede en este estado rechazar la fuerza con la fuerza, y perseguir a su enemigo hasta ponerle en disposición de que no le pueda dañar, quitándole también la vida, si para ello fuere necesario, esta no es pena, sino una defensa o venganza tomada por derecho de la guerra".¹⁰³

A esta etapa primitiva corresponde la época en que los particulares se hacían justicia por propia mano, por lo mismo, después de un tiempo llegó a ser excesivamente cruel, ya que los que tenían mayor poder y fuerza abusaban sobre los pobres y débiles e incluso en determinados estados la nobleza se hallaba sometida a leyes penales, distintas de las que regían para los plebeyos, pues éstos, eran tratados con mayor crueldad cuando los ofendidos pertenecían a la casta de la nobleza.

Para Silvio Ranieri "Pena criminal es la consecuencia jurídica pública, consistente en la privación o disminución de uno o más bienes jurídicos, que la ley expresamente prescribe para los hechos constitutivos de delito y para el fin de la prevención general; que los órganos de la jurisdicción infligen mediante el proceso a causa del delito cometido, y que se aplica y ejecuta con modalidades que tienden, para los fines de la prevención especial, a la reducción del condenado".¹⁰⁴

A este concepto de pena criminal le es esencial no sólo la naturaleza del mal, como medio aflictivo, experimentado como tal por el sujeto, en cuanto privación o disminución de bienes jurídicos fundamentales, sino también su educación.

¹⁰³ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Op cit. P. 32.

¹⁰⁴ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Tomo II Parte General, Edit. Themis, Bogotá, Colombia, 1975. P. 119.

En una posterior fase humanitaria, la pena inspirada en un sentido correccional, se dulcifica al par que se modernizan las cárceles, pero la criminalidad se incrementa. Más modernamente en un estado que podríamos denominar científico, la concepción de la pena varía fundamentalmente. Ello ocurre coetáneamente con el progreso de las ciencias penales y la invasión en el campo jurídico de la antropología criminal, la sociología y la psiquiatría.

Para Edmundo Mezger "la Pena en sentido estricto es, según el derecho en vigor, imposición de un mal proporcionado al hecho, esto es, una privación de bienes jurídicos que alcanza al autor con motivo y en la medida del hecho punible que ha cometido.

En tal sentido es, de acuerdo con su esencia, una retribución por el mal que ha sido cometido, sin que con ello quede decidido si y hasta que punto debe servir exclusivamente a este fin de retribución."¹⁰⁵

Pero la pena, en sentido estricto de la palabra corresponde, aún en lo que respecta al contenido, al hecho punible cometido. Existe proporcionalidad entre hecho punible y pena. En que la pena en este sentido deba adecuarse al hecho y que deba de existir entre una y otra una equiparación valorativa, lo pone en manifiesto la diversidad de los marcos penales legales de la parte especial del Derecho Penal, los cuales se ajustan a los hechos punibles respectivos.

Señala Eugenio Cuello Calón que "la pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. Esta noción comprende los caracteres fundamentales de la pena."¹⁰⁶

¹⁰⁵ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal parte general, Edit. Cárdenas editor y distribuidor. México, 1985. P 353.

¹⁰⁶ CUELLO CALÓN, Eugenio. La moderna Penología. Op cit. Pág 16

La privación o restricción impuesta al condenado de bienes jurídicos de su pertenencia, vida, libertad, propiedad, causa en el culpable sufrimiento característico de la pena.

Toda pena cualquiera sea su fin, aún ejecutada con profundo sentimiento humanitario, como las modernas penas de prisión siempre es un mal, siempre es causa de aflicción para el que lo sufre.

La pena ha de ser establecida por la ley y dentro de los límites fijados por la misma. El principio de legalidad de la pena, nulla poena sine lege, que hoy tiene ondas raíces, exige que la pena en su clase y cuantía, se imponga de acuerdo con lo ordenado por la ley, así los preceptos de ésta la sustraen del arbitrio de los juzgadores y crean una importante garantía jurídica para la persona.

Para Von Liszt, Prins, Garud, Alimena, y otros, señala la enciclopedia jurídica Omeba, "sostienen que la principal función de la pena es la defensa social contra las acciones antisociales, y que, como excelentemente sintetizara el último de los nombrados, la pena debe de alcanzar el máximo de defensa social con el mínimo de sufrimiento individual".¹⁰⁷

La evolución del concepto de la pena, coincidió con una evolución en el tipo y crueldad de las sanciones. Las primeras épocas vieron penas bárbaras, como las marcas realizadas con hierros candentes en el cuerpo de los delincuentes, que llevaba también la finalidad de señalarlos públicamente; la mutilación de miembros, la introducción en canastas cerradas, en compañía de animales diversos, la horca, la sepultura bajo tierra del delincuente vivo y otras.

Asimismo las había de notoria característica infamante, con un propósito a la vez intimidatorio, que iban desde la inusitada publicidad de la sentencia condenada,

¹⁰⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI, Op cit, P. 568.

hasta el paseo del penado desnudo y montado sobre un jumento, o la pública y obligada confesión en altavoz en la plaza pública en medio de la multitud curiosa.

El criterio que prevalece para la aplicación de las penas modernas fue lográndose poco a poco. Época hubo, y ello no ha desaparecido del todo hoy día, en que se buscó coordinar la aplicación de las penas con el aprovechamiento de las fuerzas físicas del sujeto, surgiendo así las galeras y los trabajos forzados.

Cabe señalar que hoy en día países de indiscutida cultura mantienen algunas penas durísimas, como ocurre en Inglaterra con la del látigo, y en Estados Unidos con la esterilización.

2.3.1 CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS

Quizás dentro de la problemática de las penas ocupa especial relevancia lo concerniente a la individualización judicial y a la proporcionalidad de las mismas al momento de decidir el juez, este problema podría resolverse en parte con una amplia variedad de penas que se le proporcionen al juzgador para poder seleccionar así la adecuada al interés protegido por el derecho y al objetivo que se pretenda con la aplicación de la misma.

Pero además lo anterior no sería todo, sino que esa persona encargada de impartir la justicia penal deberá tener un amplio conocimiento sobre el contenido de la pena, es decir, sus fines, características, sus principios, pues de lo contrario, simple y llanamente cubrirá su función dejando caer por inercia el péndulo de la justicia penal con la imposición desmedida de una sola pena, como de hecho se hace en la actualidad con un excesivo abuso de la pena de prisión.

Para combatir o al menos atenuar esta conducta errónea y abusiva de ciertas autoridades hacia la utilización de la pena privativa de la libertad, se hace

necesario establecer en la presente investigación, una clasificación de las penas que nos permitirá analizarlas, desde varios puntos de vista y de autores.

Para Juan Manuel Ramírez Delgado las penas se clasifican en:

* a) Por su autonomía las penas pueden considerarse, principales y accesorias.

Principales: Son aquellas que se imponen preferente e independientemente de cualquier otra no requieren ir acompañadas de otra pena. Como ejemplo tenemos a la pena de prisión, reclusión o la muerte.

Accesorias: Son aquellas que no pueden aplicarse de forma autónoma o independiente sino que dependen de otra (principal) a la cual van ligadas y pueden cumplirse durante la ejecución de ésta o bien después de concluida, como ejemplo tenemos la multa, suspensión de ciertos derechos, inhabilitación.¹⁰⁸

A lo que Ignacio Villalobos considera que las penas pueden clasificarse en:

* a) Por su forma de aplicación o sus relaciones entre sí, pueden ser: principales, complementarias y accesorias.

Principales: Que son las que la ley señala para el delito y el juez debe de imponer en su sentencia.

Complementarias: Aquellas que, aunque también señaladas en la ley, su imposición debe de tomarse como potestativa, se trata de penas agregadas a otras de mayor importancia y que por esto, por su naturaleza y por su fin se consideran secundarias.

Accesorias: que son aquellas que, sin mandato expreso del juez resultan agregadas automáticamente a la pena principal, como la interdicción para el

¹⁰⁸ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Op cit. P. 54

ejercicio de profesiones libres que requieren moverse y actuar fuera del penal, cuando hay una condena de prisión; imposibilidad de ejercer cargos como el albaceazgo, la tutela y otros".¹⁰⁹

Como es de verse, este último autor considera dentro de esta primera clasificación, incluye una más que es la complementación, pero en nuestra opinión, podría haber englobado la definición antes transcrita en las accesorias como lo hace Juan Manuel Ramírez Delgado.

Edmundo Mezger, establece que las penas "se clasifican en principales, en accesorias y otras consecuencias penales. En tanto que las penas principales pueden ser impuestas solas, las accesorias pueden ser impuestas al lado de una principal. Las otras consecuencias penales no tienen carácter penal y constituyen la transición a las medidas de seguridad".¹¹⁰

Edmundo Mezger señaló que en las penas principales, éstas se van a dirigir contra el honor, la libertad y el patrimonio, y así tenemos que en esta categoría se incluía a la pena de muerte, la pena privativa de la libertad, la pena de reclusión, la pena de prisión, el encierro, el arresto y la pena pecuniaria, las anteriores van de las penas más graves a las más leves.

Siguiendo con Edmundo Mezger, las penas accesorias las podríamos describir con el ejemplo más claro que es la confiscación y la inutilización, en donde el primero se refiere a los instrumentos y productos del delito y los segundos se refieren a los escritos, reproducciones y cualquier material de esta naturaleza, es de aclarar que este tipo de penas afectan no solamente al que cometió el delito, sino que en muchos casos afectan a terceras personas.

¹⁰⁹ VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano parte general*. Op cit. P. 526.

¹¹⁰ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal parte general*. Op cit. P 355.

Y por último lo que Mezger señaló como otras consecuencias penales, que sería la publicación de la sentencia, como resarcimiento ideal y la enmienda, como resarcimiento material.

Se puede destacar que este último autor, hace una clasificación más sencilla y menos rebuscada que los demás, pero no es claro cuando señala lo que denominó las otras consecuencias penales, y aun esa simplicidad para clasificar a las penas es insuficiente pues solamente considera tres clasificaciones dejando de lado a otras que son de mucha importancia.

Ignacio Villalobos formula una clasificación de las penas y lo hace en el siguiente sentido:

* b) por su fin preponderante pueden ser:

Intimidatorias, que lo son todas las verdaderas penas, con exclusión de la multa y las prisiones de corta duración.

Correctivas, carácter que debe de suponer también en todas las penas, excepto en las que recurren a una eliminación definitiva; pero que se predica especialmente de las que mantienen al sujeto privado de la libertad; y perpetuamente la de muerte, las de prisión o relegación por todo el tiempo de la vida, y el destierro, donde las hay".¹¹¹

En la esencia de la clasificación que da Ignacio Villalobos, podemos caer en la conclusión, al igual que él, que todas las penas tienen como objetivo ser intimidantes y por ende correctivas, y vemos que en la actualidad no se actualiza este presupuesto, pues a los delincuentes ya no les da miedo delinquir, más aún si saben que la pena que se les va a aplicar es corta y pueden gozar de su libertad por medio de una fianza.

¹¹¹ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit. P. 527.

Y en cuanto que sea correctiva, en la actualidad podría surgir la pregunta, ¿si nuestras actuales cárceles son una verdadera institución de readaptación y en este caso corrección social?, por lo que los lectores de la presente investigación, podrán llegar a la conclusión de que las cárceles al fallar en su estructura y organización interna, van a tener como resultado que no sean centros donde realmente se reforme a un sujeto que ha delinquido, y por lo tanto al ser esos lugares verdaderas escuelas del delito, los que no eran delincuentes y que entraron ahí por alguna causa se tienen que volver delincuentes simplemente para la sobrevivencia, pues es bien sabido que impera en las cárceles la ley del más fuerte sobre el más débil, y por lo tanto un sujeto al cumplir con una condena y al salir a la calle, y al encontrarse con la realidad de no saber hacer nada, no es difícil que vuelva a delinquir, pues ya no le asusta o le intimida que lo vuelvan a encerrar.

Otra clasificación dada por Juan Manuel Ramírez Delgado, lo es por su duración, es decir, en cuanto al tiempo que duran sus efectos y pueden ser:

"Perpetuas: Son aquellas que como su nombre lo indica, sus efectos permanentes duran durante toda la vida del sentenciado. Como ejemplo tenemos la cadena perpetua, y la mutilación.

Temporales: sus efectos sólo duran un determinado tiempo y no pueden prolongarse por más tiempo del fijado por la autoridad. Verbigracia, la prisión, la reclusión o el arresto".¹¹²

Por lo que siguiendo la lógica, no todas las penas pueden ser perpetuas, ni todas las penas pueden ser temporales, pues lo anterior se debe a que hay que atender a la gravedad del delito que se haya cometido, pues sería muy injusto que al que comete un delito de robo por un estado de necesidad, es decir, posiblemente por

¹¹² RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. *Penología*, Op cit, P54



hambre, se le aplicara igual penalidad que aquel que ha violado o cometido un homicidio con todas las agravantes que marca la ley.

Ignacio Villalobos señala que por el bien jurídico afectado, las penas pueden ser:

" La pena capital, que priva de la vida.

Las penas corporales, que son aquellas que se aplican directamente en la persona, como las marcas, los azotes, las mutilaciones.

Penas contra la libertad, que pueden ser sólo restrictivas de este derecho, como el confinamiento o la prohibición de ir a un determinado lugar, o bien privativas del mismo como la prisión.

Pecuniarias, que imponen la entrega o privación de algunos bienes patrimoniales.

Contra otros derechos, como la suspensión o destitución de funciones, empleos o cargos públicos, aun cuando éstas puedan tomarse más bien como medidas de seguridad".¹¹³

En la anterior clasificación, consideramos que se están englobando en su totalidad todas las penas que puede haber, pues van desde la eliminación de un sujeto que se considera nocivo para una sociedad por cometer uno o varios delitos de carácter grave, hasta aquellas penas que solamente afectan la esfera del sujeto que las cometió, es decir en la destitución o remoción de un cargo público o en cualesquier otro empleo.

Juan Manuel Ramírez Delgado en cuanto a la clasificación de las penas atendiendo al bien jurídico que afectan directamente, es un poco más simple que

¹¹³ VIL LALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit. P. 527.

Ignacio Villalobos, pues solamente señala las penas pecuniarias, que prácticamente es la misma definición, es decir, que se traduce en la entrega de un bien patrimonial o en dinero, señala también la pena privativa de la libertad y que ambos la traducen en la prisión, reclusión o arresto, es decir, cuando a un sujeto se le priva de su libertad de traslación.

Pero pensamos que Juan Manuel Ramírez, fue más certero en incluir las penas restrictivas de la libertad de traslación por separado, señalando que son aquellas que restringen la libertad de un individuo sin que queden reclusos en una institución pública.

Y así como en el anterior párrafo consideramos que fue certero, también hay que criticarle, pues no incluyó las penas corporales, la pena de muerte ni las penas que se aplican con motivo de algún delito leve y que únicamente merecen la destitución de algún cargo público.

Ricardo Abarca señala que atendiendo a la posibilidad de ser fraccionadas o no, bien en cantidad o bien en tiempo, se considera que las penas pueden ser:

"Divisibles: este tipo de penas se pueden fraccionar, de ahí su divisibilidad, se decía anteriormente que pueden ser divisibles en cuanto a cantidad y el mejor ejemplo de ellas son las multas y la reparación del daño. Divisibles en cuanto al tiempo: la prisión, y debido a los beneficios que se proporcionan a todos los sentenciados a esta pena; la han convertido en extraordinariamente divisible, con la remisión parcial y con el tratamiento preliberacional.

Indivisibles: cuando definitivamente no es posible fraccionar la pena por ser su ejecución de una manera total o completa".¹¹⁴

¹¹⁴ ABARCA, RICARDO. El Derecho Penal en México, Op cit . P 367.

De lo anterior se puede comentar que en cuanto a las penas divisibles son de gran importancia, en lo que se refiere a los beneficios que se le dan a los sentenciados por los llamados sustitutivos penales, y que pueden consistir en el pago de una multa, en trabajo a favor de la sociedad o inclusive penas que son alternativas o cualquier otras que establezcan las leyes penales y que sin la divisibilidad de la pena no se podrían otorgar, claro, la pena es divisible cuando el delito que se cometió no sea grave o sea de fácil reparación.

Las penas indivisibles, como bien se dijo son aquellas que no se puede dividir su condena o sentencia, pues estimamos que al igual que las penas divisibles, se debe a la naturaleza del delito que se cometió, pues este tuvo que ser muy grave y por lo tanto la pena que se le impuso tiene que ser interrumpida.

Y por último tenemos a las penas atendiendo al fin que se proponen, las cuales pueden ser:

*Corporales: son aquellas que causan una afrenta en el cuerpo del sentenciado, verbigracia golpes, azotes, marcas, mutilación, estas penas a la vez son infamantes, porque causan vergüenza pública.

Eliminatorias: Pretenden eliminar al delincuente de la sociedad, se aplica preferentemente en sujetos verdaderamente nocivos para la sociedad, verbigracia muerte, cadena perpetua, destierro.

Reparadoras: se pretende con ellas que el delincuente pague por su conducta delictuosa el daño causado al ofendido, ejemplo la reparación del daño.¹¹⁵

De las corporales, es muy clara la clasificación y no necesita mayor explicación, pues se entiende que son aquellas que se van a producir en contra de la integridad física del sentenciado, en nuestro derecho penal vigente, están

¹¹⁵ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal. Op cit. P 321.

prohibidos por la Constitución los golpes y marcas, pero es de destacar que aun hay pueblos como el de Kuwait que en su legislación penal establecen penalidades como los azotes o peor aun la mutilación de alguna parte del cuerpo.

En nuestro país, las penas eliminatorias, en la actualidad no son muy reconocidas, pues si bien es cierto que en la Constitución estable en su artículo 22 la pena de muerte, lo es también que es un derecho vigente pero no positivo, pues aunque un sujeto se considere muy nocivo para la sociedad, se le castiga privándolo de su libertad, es decir, con la pena privativa de la libertad y se le aplica la máxima pena de prisión, a diferencia de otras sociedades como lo es los Estados Unidos de Norteamérica que ahí si tienen en sus legislaciones bien establecida la figura jurídica de la pena de muerte.

Dentro de la clasificación de las penas reparatoras también podemos incluir al trabajo forzoso y las publicaciones de sentencias. La primera tiene como finalidad ocupar la mano de obra gratuita en bien del Estado, al mismo tiempo que sirva de castigo para el delincuente. La segunda va dirigida especialmente a las personas morales y tiene como finalidad al causar una vergüenza pública ante la sociedad, pues el hecho de que se dé a conocer dicha sanción les estará exhibiendo públicamente lo cual le traerá un descrédito con graves consecuencias económicas.

Como se mencionó, el intento por examinar en este trabajo de investigación la clasificación de las penas tiene como objetivo el poder analizar cada una de ellas para determinar su vigencia y efectividad en cuanto al fin perseguido por el Estado con su aplicación.

Sin embargo, como también se dijo, ni los legisladores ni los juzgadores, tienen conocimiento de la penología y al crear los catálogos de penas los primeros y al aplicarlas los segundos, ambos lo hacen por inercia; sin sentido crítico por no saber si tal o cual pena es la adecuada o no para los fines que se persiguen.

Esto ha provocado el abuso excesivo de la pena de prisión, sobre la cual gira todo el pretendido sistema punitivo y como consecuencia su fracaso.

2.3.2 FINES DE LA PENA

Toda acción humana tiene un fin. Este Constituye la esencia conceptual de la acción. No existe una acción que no tenga un fin. Y por consiguiente también la pena debe de tener un fin, como acción humana y estatal en el ámbito del derecho.

Ricardo Abarca establece que "en cuanto al fin de la pena, Carrara explica que no consiste en que se cumpla la justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni en que el daño sufrido por él sea reparado, ni en que los ciudadanos sean intimidados, ni en que el culpable expie su falta, ni en que se obtenga su enmienda; todas estas cosas pueden ser accesorias de la pena y algunas de ellas pueden ser deseables, pero la pena sería un acto inatacable aún cuando todos estos resultados faltaran.

El fin principal de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad. Añade Carrara que el peligro de la víctima ha pasado; puesto que se ha convertido en un mal efectivo, pero el peligro de todos los ciudadanos es ahora presente, el peligro de que el culpable si se le deja impune, renueve contra otros su hazaña, y el peligro de que otras personas estimuladas por el mal ejemplo se propongan a su vez violar la ley".¹¹⁶

De aquí se deduce la idea de restablecimiento implica: la sanción del culpable, la vuelta al equilibrio social y la advertencia a los que están inclinados.

Para lograr estos fines, la pena está dotada de dos fuerzas: la fuerza física subjetiva que son los actos materiales del mal que se imponen al culpable y la fuerza física objetiva que es el sufrimiento causado; y por otra parte, la fuerza

¹¹⁶ ABARCA, RICARDO. El Derecho Penal en México. Op cit. P 384.

moral subjetiva que es la conciencia de la legitimidad y justicia de la pena impuesta por sentencia y la fuerza moral objetiva que es resultado moral de la pena, consistente en la tranquilidad de los hombres honrados y reprimir a los malos.

Edmundo Mezger señala que "este fin consiste en la prevención del delito, esta prevención se puede realizar por dos caminos, o sea, actuando sobre la colectividad, esto es, la comunidad jurídica, o actuando sobre el individuo que tiende a delinquir o comete o ha cometido un delito. . Llamamos sobre la colectividad prevención general y a la actuación sobre el individuo, prevención especial. Nos damos cuenta, en consecuencia, que la "pena" abarca tres momentos, a saber: la conminación, la imposición y la ejecución de la pena".¹¹⁷

Para este autor, la actuación general es la actuación pedagógico-social sobre la colectividad. Aunque esta pena sea una medida frente al individuo, tiene una amplísima significación, que va mucho más allá de la significación particular que posee en cada caso. La pena actúa y debe actuar, a la vez, sobre la comunidad jurídica y sobre la conciencia de la comunidad intimidando y, por consiguiente, previniendo el delito.

Al mismo tiempo debe servir para educar la conciencia de la colectividad hacia sentimientos más humanos, esto es, contrario a la comisión del delito.

Se puede comprobar lo anterior en la actualidad, y se puede observar con mucha claridad, que la comisión de delitos se debe principalmente a la deshumanización que ha sufrido el hombre en el transcurso del tiempo y que pensamos que es necesaria la educación de la sociedad, para la prevención del delito.

Continúa señalando Mezger "que ésta prevención general persigue dos fines:

¹¹⁷ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal parte general, Op cit . P 355.

Intimidatoria: La palabra y el concepto de intimidación no suscitan sanciones agradables. La pena es, como ya se ha visto, la imposición querida de un mal. Esta imposición debe realizarse a fin de divulgar en la colectividad el terror y el miedo frente a los hechos punibles. Esta actividad se opone a un sentimiento más sutil.

Consideraciones o respeto a la comunidad: puede parecer extraño o contradictorio que se conecte directamente a lo que se acaba de decir, el criterio de la consideración o respeto a la personalidad, esto es, el criterio de humanidad. En efecto, esa imposición de un mal a fin de intimidar parece ser muy poco humana.

Pero la intimidación no se debe conectar, con consideraciones éticas generales a los criterios de humanidad, y no debe hablarse de una prevención general eficaz, sin incluir en la misma también el criterio del respeto a la personalidad. El método pedagógico-social dirigido a una existencia social libre de delitos, no se realizará en la superficie en forma tal que se pueda conformar con el hecho de impedir mecánicamente el delito".¹¹⁸

Ahora hablaremos de la prevención especial, básicamente consiste en la actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos.

Siguiendo con las ideas de Mezger, él señala que "la prevención especial es la actuación sobre el individuo para evitar que éste cometa delitos. La misma puede ser corporal y física o anímica y psíquica. Pero en este último caso pedagógico-individual.

La actuación anímica no es fundamentalmente distinta a la intervención preventiva general, salvo en lo que respecta a la esfera de acción. En consecuencia, los principios expuestos a propósito de la prevención general, rigen también aquí; la prevención especial (psicológica) se materializa con los mismos medios que

¹¹⁸ *Ibidem*, p 372.

emplea la intimidación, y también ella debe obrar en el marco de respeto a la personalidad humana.

Lo anterior vale la pena para la colectividad, vale también para el individuo como miembro de ella. Y también aquí la consideración de la libertad personal supone un riesgo más o menos grande en materia de comisión de delitos; no se puede llevar al individuo paso a paso, en forma tal que le resulte imposible la comisión del delito".¹¹⁹

De lo anterior se puede apreciar, que existe un paralelismo entre prevención especial y general, los principios ya expuestos actúan en la prevención especial de forma propia y por supuesto con sus propias características.

Para Quintiliano Saldaña y en relación a la previsión general y especial señala que "el Derecho penal tiene por misión peculiar la protección reforzada de los intereses, especialmente dignos de protección y especialmente necesitados de ella, por medio de la amenaza y de la ejecución de la pena.

La pena como protección de los bienes jurídicos, es conciente de su fin, y lo realiza, desarrollando toda su fuerza en la ejecución; ya sobre todos los sujetos jurídicos (prevención general), ya sobre el mismo criminal (prevención especial); mostrando como pruebas de su eficacia inmediata: la corrección, la intimidación y la inocuización", así el fin es lo que caracteriza a la pena".¹²⁰

Señala Sebastián Soler que " La confusión que se ha señalado en los numerosos precedentes, acerca del valor jurídico y del valor psicológico de la pena como mal, ha sido la causa de graves incomprensiones en diversos sentidos. Se ha referido ya a la incomprensión de algunos por el aspecto jurídico, que les induce a negar la calidad de la pena como mal. Pero eso era un gran error opuesto, consistente

¹¹⁹ MIZGIER, Edmundo. Derecho Penal parte general, Op cit . P 374.

¹²⁰ SALDAÑA, Quintiliano. Nueva Penología (Penas y Medidas de Seguridad), Edit. Librería y Casa editora Hermanos. S.A. Madrid, España. 1931.

en dar por equivalente el mal jurídico de la pena con el sufrimiento, el castigo para el individuo.

Esa idea tiene por base el pensamiento de que la justicia absoluta es el único fundamento y fin de la pena; se satisface con la realización de un equilibrio simbólico, haciendo sufrir al que hizo sufrir, sin conocer esa actividad jurídica ningún fin ulterior. Esto conduce al ejercicio de una actividad puramente vengativa, cuyos motivos están todos en el pasado, despojada de toda preocupación por los resultados ulteriores.

La aplicación de la pena tiene efectos preventivos de orden general, en cuanto muestra a los malvados la efectividad del mal amenazador, evita los hechos de venganza. Pero el mayor influjo que ella debe ejercer es sobre el delincuente. El delito es, ante todo, conducta humana; pone en manifiesto deficiencias que, aun cuando sean referibles a otras causas, han efectuado a través de un temperamento individual.

En consecuencia, la pena, en el momento de su aplicación, debe atender, sobre todo, a la necesidad de suministrar a ese sujeto motivos psicológicos y sociales de buena conducta futura. A esto es a lo que se llama prevención especial, es el efecto de evitación de nuevos delitos que la pena debe ejercer sobre el que la sufre.¹²¹

Así como no cambia la naturaleza de la pena cuando el delito se ha cometido, así tampoco cambia o desaparece el fin; éste sigue siendo el de evitar nuevos delitos, de manera que una de las virtudes que debe reunir el mal amenazado es que, al cumplirse, tenga eficacia preventiva con respecto a nuevas transgresiones.

Tan importante es la anterior idea, que en ella se señala uno de los límites más firmes de la penalidad. Es, en efecto, posible castigar a un delincuente de muchas

¹²¹ SOLER, Sebastián Derecho Penal Argentino, Op cit. P 354.

maneras. Sin embargo, aparte de las razones culturales, el estado rechaza el empleo de algunos medios penales, solamente por considerar que ello, en vez de evitar delitos futuros, los favorecen creando causas, principalmente psicológicas, de delincuencia.

Si la pena conserva su pretensión de eficacia, de prevención, después del delito, la mejor pena será aquella que, aplicada, ataque las causas de delincuencia futura; la que, al traducirse en acto, muestre un mayor poder de influencia benéfica.

Los fines de la prevención especial han sido incluidos en dos criterios que según Mezger es la seguridad y la corrección, que más adelante se expondrán, y los anteriores fuera de las penas en sentido estricto, desempeñan un papel importante en la llamadas medidas de seguridad.

De los dos criterios anteriores se puede deducir una serie de estructuraciones jurídicas, que son características para la realización del concepto de prevención especial. Edmundo Mezger señala que la "seguridad. La función de la pena estatal consiste en la prevención de los delitos. La colectividad socialmente ordenada debe de estar "asegurada" contra el delincuente. Aun cuando se mantenga el criterio de la pena por culpabilidad y de la retribución proporcionada al actor, la pena puede y debe bastar, directa o indirectamente, si no a todas, por lo menos a numerosas necesidades de seguridad de la colectividad".¹²²

Por lo que se puede decir, que este criterio de seguridad que maneja Mezger se puede concretar en el ejemplo más típico que es la pena privativa de la libertad. Continuando con este orden de ideas, la Ley del 4 de septiembre de 1941, que preveía para el delincuente habitual peligroso y el delincuente contra la moralidad la pena de muerte, si así lo requería "la protección de la comunidad del pueblo o

¹²² MEZGER, Edmundo. Derecho Penal parte general. Op cit . P 373.

bien la exigencia de la expiación justa", con lo anterior damos un ejemplo de intimidación.

"Corrección. Esta palabra, un poco incolora, que corresponde, sin embargo, al lenguaje corriente, quiere abarcar todos los aspectos de la prevención especial que no se conforman con la simple seguridad de la colectividad frente al delincuente, sino que actúan sobre éste "corrigiéndolo", o sea, liberándolo, para el futuro, de sus tendencias delictivas. Se emplea al respecto, el término resocialización. Por lo tanto, la corrección (resocialización) es, en primer lugar, "educación" y actuación pedagógico-individual, tanto en la libertad como en la prisión durante el cumplimiento de la pena".¹²³

De lo anterior se puede establecer que tanto la seguridad como de la corrección, se pueden realizar con una intervención física directa, como podría ocurrir, si se conecta con la pena una intervención coercitiva para quitar a un sujeto su apego al alcohol o a los estupefacientes, por lo común lo anterior se establece con mayor claridad en las medidas de seguridad. Un ejemplo de lo anterior podría ser, el tratamiento de un imputable disminuido en una casa de salud y asistencia. Mezger señala también las formas particulares de prevención especial. La evolución del derecho penal moderno ha creado una serie de formas especiales de penas que están influenciadas, en especial medida, sin dejar de tener el carácter de pena en sentido estricto, por el problema de la prevención especial. El conocimiento de la misma sirve, de la mejor manera, para ilustrar ulteriormente el concepto fundamental. En este sentido mencionaremos muy en especial las siguientes:

La limitación de la pena privativa de la libertad de corta duración y la llamada rehabilitación. La pena privativa de la libertad ha dado, desde el punto de vista de la prevención especial, resultados desfavorables: sobre el sujeto castigado cae la mácula de una pena privativa de la libertad que ha sufrido, y él mismo se acostumbra a la pena que, no consiste en una actuación pedagógica intensa.

¹²³ *Ibidem*, P. 374.

Y la remisión condicional de la pena, (suspensión condicional de la pena), la condena indeterminada y la suspensión condicional de la condena, están destinadas, a realizar progresivamente el criterio ya señalado a propósito de la libertad condicional, a actuar de forma educativa sobre el condenado, mediante el aplazamiento de la pena.

Por primera vez se encuentra en el sistema belga-francés de la suspensión condicional de la pena, en el cual se dicta el veredicto de culpabilidad y se fija la pena, pero queda suspendido en forma condicional el cumplimiento de ésta.

Carlos Fontán establece que en cuanto a la pena "se acostumbra distinguirla en dos grandes etapas o grupos. Una la de la pena fin, porque se le considera como teniendo un fin en sí misma, que se cumple con una sola aplicación. Otra, la de pena medio, en la que se le da ese carácter con el objeto de intimidar o de colocar al delincuente en situación de que no pueda volver a delinquir".¹²⁴

Podemos destacar que los fines que se asignan a la pena, presuponen que ésta sea un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda la pena significa una supresión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga sobre la vida, la libertad, el patrimonio o el honor.

El modo tradicional de agrupar las teorías que se refieren a la función de las penas ha sido objetado cómo ilegítimo, ya que se puede afirmar que ninguna de ellas ha dejado de reconocerle un fin. Por lo que Carlos Fontán siguiendo las ideas de Antolisei, señala que todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres ideas fundamentales: la retribución, la intimidación y la enmienda.

¹²⁴ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, introducción y parte general. Op cit. P 598.

De lo anterior, señala que la "retribución, para las teorías comprendidas en esta tendencia, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece. La pena es, por consiguiente, la retribución que sigue al delito.

De este grupo existen dos enfoques que pueden considerarse los principales: la retribución moral y la retribución jurídica, cuyos más clásicos representantes fueron Kant y Hegel, respectivamente.

- a) **Retribución moral.** Para quienes ven en la pena una retribución moral, así como el bien debe premiarse, el mal merece castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de la ley. La pena debe existir independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente porque ha cometido un delito.
- b) **Retribución jurídica.** Los partidarios de la retribución jurídica sostienen que, al cometerse un delito, el individuo se rebela contra el derecho, necesiándose, en consecuencia, una reparación —la pena— para reafirmar de manera indubitable la autoridad del Estado. Hegel dió a esta doctrina una forma dialéctica. Según este autor, dos negaciones están en pugna. El delito, negación del derecho, y la pena, negación del delito. La pena es pues, la negación de una negación y el mal de ella debe ser igual, en valor, al mal del hecho cometido".¹²⁵

De acuerdo a lo transcrito, lógicamente con el criterio que nos quedamos es con el jurídico, pues si recordamos nuestras clases de introducción al estudio del derecho, nos acordaremos que las normas de carácter moral tienen por característica el ser internas y por otro lado no hay una fuerza coercitiva que nos obligue a cumplirlas.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 599.

Así en la retribución moral, solamente es un imperativo en el que señala que si para un acción buena hay un premio, para una acción mala forzosamente va a haber un castigo, pero sin restarle importancia, ya que como también sabemos, los delitos pueden ser cometidos por un impulso moral.

En la retribución jurídica, hay un cambio radical, pues aquí ya se habla de normas jurídicas, por ende el que comete un delito, estará transgrediendo la esfera jurídica de otro sujeto y violando una disposición jurídica, y la manera de enmendar esa violación es mediante la aplicación de una pena.

Sebastián Soler señala al respecto "que la pena presenta siempre el carácter de una retribución, de amenaza de un mal, que se hará efectiva mediante los órganos del Estado y con un procedimiento prefijado, contra el autor del delito.

Importa, en su primer momento, una coacción moral, por la cual se pone contramotivos a la comisión del delito. Este aspecto de la pena plantea al legislador la primera tarea delicada, que consiste en la valorización prudente y adecuada de las magnitudes penales.

Señalando además las consideraciones que se anotaron con antelación en cuanto a la teoría de Feuerbach, coincidiendo con el anterior autor.

La pena como retribución, se distinguen de las demás sanciones que solamente tienen por objeto reparar un mal causado. No se puede confundir con la indemnización de daños e intereses.¹²⁶

La comparación entre ésta y una pena de multa, por ejemplo, nos mostrará, siempre, que la multa constituye un verdadero perjuicio, un mal, una positiva disminución de su patrimonio para el que la sufre, mientras que, en realidad, la indemnización no importa necesariamente un perjuicio patrimonial.

¹²⁶ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P 342.

De lo que se deduce que lo que se devuelve es lo que con la acción perjudicial obtuvo, no es por ello más pobre que antes, así como se señaló la anterior diferencia, también se pueden señalar otras, como ejemplo la pena es personalísima, requiere siempre la culpa personal; la indemnización se vincula a un patrimonio más que a una persona.

Siguiendo con el autor Carlos Fontán, como se apuntó anteriormente señala la intimidación, en el cual se puede señalar que la pena, que implica un sufrimiento, tiene por finalidad evitar los delitos por medio del temor que inspira, y al respecto hay varios autores que hablan de ella y así Carlos Fontán señala a dos autores los cuales son:

*Feuerbach y Romagnosi que señalan que con sus teorías de la coacción psíquica y del contraimpulso, respectivamente, pueden considerarse como los más caracterizados representantes de estas tendencias.

El primero afirma que el principal objetivo del Estado es mantener inalterable el derecho. Como según este autor la fuerza que obliga a los hombre a incurrir en delitos es de naturaleza psicológica, es decir, sus pasiones y sus apetitos, que los impulsan a procurarse un placer, es necesario a fin de eliminar ese impulso psicológico, que todos sepan que a su hecho le seguirá, sin duda alguna, un mal mayor que el derivado de la no satisfacción de su deseo.

Esa amenaza de pena, esgrimida por el Estado, tiende a demostrar a los individuos la desventaja de violar la ley.

Romagnosi estima que el Derecho Penal tiende a evitar los delitos futuros que ponen en peligro las condiciones de existencia de la vida social, y ello se logra por medio de la amenaza de una pena. Así, a las fuerzas que impulsan al delito, se

pone la pena que disuade al individuo de transgredir la ley, representando una fuerza repelente o contraimpulso".¹²⁷

Estas teorías, que señalan la importancia de la pena como amenaza dirigida a la colectividad, sólo tienen en cuenta el aspecto preventivo con respecto al posible autor del delito, lo anterior lo podemos relacionar con lo que anteriormente se trató, es decir, con la prevención general, para posteriormente dar paso a la prevención especial.

La tercera consideración es la enmienda, la cual también es llamada por algunos autores correccionalista, y en la cual se pueden sacar los puntos más importantes, los cuales consisten en evitar que el delincuente reincida procurando su reeducación.

Por lo que la función de la pena, será, mejorar al reo, consiguiendo su enmienda, pero ¿realmente se cumplirá este fin?, pues supongamos que así lo sea, la pena se convertiría o mejor dicho, la pena dejaría de ser un mal para dar paso a ser una verdadera institución de corrección ó enmienda y cambiar el concepto tal trivial que se ha dado durante mucho tiempo, de la crítica que se formula a las cárceles.

De lo que se puede concluir, que el aumento inmoderado de las penas, no solamente muestra una tendencia políticamente tiránica y una fundamental inseguridad del poder, sino que constituye un error psicológico, pues las penas psicológicamente más eficaces resultan las penas justas, que son al mismo tiempo reflejo de una sensibilidad social más fina. Dice, con razón Von Hippel, que el sistema de las penas se atenúa en los períodos de la más alta civilidad y seguridad jurídica. Al contrario, los regresos culturales y políticos conducen a una retribución más rígida.

¹²⁷ *Ibidem*. P. 600.

Un claro ejemplo de lo anterior es nuestro país, que sin más ni más hace leyes, como vulgarmente se dice al vapor, y la mayoría de ellas son recopilaciones de otras leyes, como es la ley para los ancianos que, repito, es una recopilación de normas jurídicas que le son aplicables a las personas de la tercera edad, por lo que consideramos que en lugar de estar legislando ese tipo de normas, mejor lo legisladores se dediquen a depurar las leyes que realmente son importantes como la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, que aún en la época que actualmente vivimos contempla figuras que ya cayeron en desuso, por lo mismo que el derecho es cambiante, y que no las han reformado.

Algunos autores han sostenido que la pena es ineficaz, como el positivista Ferri. Cuello Calón reconoce que la pena está en un período de decadencia, y que va ganando terreno como medio más eficaz, la medida de seguridad.

Así han surgido nuevas teorías de la defensa social, bajo el influjo de las nuevas ideas criminológicas. Se ha sostenido que el actual derecho penal es inoperante, y no tiene en cuenta las nuevas realidades humanas y sociales.

Es decir, que se entiende ya que la mera letra jurídica, o sea, la dogmática penal, no da contestación a los problemas actuales. La Criminología o las ciencias criminológicas por sí solas, tampoco han dado solución al problema. La clave estaría en una acertada política criminal.

Hay distintas concepciones sobre la defensa social. Para algunos, es la mera supresión de las normas penales, tesis que no compartimos. Para otros, existe un predominio de la prevención sobre la represión, eliminando el calificativo de pena. Por lo que mejor daremos paso a estudiar a las diversas concepciones que han dado los autores, en lo referente a este tema.

Quintiliano Saldaña establece que " la sociedad se defiende con penas. Tal es el hecho, de valor sociológico , sobre el que se alza la doctrina jurídica nominada defensa social. Todo lo que existe tiende a preservarse en el ser. Como todo lo

que existe, la sociedad pugna por conservar, atacando, reaccionando y defendiéndose.

Empero, si penas son aplicadas, todavía no es tanto para defender a la sociedad, como para dar a ella satisfacción. Lo reclaman la víctima y su familia, compañeros, conciudadanos, la humanidad. Tal es, entre los fines penales, el de satisfacción moral, que la opinión demanda. Recogida experiencia del ajeno castigo.

Y no hay que hacerse ilusiones, en este respecto. Cuando se habla de pena defensa, emplease una fórmula antinómica. A quien se defendió no es lícito castigar; quien castiga, ni siquiera sueña en defenderse. así, tomando ejemplo del Derecho penal familiar, sorprendería mucho, al padre que castiga a su hijo, la resistencia de éste, cuyo contraataque desconcertaría; cesando en el castigo para aprender a la defensa. La pena, que defiende a la sociedad, no es modo alguno por su fin, sino por sus resultados".¹²⁸

Así, la pena castigo, aún sigue siendo pieza de viejo dispositivo moral, de la justicia vindicativa; mientras que la medida de seguridad, aunque se alle con penas, jamás pierde su carácter amoral, por el fin de sustituir la pena castigo por la pena defensa y por la pena educación, que éstas realizan, como penas que son, una función directa, sólo represiva, y sólo aspiran a un fin retributivo. Por lo que se puede concluir que las penas y las medidas de seguridad se diferencian, esencialmente, por su opuesto fin: de una el castigo y de las otras la defensa.

Una opinión más es la de Ricardo Núñez señalada por el autor Luis Marcó del Pont que señala, "el fin de la pena no es la expiación del sentido moral, ni tampoco una expiación jurídica, pues no es devolver el mal por el mal, ni se castiga porque se ha delinquido, sino para que no se delinca más".¹²⁹

¹²⁸ SALDAÑA, Quintiliano. *Nueva Penología (Penas y Medidas de Seguridad)*, Op cit. P. 37.

¹²⁹ MARCÓ DEL PONT, Luis. *Penología y Sistemas Carcelarios*, Op cit. P 3.

Como vemos una vez más, el fin es que no se vuelva a delinquir, pues de lo contrario se estaría nuevamente en la aplicación de la antigua fórmula del Talión ojo por ojo y diente por diente, pues lo que verdaderamente se busca es la prevención del delito y que un individuo si alguna vez delinquieró, no lo vuelva a hacer.

Señala Luis Marcó del Pont, que para Carrancá, "el fin de la pena no es ni que se haga justicia, ni que el ofendido sea vengado, ni que sea resarcido el daño padecido por él, ni que se amedrenten los ciudadanos, ni que el delincuente expie su delito, ni que se obtenga su enmienda. Para él, todas éstas pueden ser consecuencias accesorias de la pena y algunas deseables; pero la pena seguirá siendo un acto no criticable, aún cuando todos esos resultados fallasen. Para el maestro italiano, el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo de la sociedad".¹³⁰

De lo anterior podemos agregar, el aspecto más importante a destacar es el carácter reeducativo que debe de tener la pena. Por lo que vemos que ese carácter no se cumple en nuestro país, por las deficiencias de un sistema carcelario arcaico e inútil. Este carácter reeducativo ha sido estudiado por el maestro italiano Carneluti, cuando dice que el delito no es reprimido hasta que el acusado no sea enmendado.

¹³⁰ *Ibidem*, P. 4.

2.3.3 ELEMENTOS DE LA PENAS.

En realidad no existe mayor problema para definir los elementos de las penas, pues algunos de ellos los encontramos como parte de los principios, de los fines o de sus características.

Sin embargo es necesario hacer la siguiente observación al respecto, en el sentido de que debemos de partir de un concepto exclusivamente, porque dada la diversidad existente de los elementos, por lo que se tomará como concepto el siguiente: Pena, es el castigo proporcional que merece el responsable de todos los hechos delictuosos y que debe imponerse conforme a la ley por una autoridad judicial.

Es por lo que Juan Manuel Ramírez Delgado considera que los elementos de las penas son los siguientes:

- a) La pena debe ser un castigo como se describió en una de sus características.
- b) Debe ser proporcional.
- c) Se aplica sólo al responsable de todo hecho delictuoso.
- d) Se debe imponer conforme a la ley, característica de legalidad.
- e) Solamente la puede imponer la autoridad judicial".¹³¹

¹³¹ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penas y medidas de seguridad. Op cit. P. 351

Es de resaltar que algunos autores consideran a los elementos como parte de los principios por lo que en este capítulo nos corresponde hablar un poco de éstos últimos.

Por lo que Sebastián Soler señala que "la Ley, en efecto, contiene dos clases de principios penales. Por una parte, establece, una especie de disposiciones generales, varias clases de penas, las cuales, en la parte especial, aparecen vinculadas con determinadas figuras delictivas. En este sentido, la teoría delictiva de la pena se preocupa por estudiar en general esa consecuencia de ilicitud, los principios comunes que la gobiernan, sus caracteres, etc. Pero, por otra parte, la ley contiene disposiciones cuyo objeto consiste en adecuar la pena al caso particular dentro de ciertos márgenes y respondiendo a ciertos fines".¹³²

Pero es de destacar que aún se pueden estudiar en forma autónoma los principios que rigen la ejecución de las penas, especialmente refiriéndonos al derecho penitenciario, dada la gran importancia de las penas privativas de la libertad en el derecho penal moderno.

Siguiendo con el presente tema, establece Juan Manuel Ramírez Delgado que los principios de la pena son los siguientes: "a) El principio de necesidad; b) El principio de justicia (debe ser justa); c) El principio de prontitud, y d) El principio de utilidad".¹³³

Pero como ya se dijo, este tema está íntimamente ligado con los elementos de las penas y con sus características, es por ello que antes de explicar cada uno de los anteriores principios, es conveniente hacer referencia a las teorías que han dado interpretaciones diferentes del fundamento del derecho penal, de las cuales tradicionalmente se han considerado las siguientes: Teorías Absolutas, Teorías Relativas y Teorías Mixtas o de la Unión.

¹³² SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P. 343.

¹³³ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penas y medidas de seguridad, Op cit. P. 37.

Pero cabe mencionar que las anteriores teorías se van a tocar de una manera superficial sin entrar a fondo en su estudio, pues es de recordar que en el capítulo tercero del presente investigación se van a tratar las diversas escuelas y teorías que han existido en cuanto al derecho penal y en especial al tema de la pena.

Señala Octavio Alberto Orellana Wiarco que " la fundamentación del derecho a castigar ha sido explicado por diversas teorías: una llamadas absolutas que a su vez pueden clasificarse en retribucionistas y reparatorias; otras teorías son llamadas o denominadas relativas, que se subdividen en aquellas que persiguen prevención general, otras prevención especial y las mixtas.

Nos vamos a referir a las principales teorías que explican los fines que persigue la pena considerada en abstracto. A la pena se le han asignado como fines el de retribución, el de prevención general y el de prevención especial, estos fines están íntimamente ligados al desarrollo del derecho penal".¹³⁴

Nos resulta ocioso estar mencionando a algunos autores que hablan al respecto de este temas, pues consideramos pertinente la acepción de Octavio Alberto Orellana, dado que la mayoría, de los autores hablan de la misma teorías, es decir, que la mayoría de los autores considera la división entre teoría absoluta, relativa y la mixta con sus respectivas subdivisiones, como ya se mencionaron.

Sebastián Soler considera que la teoría absoluta "el pensamiento común que caracteriza estas teorías, es el de juzgar a la pena como consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque el delito debe ser reparado, ya porque debe de ser retribuido. Por una u otra razón, lo fundamental es que la pena sigue tan necesariamente al delito como el efecto a la causa. Ninguna consideración de carácter utilitario o externo a esa necesidad puede valer para impedir la aplicación de la pena".¹³⁵

¹³⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal parte general, Edit. Porrúa, México, 1999. P.410.

¹³⁵ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P. 321.

De lo anterior se puede establecer que el delito para algunos, es un mal que debe de ser curado, que puede repararse, y la pena es el medio único de reparación y para otros el delito es un mal definitivo e irreparable incancelable, la pena es una forma ineludible de retribución.

Señala Silvio Ranieri que "Apartándose del concepto de retribución, como advenimiento del derecho natural y del racionalismo se da una importancia especial a los fines relativos a la pena, surgidos dentro de la teoría absoluta, de modo que al entenderse la pena como utilidad para el futuro o intimidación para el bien del Estado, se desemboca en la teoría de la prevención general como coacción sociológica, en virtud de la cual la pena ejerce su función intimidatoria obrando sobre la generalidad como contrainpulso frente al impulso del delito".¹³⁶

Las teorías absolutas son las que buscan su fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no en un objeto trascendente. Se castiga porque se ha delinquido. La pena es justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse. La sanción es pura y simplemente la consecuencia jurídica del delito.

Entre las teorías jurídicas se pueden citar: la teoría de la retribución divina, la teoría de la retribución ética, la teoría de la retribución jurídica, y la teoría de la expiación. En síntesis se puede decir, que para estas teorías, el fin de las penas es la retribución o expiación del delito.

Como se señaló anteriormente, el estudio de estas teorías se ampliará en el capítulo siguiente.

Las teorías relativas, en cambio, atribuyen a la pena un fin independiente, señalando un objetivo político y utilitario. Se castiga, para que no se siga pecando,

¹³⁶ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal parte general. Op cit. 319.

y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos. Las teorías relativas pueden clasificarse en dos grupos: el más considerable es el que asigna a la pena, el fin previsor de delitos futuros, a esto último también se le conoce como teoría preventiva; el otro está formado por la doctrina que pretende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto delictuoso, que también es conocida como teoría reparadora.

Las teorías preventivas se dividen a su vez según que pretendan la prevención general o especial. Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad; la pena debe tratar de impedir que los individuos, considerados en su conjunto, caigan en el delito mediante la intimidación de las sanciones contempladas en las leyes.

Las teorías que pretenden el logro de la prevención especial, emplean la pena como única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo.

Las teorías relativas más modernas, señalan varios fines de la pena: teoría de la intimidación, teoría de la coacción psíquica, teoría de la advertencia, teoría de la prevención general, teoría de la prevención especial, teoría de la legítima defensa del Estado y teoría de la corrección, esta última se tomará más en cuenta pues considera como tal a la pena de prisión.

Las teorías mixtas tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil y el concepto de retribución con el fin utilitario.

Es de destacar que estas teorías corresponden más o menos a la evolución general de la concepción de la pena, desafortunadamente, vemos que en la realidad únicamente se enfocan a la pena capital y principalmente a la pena

privativa de la libertad por ser consideradas las más graves y sobre las cuales gira la idea punitiva de la mayoría de los dogmáticos.

Juan Manuel Ramírez Delgado señala los siguientes principios:

*PRINCIPIO DE NECESIDAD.

El Estado debe de estar plenamente seguro de que la pena debe ser necesaria para los fines que se proponen pues si no lo es no debe aplicarse.

Este es uno de los principios más importantes que desafortunadamente jueces y magistrados no lo entienden así y por consecuencia los problemas que generan con su alto criterio punitivo, es fatal para la sociedad.

PRINCIPIO DE JUSTICIA.

La pena debe de ser justa en cuanto a su proporción, en dos aspectos: primero, en realidad a la fijación hecha por el legislador, puesto que éste debe de ser justo al establecer la proporción entre el delito y la pena; segundo en lo referente a la persona del que juzga, porque al imponerla deberá haberlo con el más recto criterio de que la pena impuesta al delincuente es la más justa y es la que merece.

PRINCIPIO DE PRONTITUD.

La pena debe de ser pronta y esto significa, que cuando se debe de interponer una pena se haga lo más pronto posible, pues la incertidumbre del procesado se vuelve un tormento psíquico durante el tiempo que dura dicha etapa.

Este principio lo tenemos regulado en el artículo 20 fracción VIII de nuestra Constitución Política que textualmente señala: "Serán juzgados antes de cuatro

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año si la pena excediera de ese tiempo*.

Por lo que se puede decir, que la pena será más justa y útil cuando sea más pronta y más cercana al delito cometido. Se dice más justa porque ahorra al reo los tormentos inútiles y fieros de la incertidumbre que crecen con el rigor de la imaginación y el sentimiento de la debilidad propia; se dice más justa, porque siendo la pena privativa de la libertad una pena, no puede proceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide. Todo proceso debe de acabarse con la mayor brevedad posible.

PRINCIPIO DE UTILIDAD.

La utilidad de la pena se obtiene, cuando su aplicación, tanto el Estado como la sociedad, logran un beneficio, es decir, que esa utilidad en bien de la comunidad, sea muy superior al castigo que recibe o recibió en lo individual el delincuente. En mucho la utilidad de la pena viene asociada a sus fines, los cuales son: la intimidación y la retribución.¹³⁷

De lo que se puede decir, que si las penas cumplieran en la actualidad con estos elementos es decir, de necesidad, justicia, prontitud y utilidad serían muy intimidantes las penas pues en el transcurso del presente investigación se ha demostrado que en algunas etapas o pueblos las penas tenían estos elementos y tenían grandes resultados en cuanto a la comisión de delitos, ya que los pobladores de esos pueblos pensaban varias veces las acciones que iban a realizar antes de cometer el delito.

Por otro lado volvemos a insistir en que este tema más adelante se va a tratar más a fondo y en el presente capítulo se trató de sintetizar las diversas teorías que han existido, pero sin profundizar.

¹³⁷ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penas y medidas de seguridad. Op cit. P. 40.

2.3.4 CARACTERÍSTICAS DE LAS PENAS.

Característica es lo que se da de una cualidad o particularidad a una persona o cosa, por lo tanto las penas deben de tener una cierta singularidad que las haga distintas a los demás medios o formas de combatir la criminalidad que son las llamadas medidas de seguridad y que figuran en nuestro Códigos penales.

Por lo que Juan Manuel Ramírez señala que las características de las penas son las siguientes:

- a) Legalidad
- b) Públicas.
- c) Jurisdiccionales.
- d) Personalísimas.
- e) Son castigos y sufrimientos.
- f) Deben imponerse a post-delictum.
- g) Son aplicables sólo a sujetos imputables¹³⁸.

Para que se den las anteriores características, la pena tiene que estar señalada y plenamente establecida en la ley. En nuestro país lo anterior está perfectamente señalado en el artículo 14 Constitucional que señala lo siguiente: " No podrá imponerse pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate".

En consecuencia, este apoyo constitucional obliga que al elaborarse las leyes secundarias en las que señale algún delito con su respectiva pena, ésta tendrá que ser precisada y definida con total exactitud. Las anteriores leyes que se mencionan, no basta con que reúnan el principio de legalidad, sino que el legislador debe de ser más precavido para cuidar que además, la pena sea vigente y positiva, sino de nada sirve que exista una ley.

¹³⁸ Ibidem, P. 48.

De lo anterior se puede afirmar que:

- a) no se podrá castigar ningún delito con pena que no esté prevista en la ley.
- b) No podrá aplicarse pena alguna, sino en virtud de una sentencia firme.
- c) No podrá ejecutarse pena alguna, en otra forma que la prevista por la ley, ni en otra circunstancia diferente que lo expresado en un texto.

Por consecuencia téngase presente que en nuestro país, la legalidad de la que se acaba de hablar, deberá estar comprendida en las siguientes leyes: en primer lugar tenemos a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Código Penal o en su caso leyes administrativas debido a los delitos que se contemplan en ellas y son llamados delitos especiales, Ley de Normas Mínimas para Sentenciados, Ley de Ejecución de Sentencias, y en otras legislaciones.

Siguiendo las ideas de Juan Manuel Ramírez, él señala que una de las características de la penas es que son públicas ya que "conforme lo hemos visto en la evolución de la pena a través de la historia, cuando se le quita la facultad a los particulares de castigar en nombre propio y el Estado se arroga para sí la facultad de hacerlo, la pena adquiere esa característica de ser pública; esto es que sólo el Estado (Poder Público), puede fijarlas en la ley y sólo él puede ejecutarlas.

JURISDICCIONALES.

Esta característica significa que solamente la autoridad judicial puede imponerlas y su fundamento lo encontramos en el artículo 21 Constitucional.

PERSONALÍSIMA.

Las penas no pueden trascender más allá de la persona responsable de la conducta delictuosa, en ello descansa esta característica. Al respecto, el fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 22 que prohíbe las penas trascendentales.

SON IMPUESTAS PARA CASTIGAR Y CAUSAR UN SUFRIMIENTO.

Esta característica de las penas ha sido motivo de diversas opiniones, pues en la actualidad es muy fuerte la corriente de quienes pretenden quitársela. Debo insistir que toda esta confusión se generó, al incorporar a la pena de prisión al utópico régimen progresivo-técnico cuyo objetivo supuestamente es el de la readaptación del delincuente y no el castigo.

APLICACIÓN DE LAS PENAS POST-DELICTUM Y A IMPUTABLES.

A continuación se refiere a dos características de las penas que adquirieron relevancia al surgir las llamadas medidas de seguridad; se refiere, a que deben de aplicarse post- delictum y únicamente a sujetos imputables.

Como se decía, esta característica adquiere relevancia cuando aparecen las medidas de seguridad, porque mucho se insiste que éstas al perseguir la prevención más que la represión, se pueden imponer ante-delictum, cosa que nunca podrá hacerse con las penas.

En cuanto a la otra característica, es decir, la aplicación de las penas sólo a imputables, implica el hecho de que siendo la pena un castigo para que sirva de escarmiento al responsable, es obvio que no se puede aplicar con esa intención al

inimputable , pues éste al no ser sujeto de derecho penal no siente castigo y menos se intimida, pero si en cambio, merece un tratamiento " ¹³⁹

Con lo anterior estamos de acuerdo, pues como se expuso en la presente investigación en la etapa de la venganza divina, en donde se explica claramente como fue la transición de la pena, es decir, que en esos tiempos predominaba la fórmula del Talión la cual rezaba: "ojo por ojo y diente por diente", y que en la siguiente etapa y en este punto la más importante en la que se denominó la "venganza pública" pues, es donde se le quita al particular la facultad de él mismo aplicar las penas y se da paso a que el Estado en sus más antiguas formaciones, aplicara las penas.

En cuanto a que la pena sea personalísima, podemos observar que esta característica también ha evolucionado pues en la antigüedad en algunos pueblos se estilaba que si un individuo cometía una conducta que se consideraba como delito, la pena era impuesta al que la cometió y a sus familiares y lo peor, que esta pena podía prolongarse de generación en generación, en consecuencia traía consigo una verdadera guerra entre familias, pero como se mencionó evolucionó en ese sentido y posteriormente la pena se individualizó, trayendo como consecuencia de que sea personalísima, pues consideramos que el que debe sufrir la pena es el que cometió el delito y no otra persona.

De la anterior idea, algunos autores consideran que el anterior precepto es violado, tal es el caso de la reparación del daño, pues algunos Códigos Penales señalan que están obligados a la reparación del daño, entre otros: los ascendientes por los delitos de sus descendientes; los tutores y custodios por los delitos de los incapacitados que están bajo su guarda; los directores de internados o talleres, por los delitos de los menores de 16 años que se encuentren en sus establecimientos como aprendices o discípulos.

¹³⁹ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penas y medidas de seguridad, Op cit. P. 49.

De lo anteriormente transcrito, se puede deducir, que se están refiriendo a sujetos que son inimputables, y si no son sujetos de Derecho Penal, no es aceptable que una tercera persona tenga que responder por una sanción que no se puede imponer al inimputable, puesto que al no ser sujeto de derecho penal no puede haber un procedimiento y si no hay procedimiento no puede haber sentencia condenatoria.

Ahora bien sabemos que todo presunto responsable de un hecho delictivo debe ser oído y vencido en juicio, por consecuencia para imponer una pena al individuo, deberá ser procesado y si el juez lo encuentra culpable, le dictará una sentencia condenatoria en la que le fijará la pena a cumplir o a compurgar, de lo anterior se establece que no se le puede imponer a nadie una pena sin antes ser oído y vencido en juicio, con lo que se le estarán violando sus garantías individuales.

Ignacio Villalobos considera que las características de las penas son las siguientes:

a) para que la pena sea intimidatoria debe de ser aflictiva, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente; debe de ser legal, ya que sólo así conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca; debe de ser cierta, pues la sola esperanza de eludir la por deficiencias de la maquina encargada de investigar y sancionar los delitos, deja sin efecto una amenaza que el presunto delincuente es propenso a desechar.

b) Para ser ejemplar debe de ser pública; no con la publicidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en la Edad Media, pero sí en cuanto lleve al conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.

c) Para ser correctiva, en forma específica, debe de disponer de medios curativos para los reos que lo requieran, educativos para todos y aún de adaptación al medio cuando en ello estriba la prevención de futuras infracciones,

comprendiéndose en los medios educativos los que sean conducentes a la formación de la moral, social, de orden, de trabajo y solidaridad.

d) Y para ser justas. Todas las penas deben de ser humanas, de suerte que no descuiden el carácter del penado como persona; iguales, en cuanto habrán de mirar sólo a la responsabilidad y no a la categoría o clase de persona. Deben ser suficientes (no más ni menos necesario), remisibles, para dárlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llegado a sus fines; reparables, para ser posible una restitución total en caso de error; personales o que sólo se apliquen al responsable; varias, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y elásticas para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad".¹⁴⁰

De lo que se puede decir, que para este autor, al igual que la mayoría, considera que al cumplirse todas estas características la pena cumpliría con todos sus fines y objetivos que para ello se han planteado y que realmente sería intimidatoria, ejemplar y sobre todo lo que más se busca, es que los miembros de una sociedad no delincan.

José Argibay Molina señala como características de las penas las siguientes:

"1.- Personal: Debe de alcanzar sólo al autor del delito y no extenderse a otros sujetos que, más o menos próximos a aquél, no tuvieron participación en la conducta.

2.- No aberrante: Esta condición se sintetiza de la afirmación de que el medio penal debe ser humano, desde que el Estado no actuará como un resentido y que no habrá de descender al sadismo en las retribuciones que imponga.

¹⁴⁰ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit. P. 525.

3.- Suficiencias: La justa proporción respecto del mal del delito, debe de ser reunida por la pena; no debe de haber crueldad por exceso, ni benignidad por debilidad. Tanto la una como la otra, son injustas y estériles. Debe de ser suficiente con el mínimo de daño, tanto para el que la debe sufrir, como para el que la habrá de imponer.

4.- Divisibles y graduables: Este carácter permitirá la individualización de la pena, según el tipo de personalidad del actor del delito y los caracteres de éste, tanto en su materialidad, como en su trascendencia social.

La fraccionalidad de la pena y la posibilidad de aplicación de proporcionalidad según los grados de imputación, es una conquista del derecho penal que, sintetizada en las escales penales, dejó atrás la época de las penas fijas o rígidas que colocaban al juez en la imposibilidad de graduación alguna, pues acreditado el evento delictivo la pena era la misma.

5.- Moralidad: Esta nota toca a la finalidad de la pena y se la señala como formando parte del régimen penitenciario, en cuanto habrá de tender al mejoramiento del sujeto delincuente.

6.- Igualdad: Debe ser de idéntica aplicación para los sujetos que estén en iguales condiciones y ella en la ejecución debe de ser de idéntico contenido y proyección; esto hace que el régimen penitenciario del país, por cuanto no es un secreto que aún hoy hay establecimientos que cuentan con todos los adelantos para la tipificación y tratamiento y las instalaciones adecuadas y otros carecen de los más elemental.

7.- Revocabilidad: Los procesos irreversibles en materia de pena, cierran toda posibilidad de corrección de errores, como acontece con la pena de muerte que,

desde el ángulo del mal incorregible ha recibido las más serias críticas que se le han formulado¹⁴¹

De lo que se puede concluir que los anteriores autores al señalar las características de las penas, coincidiendo en algunos elementos, trataron de exponer cada una de las características, pero pensamos que todos tienen un fin común que es lograr una adecuada aplicación de las penas, ya que como se ha visto en el presente trabajo de investigación, las penas desde su nacimiento habían sido crueles, muy duras, infamantes, sobre todo si nos ubicamos en la época de la Edad Media en donde se acentúa esa crueldad, es por eso que en la actualidad hay una tendencia a que las penas se apliquen a quien cometió el ilícito y algo muy importante que sea proporcionales al delito que se cometió.

2.3.5 FUNCIONES DE LAS PENAS.

Establece Quintiliano Saldaña que "persiguiendo el quilate, en el valor de las penas y medidas, hemos de precisar su respectiva función.

Función social es el juego de una institución en acción. Veamos ante todo, la esencia de esas dos instituciones: penas y medidas de seguridad. Pena pública es el acto de la represión jurídica, políticamente organizada. Ahora bien, la pena como instrumento de intimidación, esconde un fin preventivo y lo realiza. Pero se trata, en este caso, de función unilateral, con vista a una sola utilidad: evitar la repetición del delito".¹⁴²

De lo que se puede comentar que para al anterior autor lo que él considera en cuanto a la función de la pena es evitar la repetición del delito, pues como se puede ver en el presente trabajo, la mayoría de los autores que se han tratado,

¹⁴¹ ARGIBAY MOLINA, José F. *Derecho Penal Parte General*, Op cit. P. 63 y 64.

¹⁴² SALDAÑA, Quintiliano. *Nueva Penología. Penas y Medidas de Seguridad*, Op cit. P.56.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

tienen como finalidad, característica o función de la pena, evitar que el delincuente repita el delito o lograr que los individuos de una sociedad ya no delincan.

"la penalidad en su función preventiva , tiende a parar de golpe de la iteración criminal. Esta iteración amenaza en dos dimensiones; así, hay dos tipos de prevención:

- a) De la repetición vertical, "reiteración" o "reincidencia" (prevención especial).
- b) De la repetición en el sentido de latitud "contagio" e "imitación" criminales (prevención general)* ¹⁴³.

Así el dispositivo jurídico mixto penal-asegurado, del régimen de transición jurídica, realiza doble función. De un lado, la pena es cabeza de árbol, cuyas revoluciones producen el remolino de la represión; del otro lado, la medida dispersa ondas de prevención.

Ahora bien, en este aspecto, la mayoría de los autores consideran o mejor dicho acostumbran, distinguir dos grandes grupos o etapas. Una, la de la pena fin, porque se le considera como teniendo un fin en sí misma, que se cumple con su sola aplicación. Otra, de la pena medio, en la que se le dá ese carácter con el objeto de intimidar o colocar al delincuente en la situación de que no vuelva a delinquir.

Carlos Fontán Balestra señala que "el modo tradicional de agrupar las teorías que se refieren a la función de la pena ha sido objetado como ilegítimo, ya que puede afirmarse que ninguna de ellas ha dejado de reconocer un fin. Puede decirse, como lo hace Antolisei, que todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres tesis fundamentales: la retribución, la intimidación y la enmienda.

¹⁴³ Ibidem, P.58.

1.- Retribución. Para las teorías comprendidas en esta tendencia, al delincuente que ha transgredido una norma jurídica se le aplica el castigo que merece.

Dentro de este grupo existen dos enfoques que pueden considerarse los principales: la retribución moral y la retribución jurídica, cuyos más clásicos representantes fueron Kant y Hegel, respectivamente".¹⁴⁴

A lo que Silvio Ranieri, considera que el concepto de retribución se va a entender en tres sentidos.

"a) Como retribución divina, idea que le dio su sello definitivo a la filosofía del derecho penal medieval, con los influjos de la iglesia, y en virtud de la cual, siendo el delito pecado e infracción del orden querido por Dios en la tierra, la pena terrena es expiación y da origen al arrepentimiento.

b) Como retribución moral, porque la pena ordenada por la ley penal, que es imperativo categórico, al negar el delito con una acción igual y contraria, reintegra el orden ético.

c) Como retribución jurídica, la cual, al desarrollar el método lógico-dialéctico de la negación de una negación, que es reafirmación, perfecciona el principio de la retribución moral y entiende la pena como reintegración del ordenamiento jurídico ofendido y como defensa del derecho".¹⁴⁵

Apartándonos del concepto de derecho natural y del racionalismo, se da una importancia especial a los fines relativos de la pena, surgidos dentro de las teorías absolutas que en el siguiente capítulo se explicarán, de modo que al entenderse la pena como utilidad para el futuro o intimidación para el bien del Estado, se desemboca en la teoría de la prevención general, en virtud de la cual la pena

¹⁴⁴ IONTÁN, BALESTRA, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General. Op cit. Pp. 598 y 599.

¹⁴⁵ RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal, Parte General. Op cit. P 321.

ejerce su función intimidatoria obrando sobre la generalidad como contraimpulso frente al impulso del delito.

En la teoría de la prevención especial, que se consigue mediante la intimidación ejercida sobre el delincuente con la irrogación de la pena, o mediante el arrepentimiento y la enmienda del culpable, o mediante la educación forzada; y en la teoría de la pena fin, en virtud de la cual, mientras la amenaza de la pena es intimidación con respecto a la generalidad de los ciudadanos sobre los cuales actúa como prevención general, su aplicación y ejecución, al intimidar y mejorar al reo, obra como prevención especial.

Siguiendo las ideas de Carlos Fontán, él considera que: "Para quienes ven en la pena una retribución moral, así como el bien debe premiarse, el mal merece un castigo. Es un imperativo categórico, un mandato derivado de una ley. La pena debe existir, independientemente de su utilidad, por cuanto así lo exige la razón, y ser aplicada al individuo solamente porque ha cometido un delito.

Retribución jurídica.- Los partidarios de la retribución jurídica sostienen que, al cometer un delito, el individuo se rebela contra el derecho, necesiándose, en consecuencia, una reparación, que se traduce en una pena, para reafirmar de manera indubitable la autoridad del Estado.

Intimidación.- Se señala que Feuerbach y Romagnosi, son los más importantes representantes de la tendencias de la intimidación. El primero indica que el fin principal del Estado es mantener inalterable el derecho. Como según este autor la fuerza que obliga a los hombres a incurrir en delitos es de naturaleza psicológica, es decir, sus pasiones y apetitos, que los impulsan a procurarse un placer, es necesario, a fin de eliminar ese impulso psicológico, que todos sepan que a su hecho le seguirá, sin duda alguna, un mal mayor que el derivado de la satisfacción de su deseo.

Romagnosi estima que el Derecho Penal tiende a evitar delitos futuros que ponen en peligro las condiciones de existencia de la vida social, y ello se logra por medio de la amenaza social.

Enmienda.- Definido representante de esta tendencia fue Roeder, que afirma que el delito cometido demuestra que la persona está necesitada de un mejoramiento moral y una severa disciplina que la encauce para volver a ser útil a la sociedad.

Para Dorado Montero, el delito es una creación humana. Es el Estado, supremo ordenador jurídico, quien determina cuáles son los hechos ilícitos, según las necesidades y los fines por él perseguidos¹⁴⁶.

De lo anterior se puede decir, que Carlos Fontán, siguiendo las ideas de Antolisei, considera que son tres los elementos que se integran en cuanto a la función de la pena como ya quedó escrito en líneas anteriores, a diferencia de Silvio Ranieri, que en lo que respecta a la retribución aumenta un elemento más que es la retribución divina, y a nuestra consideración es más acertado, pues si nos vamos a la historia veremos que todo empieza por un origen mágico y religioso, y que se traducía en un castigo de la divinidad.

En la teoría de la intimidación, se señala la importancia de la pena como amenaza dirigida a la colectividad, sólo tiene en cuenta el aspecto preventivo con respecto al posible autor del delito, prescindiendo del momento de la retribución jurídica y de la prevención especial. Además, se confunde lo que la pena es con el objeto o fin que con ella se persigue, que en este caso es intimidar, que es uno de los elementos más importantes a nuestra consideración.

La teoría de la enmienda, tiende a evitar que el delincuente reincida procurando su reeducación. La función de la pena es, mejorar al reo, consiguiendo su enmienda, pero volvemos a insistir que independientemente que la pena tiende a reeducar al

¹⁴⁶ FONTÁN, BALLSTRA, Carlos. Derecho Penal, Introducción y Parte General. Op cit. Pp. 600 y 601.

reo, lo más importante es la intimidación ya que el anterior elemento, va a conseguir que en una sociedad ya no se cometan más delitos.

Siguiendo con la intimidación, señala Juan Manuel Ramírez Delgado que "uno de los autores que le dedica mayor atención a la intimidación es José M. Rico, quien al mismo tiempo la califica, como el fin principal asignado a la pena, y señala: la creencia en el efecto intimidante de las sanciones penales es tan distinguida como el mismo Derecho Penal. Dicha creencia ha dominado de tal manera la acción de los hombres dedicados a la política, de los legisladores, de los jueces, de los administradores de justicia, que la intimidación ha sido considerada el postulado primero y esencial de la mayoría de los sistemas penales actualmente existentes.

Resumiendo, la intimidación considerada antaño como uno de los fines de la pena, ya no puede considerarse válida para nuestros días, pues si bien es cierto que esto pudo haber sido eficaz en los tiempos que surgió la pena como facultad del Estado para castigar a los delitos -la forma tan cruel de castigarlos así lo manifestaba-, sin embargo, también es cierto que en la actualidad ya no se puede concebir esa intimidación de la pena, pues las formas de comportarse del ser humano hoy, son totalmente diferentes a las de hace dos siglos. Además dada la diversidad de penas que existen hoy en día, no se les puede atribuir a todas el mismo fin intimidante".¹⁴⁷

De lo que se puede decir, que no existe ninguna prueba científica del efecto intimidante de la pena, la certeza sobre la misma todavía es limitada y de dudosa eficacia, pues es de observarse que cada vez en las sociedades se ve incrementado el índice delictivo día con día.

Pero aún se sigue afirmando que la amenaza de un castigo es un medio eficaz para intimidar a posibles infractores, o bien, para evitar que los que cometieron un

¹⁴⁷ RAMÍREZ DEL GADO, Juan Manuel. Penología. Op cit. P. 44.

delito vuelvan a hacerlo, a lo que podemos decir, que para que se den tales circunstancias, es necesario atender al tipo de sociedad a la que va dirigida; a la personalidad del individuo que conforma esa sociedad; a las condiciones económicas de los delinquentes o presuntos infractores y a su rango social; y en algunos casos, al tipo de pena, pues no es lo mismo que se imponga una multa a un hombre con suficientes ingresos económicos como lo podría ser un empresario, que a un simple obrero que gana el salario mínimo.

Según Enrique Bacigalupo: "la teoría del delito cumple con una doble función mediadora. Por un lado media entre la ley y la solución del caso concreto, es decir, entre la norma general, que expresa la valoración del legislador, y la creación de éste en una norma particular que decide sobre el caso concreto.

Por otro lado, existe también una mediación entre la ley y los hechos objeto del juicio, pues cada una de las categorías de la teoría del delito, hacen referencia a determinados aspectos del hecho que constituyen el material objetivo al que se debe de aplicar la ley. El ejemplo más elemental en este sentido, es el que se refiere a los elementos objetivos o a los elementos subjetivos del hecho que deben ser considerados para la decisión de un aspecto determinado del problema".¹⁴⁸

De lo que se deduce que el sistema de la teoría del delito es un instrumento conceptual que tiene la finalidad de permitir una aplicación racional de la ley a un caso. En este sentido, es posible afirmar que la teoría del delito es una teoría de la aplicación de la ley penal. Y como tal pretende establecer un orden para el planteamiento y la resolución de los problemas que implica la aplicación de la ley penal. valiéndose para ello de un método analítico, es decir, que procura separar los distintos problemas en diversos niveles o categorías.

¹⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal, Parte General, 4ª Edic. Edit. Ediciones Akal, Madrid, España, 1997. P. 132.

2.3.6 TIPOS DE PENAS.

Mucho se ha discutido en doctrina sobre las penas. Por lo que es de resaltar que esta variedad de opiniones respecto a la pena, fue llevada a diferentes congresos internacionales, en los que se trató de unificar criterios para establecer un solo sistema. el primero de ellos se llevó acabo en Londres, en el año de 1872,

Dando paso posteriormente a otros países, en los cuales tenían los mismos propósitos que era la unificación de la pena, siendo así que los que prosiguieron fueron Estocolmo en 1878, París en 1895 y Praga en 1930, como se dijo, trataron de unificar las penas, en especial la pena privativa de la libertad, dejando librada su duración a la obtención de la enmienda o reforma del delincuente.

Siendo el dato más reciente que en julio de 1951, la Comisión Internacional Penal y Penitenciaria, emitió su voto en el sentido de ver desaparecer las distinciones fundadas únicamente sobre la naturaleza y la gravedad de la infracción para sustituirlas por una nueva diferenciación que responda a las necesidades de la individualización de la pena.

De la explicación anterior, podemos decir que la idea del Congreso Internacional no era mala, pero consideramos que le faltó un elemento, el más importante posiblemente, buscar más que la enmienda o reforma del delincuente, buscar nuevos sistemas en los cuales tuviera tal impacto la imposición de penas, que conllevaría a que los miembros de las sociedades no delinquieran.

Escrito lo anterior en cuanto a que a lo largo del tiempo se han tratado de unificar los criterios para la imposición de penas, entraremos propiamente al tema que nos ocupa, es decir, a los tipos de penas que existen, y a lo que Marcó Del Pont considera que: "las penas pueden ser perpetuas o temporales. Las primera duran toda la vida, como pueden ser la prisión o la reclusión, o la inhabilitación.

La penas temporales, como su nombre lo indica, son las que tienen una duración determinada por algún tiempo.

Las penas pueden ser: paralelas, alternativas o conjuntas".¹⁴⁹

De los tipos de penas que da Marcó del Pont, podemos decir que de las primeras, un ejemplo sería la cadena perpetua, que si bien es cierto, en nuestro país no existe esa figura jurídica, también lo es que algunos países actualmente la aplican, tal es el caso de Estados Unidos de América.

En cuanto a las penas temporales, este tipo de penas es más frecuente que las encontremos en nuestro país, dado el sistema penitenciario que se aplica en todo nuestro territorio.

Carlos Fontán, considera: "en las denominadas penas paralelas, los límites coinciden, existiendo una diferencia puramente cualitativa. Así por ejemplo, el artículo 79 del Código Penal Argentino establece reclusión o prisión de 8 a 25 años. Ambas penas, la reclusión y la prisión coinciden en el máximo y el mínimo de la escala legal.

La diferencia con el sistema de penas alternadas radica en que, mientras en éstas el juez tiene la facultas de elección con alcance cualitativo y cuantitativo, en el de las penas paralelas la elección se limita a la calidad de la pena a imponer".¹⁵⁰

De lo anterior se establece que en la actualidad la ciencia penal acepta, como algo natural el paralelismo de las penas, atribuyendo al juez la facultad de elegir entre uno y otra, según las causas generadoras del hecho punible.

¹⁴⁹ MARCÓ DEL PONT, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios. Op cit. P. 8.

¹⁵⁰ FONTÁN, BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Op cit. P. 263.

Edmundo Mezger considera que " las penas son alternativas cuando el Código deja al arbitrio del Juez la elección entre dos o más de la misma naturaleza (reclusión o prisión, por ejemplo), que no coinciden en su duración, o son de distinta naturaleza, como la multa y la prisión".¹⁵¹

De lo antes transcrito, en opinión de estos autores, se puede decir, que mientras la penas paralelas se limitan únicamente a la calidad de la pena, las penas alternativas dejan libertad al juez para imponer una o la otra, éstas las podemos ver frecuentemente en nuestro Código Penal vigente, pero sobre todo se aplican a personas que cometieron delitos que se consideran que no son graves y por la naturaleza del delito se puede subsanar la conducta con la imposición de una multa, pero si el sujeto no tiene para pagarla, a cambio de está se le va a imponer pena de prisión, aunque en la mayoría de los casos, en estos delitos considerados como no graves, se va a imponer una o la otra y en algunos casos las dos.

A lo que Marcó del Pont señala que: "Las penas paralelas son aquellas que tienen dos tipos o especies de penas, entre las cuales se puede escoger. Generalmente son las penas privativas de la libertad, como la prisión o la reclusión.

Sobre éste tema hubo un famoso debate en la Sociedad de Prisiones de París, en 1896, donde el profesor de derecho penal, Emilio Garcon se mostró contrario a las penas paralelas, reclamando establecimientos carcelarios diferentes.

Está a favor de las penas paralelas, Saleilles, quien sostuvo que el Código debe de clasificar a los delitos, según el móvil que los produce, en deshonorosos y no deshonorosos, y conforme a ello aplicar la pena de prisión o la detención respectivamente. Le daba facultad al juez para que en el caso de un delito deshonoroso, como el de robo, se aplicara la detención si el móvil era bueno, y por el contrario podía aplicar la pena de prisión si el delito no era deshonoroso, aunque el móvil no era el presumido por la ley.

¹⁵¹ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal parte general, Op cit . P 357.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Las penas paralelas fueron establecidas en el Código Noruego de 1902, en el anteproyecto sueco de 1916, en el proyecto argentino de 1937 de los doctores Jorge Coll y Eusebio Gómez, y en el actual Código argentino de 1922.

Las penas alternativas son las que tienen distinta calidad, como la multa o la prisión. Para otros autores (Núñez), las penas alternativas son las que no se pueden aplicar acumulativamente, sino que se debe optar entre una y otra. Esto dependerá del móvil del delito y de la actividad del sujeto. Como vemos las penas alternativas y la paralelas tienen mucha semejanza, y la semejanza radica en la calidad.

Por último, las penas conjuntas son aquellas en que obligatoriamente deben aplicarse ambas. Para un mismo delito hay varios castigos. Esto se debe a distintos intereses que se lesionan.¹⁵²

Lo anterior viene a apoyar aun más, los comentarios que en anteriores líneas se hicieron, solamente que este último autor, hace una división más que son las penas conjuntas, pero consideramos que es acertada su afirmación, ya que como se dijo, hay delitos que por su naturaleza merecen una pena, ejemplo una multa y otra pena, como la pena privativa de la libertad.

Carlos Fontán señala que hay "Penas determinadas y penas indeterminadas. La inmensa mayoría de los Códigos de la cultura occidental, contienen amenazas legales de penas relativamente determinadas. Únicamente éstas permiten una actividad judicial individualizadora. La ley fija la pena en especie y medida, previendo frecuentemente varias especies penales alternativas, o mantiene dentro de una especie diversos marcos penales.

¹⁵² MARCO DEL PONT, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios, Op cit. P. 9.

Con el criterio expuesto por los principios del positivismo, no es dable aplicar sanciones de duración indeterminada, dado que ellas pueden ser excesivas o bien insuficientes para llenar sus fines. Conforme a este criterio, el delito cometido sólo constituye un índice para apreciar la peligrosidad del delincuente, a la cual debe de adaptarse la sanción.

Según Cuello Calón, la indeterminación de las sanciones puede ser absoluta o relativa. Es absoluta cuando no se fija su duración o especie y relativa en caso de determinarse un máximo y un mínimo.

Una supuesta tercera tendencia, sustentada, entre otros, por Prins, Conti y Longhi, a quienes apoyan los partidarios del dualismo entre penas y medidas de seguridad, aceptan la indeterminación para esta última, rechazándola para las penas, entendida como sanción dictada contra una delincuencia normal. Pero esto constituye otro problema¹⁵³

Este tema se puede confundir con la clasificación de las penas, ya que en algunos de los elementos coinciden, tanto en la clasificación como en los tipos de penas, tal es el caso de las penas principales, conjuntas y accesorias, de las cuales resultaría ocioso volver a tratarlas dado que, en el tema de clasificación de las penas ya se examinaron, en donde se explicaron los diferentes concepto de los tratadistas como Carlos Fontán Balestra, Ignacio Villalobos, Juan Manuel Ramírez Delgado y Edmundo Mezger, de lo que ellos consideran que son las penas principales, conjuntas y accesorias, así como se hicieron los respectivos comentarios referentes al tema.

Un tipo de pena más, que considera Ignacio Villalobos son las "penas rígidas y elásticas. Entiéndase por pena rígida, también llamada fija, aquella cuya duración está determinada de antemano por la ley. Así sucedía en las viejas legislaciones, que para cada delito establecía la calidad y cantidad de pena que correspondía

¹⁵³ FONTÁN, BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Op cit. Pp. 264 y 265..

aplicar, sin consideración a la persona del autor ni a las circunstancias particulares de cada caso. Mediante su aplicación no es posible adecuar la sanción a la personalidad del delincuente.

Se adoptan entonces las sanciones conocidas con el nombre de flexibles o elásticas; la ley sólo determina un máximo y un mínimo, limitando con ello el ámbito dentro del cual el juez debe de fijar el quantum adecuado a la naturaleza del hecho y a la personalidad del delincuente.

Se siguen dos sistemas para determinar la pena que corresponde al caso: el sistema del libre arbitrio judicial y el de las circunstancias agravantes y atenuantes genéricas.

El primero consiste en dejar asignada a la potestad judicial, la adaptación cuantitativa de la pena a la personalidad del delincuente. Para la elección cualitativa, el juez dispone de penas paralelas y alternativas.

El segundo procede a determinar las circunstancias atenuantes y agravantes, debiendo el juez inclinarse hacia uno u otro extremo, según el predominio de éstas o aquéllas, respectivamente.

Este segundo sistema, en realidad, no individualiza la pena con referencia al delincuente, sino que más bien se propone adecuarla con respecto al caso concreto.

Las penas elásticas si bien no satisfacen el ideal de la sentencia indeterminada, responden al principio de la adaptación de la pena al delincuente y de un gran paso hacia él, limitando al mismo tiempo las posibilidades de error y la arbitrariedad*.¹⁵⁴

¹⁵⁴ VILLALBA, Ignacio. Derecho Penal Mexicano parte general. Op cit. P. 526

De lo anterior se puede decir, que algunas de las anteriores penas trascritas, se relacionan entre sí, ya que pueden ser rígidas y al mismo tiempo paralelas o alternativas y viceversa.

2.4 CONCEPTO DE PRISIÓN.

Mucho se ha comentado acerca de la pena privativa de libertad, éste último concepto es confundido a menudo por arresto, reclusión, presidio, cárcel, pero es en este capítulo donde trataremos de explicar principalmente que significa la palabra prisión, y para abundar aun más, se explicarán los demás conceptos, esta confusión se debe a que en la actualidad en la mayoría de los países del mundo, los sistemas punitivos descansan en una corroída y caduca figura de la privación de la libertad o mejor conocida como prisión.

Juan Manuel Ramírez Delgado señala que "las penas privativas de la libertad, como su nombre lo indica, consiste en privar de la libertad al sentenciado, internándolo en un lugar o institución especialmente para ello y sometido a un régimen de custodia o castigo o de tratamiento rehabilitatorio, según las últimas teorías penitenciarias.

Surgen estas penas como un paliativo, supuestamente, contra el exceso, abuso y nulo efecto, de la pena de muerte a fines del siglo pasado, cuando la humanidad al darse cuenta que la eliminación del delincuente mediante la tortura y tormento (moral y físico) no eran los adecuados para redimir al condenado, ni para causar temor en la población, pues los espectáculos públicos de la ejecución de condenados se habían convertido en verdaderas romerías familiares, más que actos de dolor y sentimiento para los espectadores.

Pero además este tipo de penas ya no eran acordes a los tiempos en que el Derecho Penal se proyectaba como un derecho que respetaba la dignidad del ser humano y que recibía la denominación de Derecho Penal Liberal".¹⁵⁵

De lo escrito en la presente investigación y en especial en lo que respecta a la historia, se puede afirmar que las penas privativas de la libertad y las penas eliminatorias como es la de muerte, están íntimamente ligadas o relacionadas, pues la cárcel surgió, como ya se ha dicho, como una forma de retención únicamente para guardar al condenado mientras se le eliminaba o ejecutaba, por lo anterior las cárceles eran única y exclusivamente lugares de paso en donde se mantenía por algún tiempo corto al individuo que iba a ser ejecutado, por ello se decía que para castigar al culpable del delito, era necesario aprehenderlo físicamente y evitar su fuga mientras aguardaba el juicio.

Ahora bien, señala Jorge Kent que "ya en 1779 la Sala de Alcaldes, consultaba sobre los indultos, decía en un informe que: los presidios, lejos de servir para remediar la frecuencia de los delitos, se ha convertido en manantial de nuevos desórdenes. Las Salas quisieran ver erigidas unas casas de corrección, donde pudiesen destinarlos algún tiempo, aunque fuere rebajándoles sus condenas para que, acostumbrándose allí a un trabajo más suave y menos forzado que el de los presidios y viviendo algunos años bajo una disciplina más recogida y provechosa, pudieran reformar sus costumbres".¹⁵⁶

De lo que se puede decir, que ya desde la antigüedad, las penas tendían a ir en decadencia, y más aún la pena privativa de la libertad, por lo que son varias cuestiones pues también a esa decadencia se le puede imputar la escasez presupuestaria para atender necesidades vitales de convivencia; la sobrepopulación; la propia presión de los familiares y de otros grupos; las contradictorias y discontinuas medidas de defensa social; determinados criterios

¹⁵⁵ P. AMIRIZ DE LA GARDIA, Juan Manuel. *Penología*, Op cit. P. 97.

¹⁵⁶ KENT, Jorge. *Sustitutos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad*, Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, Argentina, 1987.

subjetivos de quienes conducen la política ejecutivo-penal; los intereses creados de momento que más bien se podrían traducir en corrupción, por lo anterior podemos observar un panorama más amplio de cual es la realidad y crisis de nuestras prisiones.

Siguiendo con el desarrollo de nuestro tema, al principio de este capítulo se comentó que se confundían algunos términos en cuanto a su significado, por lo que seguiremos y daremos paso a explicar que es el arresto y siguientes.

Para Juan Manuel Ramírez, "el arresto consiste en una privación de la libertad por un breve tiempo e incluso se ha usado más como una medida de carácter administrativo que como pena. Por lo regular el tiempo máximo que se ha fijado para la misma es hasta de tres días, salvo algunas excepciones se llegó a establecer como pena hasta dieciocho meses. Lo grave de esta medida, es que nunca se construyeron los lugares especiales para su ejecución y por consecuencia quienes eran sentenciados a ella, quedaban reclusos en los mismos establecimientos que para la prisión"¹⁵⁷

De lo que se puede observar la clara diferencia entre prisión y arresto, pues el segundo es netamente una medida administrativa que es frecuentemente usada en nuestros días como medida de corrección o disciplinaria, y que si bien es cierto que en la antigüedad no había los espacios especiales suficientes para que un individuo quedara recluso por un arresto, también lo es que en la actualidad ya hay esos espacios.

Como ejemplo, tenemos en las agencias del Ministerio Público, en donde hay galeras en donde son llevados las personas que cometen alguna infracción del Reglamento de Justicia Cívica y les es impuesto un arresto hasta por treinta y seis horas, lo anterior es una gran ventaja, ya que si se internara en las prisiones a todos los individuos, tanto los que hayan cometido un delito como los que hayan

¹⁵⁷ RAMÍREZ DE LA GARDIA, Juan Manuel. Penología. Op cit. P. 97.

cometido una infracción cívica y son acreedores de un arresto, estarían más que sobrepobladas las prisiones y eso sí sería un serio problema, aún para la organización y mantenimiento de la prisión.

Es de resaltar que en los últimos años y gracias a la insistencia de los efectos negativos de las penas cortas de privación de la libertad y que dio origen a la aparición e incorporación de los substitutivos para este tipo de penas, se ha dejado de considerar como pena al arresto, quedando reducida a una mera sanción administrativa.

Jorge Kent señala que "la reclusión, se deriva del latín "recludare" que significa recluir y se empleaba o emplea todavía en algunos países para privar de la libertad a una persona, parece ser que la diferencia con la prisión es únicamente en razón del tiempo, al menos así lo manifestaba el Código Español".¹⁵⁸

En nuestro país ya no es usado este término, pero lo fue, ya que el Código de San Luis Potosí de 1944 señalaba que la Reclusión se aplicaría a los mayores de 16 años y menores de 18 que hubiesen cometido un delito, ocurriendo estas circunstancias el mencionado Código la definía como "reclusión en establecimientos de corrección penal", en cambio para los reos de delitos políticos se les imponía bajo la denominación "reclusión simple".

De lo anterior se puede advertir, que resultaba un tanto cuanto difícil poder definir cual era la prisión y cual era la reclusión, por lo que acertadamente nuestros legisladores al incorporarse el ámbito ejecutivo penal, optaron por desaparecer esa figura jurídica y dejar solamente el término prisión.

"El presidio, corresponde más bien al establecimiento en donde se cumple o ejecuta la pena de prisión e incluso en el ámbito castrense se denomina con ellos a la guarnición de soldados en una plaza fuerte. Sin que sea uniforme el criterio, al

¹⁵⁸ KENT, Jorge. Substitutos de la Prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad, Op cit. P 99.

presidio se le asignó siempre el ser una institución en donde se imponían trabajos forzados".¹⁵⁹ Apunta Juan Manuel Ramírez Delgado.

El presidio era una figura jurídica que principalmente se aplicaba en materia castrense, en donde los militares por tener un sistema tan rígido en su enseñanza y formación, sometían a los miembros que habían realizado una conducta que se hubiese considerado antisocial, fuertes trabajos, un claro ejemplo es en el Estado de San Luis Potosí en donde a fines de siglo pasado, se publicaron algunos decretos en los que se referían al presidio como pena, pero como a toda regla general hay una excepción, en este caso lo fue el Decreto No. 41 del 2 de septiembre de 1829, en el que establecía que todos los reos que eran sentenciados por los tribunales del Estado al presidio, serán destinados a trabajos forzados.

Es así que vemos que la privación de la libertad puede durar desde tres días hasta determinado número máximo de años que en nuestro país puede ser hasta de cincuenta años, o en otros países la sentencia puede ser indeterminada, como lo es en los Estados Unidos de Norteamérica donde el claro ejemplo de la sentencia indeterminada es la llamada "cadena perpetua" que consiste en mantener privado de la libertad a un sujeto durante el resto de su existencia.

Ahora bien proseguiremos a distinguir lo que son la cárcel y la prisión, de lo que Raúl Carranca y Rivas señala que "el concepto de cárcel probablemente tiene su raíz en la palabra "coercere" que significa encierro forzado y la mejor idea sobre la finalidad de ella, la dio Ulpiano cuando dijo: "Carcer enim ad continandos homines non ad puniendos haberi debet", la cárcel debe de ser para guardar a los presos y no para serles enemiga ni otro mal, ni darles pena en ella.

Esta detención como aseguramiento del condenado se hacía en lugares inhóspitos e improvisados tales como sótanos, torres, fortalezas de piedra o

¹⁵⁹ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Penología, Op cit. P. 97.

castillos, sin preocuparse por las condiciones de higiene o inhumanas, sino simplemente por la seguridad de custodia de los ahí guardados mientras se les ejecutaba, a tal grado llegaba esa preocupación de aseguramiento o retención de los condenados que eran sometidos mediante cadenas y grilletes (anillos de hierro que se colocaban al cuello, manos o pies y de donde pendía la cadena)*.¹⁶⁰

Es de resaltar que en este capítulo únicamente trataremos conceptos que han dado algunos autores, pues en lo que respecta a la parte de la historia de las cárceles, ya fue tratado en el capítulo primero de la presente investigación, por lo que nos concretaremos a decir una vez más, que las cárceles fueron creadas por la sola idea de retener al delincuente y mantenerlo seguro para que no fuera a escapar y después de que era sentenciado, llevarlo al lugar que ya se había destinado para darle muerte.

Con las anteriores consideraciones, volvemos a señalar que la pena de muerte y la de prisión, estaban íntimamente ligadas o unidas, como anteriormente ya se había dicho, y los lugares en donde eran llevados los delincuentes se llamaban cárceles.

Ahora bien, algunos autores señalan que los términos cárcel y prisión son sinónimos, supuesto que compartimos, pues los dos conceptos se refieren al lugar físico ya sea, una fortaleza, sótanos, pozos o cualquier otro lugar que sirva para guardar o tener en custodia a una persona por haber cometido una conducta que se le considera como delito y que si bien es cierto que la cárcel se creó como un lugar temporal y la prisión como ya se explicará más adelante se creó para el arrepentimiento del delincuente mediante el aislamiento de la sociedad, podemos ver que en la actualidad no cumple con esos fines, es por lo que compartimos la idea de que cárcel y prisión son lo mismo.

¹⁶⁰ CARRANCÁ Y RIVAS, RAÚL., Derecho Penitenciario. Cárceles y Penas en México, Op cit. P 52.

Sergio García Ramírez señala que "Al aumentar el invento y el empleo de las máquinas en la industria, se fue desplazando al hombre, situación que creó una clase social baja y que al no tener que hacer nada y mucho menos al no saber un oficio o trabajo, se dedicaron al vagabundeo, al pillaje, y por lógica se tuvo que hacer algo para evitarlo y así quienes detentaban el poder que no era otro que la clase burguesa, centraban sus miradas en la cárcel, pero no como medio de ocupación, sino como una forma de intimidación, de control y castigo para aquellos pobres desamparados, transformando así la cárcel en prisión"¹⁶¹

De esto último se puede decir, que se tiene otra concepción del concepto cárcel, pues aquí se considera como un medio intimidatorio, pues las sociedades cuando se dio el invento de la máquina y se fue desplazando gente, el Estado tenía que buscar un medio por el cual, la sociedad le causara temor el delinquir, hasta cierto punto lo consiguieron, pero transcurriendo el tiempo esto comenzó a ser obsoleto y la pena privativa de la libertad que se compurgaba en las cárceles, dejó de tener esa efectividad que había tenido.

Juan Manuel Ramírez señala que "mucho se afirma que la prisión es un invento norteamericano que se debe a los cuáqueros llegados a colonizar las tierras inglesas en el Norte de América y fundadores de Pennsylvania, pues muchos de ellos había sufrido la encarcelación en su tierra natal al ser perseguidos por sus principios religiosos, de manera que sus ideas sobre esta penas la van a materializar con la construcción de las "penitenciarías" basadas en sus principios teológicos y morales, así en 1790 se inauguró la famosa penitenciaría de la calle de Walnut, primera institución destinada a la enmienda y arrepentimiento del criminal mediante el aislamiento total.

Como bien lo afirma Morris, con sus penitenciarías los cuáqueros proyectaban sustituir la brutalidad e inutilidad de los castigos capitales y corporales por las virtudes correctivas del aislamiento, el arrepentimiento y los edificantes de los

¹⁶¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Panorama del Derecho Penal, Op cit. P. 98.

preceptos de las escrituras y la lectura solitaria de la Biblia. Así las penitenciarias crecieron y florecieron primeramente en Norteamérica y después en todo el mundo¹⁶²

Los cuáqueros de Pensylvania tienen el mérito o la culpa, de haber inventado la prisión. Pero hay que observar y subrayar, que lo hicieron por un don de buena voluntad y no por la cuestión de inventarlas para causarle un daño más grave al que había cometido un delito.

De lo anterior podríamos hacernos una pregunta ¿para que fueron creadas las prisiones?, en nuestra consideración pensamos que fue para una protección del delincuente, posiblemente se sorprenderán al ver tal respuesta, pero hay que remontarnos un poco a la historia de las cárceles y como una vez más se señala, las cárceles eran lugares de paso que su única finalidad era guardar al delincuente para que posteriormente fuera llevado y se le diera muerte, reinando en aquellos tiempos la pena de muerte, que como se repite iba de la mano con la pena de prisión pero en una cárcel, ahora bien, la idea de los cuáqueros de Pensylvania, era hasta cierto punto proteger a los que habían cometido un delito y procuraban su arrepentimiento mediante la oración y alejándolo de la sociedad en donde se había cometido el delito, y ¿no es realmente esa una protección al delincuente?, pues la misma sociedad en la antigüedad presenciaba como eran ejecutados los delincuentes en lugares públicos resultando al principio intimidante, pero al transcurrir el tiempo, se convirtieron en verdaderos espectáculos en donde más que la intimidación, iban por el al morbo que les podrucla el saber que a una persona la iban a ejecutar en una plaza pública.

Como ya se comentó, la pena de muerte ya no resultaba intimidante y la mejor manera de que en esa época resultara intimidante una pena, era la reclusión en una prisión, pues era una nueva forma de aplicación de penas, pues la pena de muerte ya estaba cayendo en decadencia y en lugar que bajaran los índices

¹⁶² RAMÍREZ DE LA GAIDO, Juan Manuel. Penología, Op cit. P. 103.

delictivos al contrario aumentaban , y al parecer la prisión en aquellas épocas ,fue el gran invento social.

Una de las cosas por lo que las penitenciarias en un principio tuvieron éxito, fue el hecho de que los cuáqueros de Pensylvania, las llamaron así (penitenciarias), pues el hecho de privar de la libertad a un sujeto, mediante el aislamiento se imponía como una penitencia para que el condenado al mismo tiempo que se arrepintiera, enmendara su alma por el camino del bien, cosa que en la actualidad es un poco más difícil lograr ese objetivo, pues así como el hombre evoluciona y las ideas van cambiando, así mismo van cambiando las formas de pensar, de ver las cosas e inclusive hasta en la religión van cambiando las ideas.

Señala Emma Bremauntz que son tres los "régimenes penitenciarios que produce Norteamérica, trascendentes en la evolución de la pena de prisión, que mucho influirán en el futuro de la ejecución de esta pena.

Estos tres sistemas recibieron la denominación de: filadélfico o pensilvánico, auburniano y de Elmira, cada uno de ellos propugna y mantiene el aislamiento celular completo, nocturno y diurno, con trabajo en la celda; el de Auburn afirma la segregación nocturna y las labores en común diurnas, bajo las reglas del silencio, procurado con cruel disciplina; el de Elmira se fundamenta en el postulado de la educación correctiva de los jóvenes adultos delincuentes, en régimen de sentencia indeterminada.

Estos tres sistemas bien pronto se difundieron por toda Europa, las prisiones celulares de arquitectura fría en base a la cantera con la que eran construidas y la ausencia de aire y sol, servían de tortura física que iban menguando la fortaleza del condenado que al obtener su libertad parecía remedo de hombre¹⁶³

¹⁶³ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. Derecho Penitenciario, Op cit. P' 182.

Cada uno de los anteriores sistemas penitenciarios tuvieron su razón de ser, pues todos ellos mediante sus reglas tan estrictas, procuraban que el delincuente se arrepintiera y posiblemente lo más importante era la imposición del trabajo, pues eso era lo que realmente era un verdadero tormento, pues la imposición de dichos trabajos era muy rudos, fuertes y pesados.

No hay que olvidar que las prisiones que construyeron en Europa era frías, sombrías y húmedas, pues no les daba el sol y era lo que también representaba un tormento, pues el ser humano al estar en esas circunstancias, se empezaba a debilitar, y si algún día obtenía su libertad, en las condiciones que quedaba ya no podía volver a delinquir.

Era de suponerse que los que compurgaban penas en estas prisiones, eran delincuentes que habían cometido delitos graves, pues ningún autor señala que tipo de delitos se tenían que cometer para que se compurgara una pena en una prisión con sistema celular ya sea pensilvánico, auburniano o de Elmira, pues los que estaban en esas prisiones, era porque realmente se había merecido estar ahí, compurgando una pena.

Ahora hablaremos un poco más de la historia de las prisiones, pero sin antes resaltar que si bien, las prisiones tuvieron un sistema muy riguroso y que hasta cierto punto era intimidante, también lo era que se convirtieron en lugares inhumanos, pues como se detalla más arriba, eran lugares que carecían de los cuidados de higiene, pues al no haber circulación de aire y a la falta de sol, generaban enfermedades, así como todo tipo de animales que habitan en lugares con esas características.

A continuación se narrará como fueron evolucionando las prisiones de carácter celular y progresivo y como se fue dando una mejor condición de vida a los internos de las prisiones y como éstas últimas fueron modernizándose para ser rígidas, pero no inhumanas.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

*Es en Valencia, España, en donde se aplica por primera vez un modelo de régimen progresivo, cuando llegó a dirigir la penitenciaria de este lugar el Coronel Don Manuel Montesinos, hombre rector e inteligente que había experimentado la cárcel en alguna ocasión y que le permitió conocer la situación en que se encontraban las instituciones y la vida que llevaban los ahí reclusos. Al asumir su puesto como director del presidio de Valencia, implantó un régimen disciplinario riguroso pero al mismo tiempo más respetuoso y humano.

Su sistema que observaba mucho de la disciplina militar; ofrecía también abundante trabajo para evitar el ocio, instrucción completa, servicio médico, buena alimentación e higiene en todos los aspectos. Su principal preocupación era mantener ocupados a los reclusos mediante el trabajo y para ello se instalaron talleres y una imprenta, decía el Coronel que, el trabajo en el presidio servía más como medio de enseñanza otorgándole un beneficio moral al interno, que como medio de especulación y lucro con sus tareas.

Este sistema implantado por el Coronel se dividía en los siguientes períodos: primero, el denominado de los hierros, cadenas y grilletes que se colocaban al preso en el momento de ingresar, al mismo tiempo que se le vestía de un uniforme gris, para posteriormente tener una entrevista con el Coronel quien le informaba y explicaba en qué consistía el sistema carcelario de la institución.

El segundo período consistía, una vez advertido el preso de lo anterior en desempeñar algún trabajo que era bastante rudo, pero todavía sujeto de una cadena atada a los pies y en silencio.

El tercer período consistía en canalizar al reo a los talleres para que aprendiera algún oficio, esto obviamente cuando había superado las dos anteriores etapas, el preso era capacitado para alguna actividad laboral, pero además recibía cierta remuneración económica por su trabajo, así como algunos otros privilegios dentro de la institución.

El último período consistía en una especie de semilibertad, ya que se le encomendaban al preso ciertos trabajos en el exterior, debiendo regresar a internarse por la tarde.

Mientras eso sucedía en la Península Ibérica, en la isla de Australia en los años de 1840-1841 un capitán de la marina real inglesa, Alejandro Maconochie, fue comisionado a dirigir el penal de la isla de Norfolk, lugar en donde eran enviados los criminales más peligrosos de Inglaterra.

Este personaje implementa un sistema que era conocido como "Mark-system" o sistema de marcas, consistía en medir la duración de la pena por una suma de trabajo y de la buena conducta observada por el interno, ésta suma se hallaba determinada por un cierto número de vales o marcas y que se iban abonando en beneficio del reo, por consecuencia este sabía que su libertad la tenía en sus propias manos, pues al llegar a determinado número de puntos o marcas, podía comprar su libertad.

Este sistema se tomó como ejemplo y se trasladó a Inglaterra e Irlanda, en este lugar se estableció con algunas modificaciones y fue más conocido por el apellido de su principal impulsor; sistema "Croffton" o Irlandés. Era un sistema progresivo modificado, compuesto de cuatro períodos y que supuestamente daba muy buenos resultados en la readaptación del reo.

Este sistema "Croffton" tendría gran influencia en nuestro país, pues hacia el año de 1880, se pretendió reformar el Código Penal de 1871 y construir una moderna penitenciaría en la ciudad de México. Por lo que se integró una comisión para que viajara a Irlanda a estudiar dicho sistema e implantarlo en la nueva penitenciaría. Don Miguel S. Macedo, presidente de esta comisión lo describe de la siguiente manera en su informe rendido a Gobernación: "Para exportar en toda su extensión los fundamentos de ese sistema, las circunstancias en que fue ideado y las urgentes necesidades prácticas que tiene por objeto llenar, sería necesario escribir

un libro; pues en los estrechos límites de un informe, apenas pueden hacerse indicaciones generales.

Lo que verdaderamente caracteriza este sistema, es la división de la pena en cuatro períodos clasificados según la mayor severidad y basados en el doble principio de ofrecer premios a la buena conducta y a la enmienda y de amenazar con castigos a la perseverancia en el delito y en la inmoralidad.

El primer período es de prisión celular, su duración varía de ocho a nueve meses según la conducta del preso, su carácter es intensamente penal; la ración de alimento es moderada y de ordinaria calidad. El objeto de este rigor es hacer al reo entrar en sí mismo y producir en su espíritu, una impresión profunda.

Durante este primer grado, se instruye al reo en la organización de la prisión y en todos los pormenores del sistema explicándole las ventajas que le resultarán si se conduce bien y cumple con sus deberes; y los males que él mismo se causará, si no se presta a su corrección con buena voluntad.

Aun durante este período hay cierta graduación de la pena; en los cuatro primeros meses no se le da cama al preso, y durante tres meses no se le permite ocuparse de ningún trabajo ameno e interesante, sino que se le dedica a hacer estopa; en los meses siguientes a los que tienen un oficio que pueda practicarse en la celda, como el sastre o el zapatero, se les permite que lo ejecuten y a los demás se les ocupa en arreglar la ropa de prisión y en reparar o embetunar calzado, trabajos que no necesitan vigilancia especial.

El segundo grado es de prisión común con separación durante la noche y el trabajo en la escuela y en el taller durante el día. Se sujeta al reo a un tratamiento mas benigno y su condición mejorará mas o menos rápidamente según su conducta. La base de este grado es una clasificación progresiva fundada en la buena conducta. Hay cuatro clases y en cada una de ellas es diversa la condición

del preso, pues la pena se va haciendo menos severa a medida que pasa de una clase a otra. Este paso o ascenso se verifica no de una manera arbitraria, sino conforme a reglas previamente establecidas.

Al entrar el reo al segundo período, se coloca en la clase íntima; según su aplicación en el taller y en la escuela, y según las pruebas de moralidad y enmienda, se les dan como premios unas contraseñas o marcas a manera de boletos que son los que determinan su ascenso.

El número de marcas que puedan proporcionarse al mes, es cuando más el de nueve, distribuidas las marcas en la siguiente forma: tres como recompense del trabajo en el taller, tres como premio del buen comportamiento en general y tres como premio de aplicación en la escuela. Para pasar de la tercera clase que es la íntima, a la segunda, se necesitan dieciocho premios; para pasar de la segunda a la primera clase se requiere un triple número de premios, es decir, cincuenta y cuatro; y para pasar de la primera a la clase más avanzada llamada en Irlanda clase A, ejemplar o adelantada, se exigen ciento ocho premios, esto es el doble que para la anterior.

De manera que el tiempo mínimo en la tercera clase es de dos meses, de seis en la segunda y de un año en la tercera, formando un total de veinte meses. La clase A, no tiene tiempo fijo, pero está dividida en dos secciones A1 y A2. Este segundo período es el que realmente caracteriza el sistema Crofton, pues sirve de prueba práctica y efectiva para el reo. Si el propósito de enmienda es firme, perseverante en el buen comportamiento, se asciende de una clase a otra; y por el contrario, si el preso está mal insubordinado e inmoral, desciende a una clase inferior, aún la más baja si su conducta merece tal severidad. Hay una clase especial que puede llamarse extraordinaria, para los presos que atacan a los celadores de la prisión; en donde se les tiene sujetos con cadenas y no se les da más alimento que el fijado como necesario para su existencia.

En esta clase se coloca a los reos que teniendo ya mas de nueve meses en la prisión, no pueden permanecer en el primer período cuya duración, como se sabe, es enteramente fija y no puede bajar de ocho meses ni exceder de nueve; se le conserva hasta que por su buena conducta se hacen dignos de que se les reúna con los presos que trabajan.

En el primer período, como ya hemos dicho, los reos no reciben retribución alguna por su trabajo; pero cuando pasan al segundo período reciben un penique por semana; en la tercera clase dos peniques; en la segunda de tres a cuatro; en la primera de cinco a seis y por ultimo de siete a ocho peniques en la clase A. Este dinero se les deposita para entregárselo al ser puestos en libertad. El objeto de que la remuneración sea tan corta, es el de no ofrecerles un lucro fácil y experimentar de alguna manera su perseverancia. Comprendiendo lo que ganan en el tercer período que vamos a describir, y formando el término medio, el total de sus jornales apenas iguala a la mitad de lo que se paga al preso en las prisiones inglesas.

La distribución de premios se hace por el jefe de los talleres, el profesor de escuela, los guardias o celadores principales y el gobernador de la prisión. El reo tiene siempre el derecho de apelar al director, si cree que al calificar su conducta ha habido injusticia.

El tercer período, que es propiamente el último de la pena, tiene por objeto hacer ver al reo que ya se tiene confianza en él, a consecuencia de los progresos que ha hecho y de probar al público que su conducta ofrece garantías que permiten emplearlo y tratarlo con seguridad, sirviendo al propio tiempo para comprobar la realidad de la reforma de los criminales y su poder sobre sí mismos, para resistir a las tentaciones y ver como se prepara su vuelta a la sociedad. En otros términos, el tercer período es una especie de aprendizaje o un prelude de la absoluta libertad. Con estos diversos objetos, el tratamiento a que se sujeta al preso en el tercer período, nada tiene ya de común con el régimen penal, el reo usa vestido de

ciudadano libre, trabaja en vastas quintas, asiste a la iglesia del lugar y está sujeto poco mas o menos a las mismas restricciones que los obreros libres.

El edificio destinado a este grado no tiene apariencia alguna de cárcel, todos los presos gozan de libertad en sus movimientos y en las tiendas de hierro que les sirven de dormitorio, no hay mas vigilantes que los que ellos mismos quieren tener. Si su conducta es buena, se les concede la libertad preparatoria "Ticket of Leave" pudiendo así disminuir su condena en una cuarta parte, pero si se conducen mal, se les hace retroceder a la prisión en común y aún en la celular y tienen que recorrer de nuevo toda la escala de grados sucesivos.

La libertad preparatoria "Ticket of Leave" constituye el último periodo. En él, la condición de reo solo se diferencia de la del hombre libre, en que si observa mala conducta, se le vuelve a prisión; puede definirse ésta libertad preparatoria, diciendo que es un indulto condicional y revocable. En Irlanda no solo hay edificios distintos para cada periodo, sino que cada edificio está situado en diversa población. El de primer grado se haya en Mountjay, el del segundo en Skipe Island y el del tercero en Jusk. Los resultados obtenidos en Irlanda e Inglaterra con el sistema Crofton son verdaderamente maravillosos.

Con estas palabras terminaba su informe Don Miel y por consecuencia recomendaba ampliamente dicho sistema a implantarse en la penitenciaría que se estaba construyendo. Desafortunadamente la falta de preparación y la ignominia fueron las que predominaron en la célebre Lecumberri llegando a convertirse en la vergüenza del penitenciarismo mexicano durante muchos años.

En México durante casi tres cuartos del presente siglo, en relación a la ejecución de las penas privativas de la libertad, la verdad es que permanecemos estáticos y dependiendo del arbitrio del gobernante en turno y del ejecutor de las mismas, muy pocas entidades federativas construyeron edificios propios para la ejecución de estas penas y fueron menos los que crearon alguna disposición reglamentaria

para tales efectos. En su gran mayoría se improvisaron viejos edificios y que todavía en 1993 subsisten como instituciones para tal fin, a pesar de la absurda idea de cambiarles simplemente el frontispicio de penitenciarias por "centros de readaptación social"¹⁶⁴

La anterior cita tiene su razón de ser, pues con lo anterior se comprueba que las penas privativas de la libertad en la antigüedad fueron intimidantes, y que con un debido y adecuado tratamiento, se puede conseguir esa intimidación y lo más importante, es que los integrantes de una sociedad dejen de delinquir.

Consideramos que el éxito de lo anterior lo fue el hecho de que en las prisiones trataban a los delincuentes con un sentido humano y lo principal es que los obligaban a trabajar, y pensamos que era una buena medida pues mantenían con su trabajo a la prisión, pero también el delincuente mantenía con su trabajo a su familia.

2.5 CONCEPTO DE EJECUCIÓN.

Después de haber hablado de los elementos, tipos, fines y otros aspectos de las penas, daremos paso a hablar de lo que es el concepto de ejecución, lógicamente enfocado a las penas, es de destacar que la ejecución está íntimamente ligada a lo que conocemos como sentencia y al respecto lo explicaremos en este apartado.

La ejecución de sanciones corresponde al derecho ejecutivo penal que se ocupa del cumplimiento efectivo de las mismas.

La ejecución de sanciones, en general, se refiere al cumplimiento de todos los tipos de penas, como son las de prisión, arresto, multa, inhabilitación, decomiso, confinamiento, prohibición de ir al lugar determinado, confiscación, amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, suspensión o privación de derechos.

¹⁶⁴ RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Op cit. P. 103.

La más importante de todas ellas es la de prisión y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales y que es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación

En el caso de México las disposiciones referidas a las penas de prisión se encuentran en la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de sentenciados (4 de febrero de 1971), que organiza el sistema penitenciario en la República, y también en el Código Penal y en la propia Constitución en su artículo 18, es decir, existe dualidad de normas sobre el mismo aspecto.

Otra norma referida en el mismo ordenamiento penal es la del trabajo de los presos, que es una de las bases del tratamiento establecido también en la Constitución mexicana artículo 18, que incluye además la capacitación para el mismo y la educación como modos de lograr la readaptación social del delincuente.

En definitiva, en México al igual que en otros países la ejecución de las sanciones privativas de la libertad se encuentran en manos de una autoridad administrativa. En otros países (Francia, Italia, Costa Rica, Polonia, etc.) existe una instancia de tipo judicial, el juez de ejecución penal, a los fines de contar con una garantía judicial. No se trata del mismo juez que dicta la sentencia, sino de uno diferente que no interfiera en la actividad administrativa, pero que signifique respeto a los derechos y garantías de los condenados.

Al respecto José F. Argibay Molina señala que "la ley penal recoge la pena privativa de la libertad, establece sus tipos y la forma de su cumplimiento; todo ello integra el concepto legislativo de la pena. Esa pena no debe de ser modificada en forma alguna, en agravación, por los encargados de su ejecución.

El artículo 18 de nuestra Constitución Nacional prohíbe en toda medida que a pretexto de precaución conduzca a modificar al condenado más allá de lo que la seguridad exija y ese actuar vedado deriva responsabilidades para los que incurran en ellos, ya sea el Juez que lo autoriza o el personal carcelario que lo ejecute. Esta es la parte que se refiere a la pena.

El artículo 18, citado, contiene otra prohibición que es: "las cárceles de la Nación serán limpias, para su seguridad y no para castigo de los reos destinados en ellas". Si bien a esta fórmula se la señala como instituyendo "límites de la expiación carcelaria", con indicación de que no obstante el buen propósito de la garantía básica, no se debe de dejar de considerar a la pena como un castigo; pese a la minuciosa fundamentación de carácter humanitario que se realice y que es necesario que tal garantía se extienda a los establecimientos penales, es ineludible señalar que tal cláusula constitucional no se refiere a estos últimos y sólo abarca a los establecimientos de detención de procesados que esperan la resolución de sus causas".¹⁶⁵

Del anterior precepto Constitucional, es decir, el artículo 18 Constitucional, vemos que en alguna de sus partes no se cumple pues actualmente la mayoría de las cárceles son insalubres, carentes de los espacios suficientes para los reos y lo que es peor aún, prevalece un estado de inseguridad, pues ahí conviven todo tipo de delinquentes con diferentes grado de peligrosidad.

Es de criticar que la Constitución en el multicitado artículo 18, emplea la palabra cárcel, siendo que como ya se explicó en la presente investigación que la palabra cárcel proviene del derecho romano, en donde se le consideró como un lugar en donde el reo debía ser asegurado a la espera de la imposición de la pena, por lo que se considera que el término correcto que debieron utilizar el Constituyente es el de "prisión".

¹⁶⁵ ARGIBAY MOLINA, José F. Derecho Penal Parte General II, Op cit. P. 67.

Señala Marcó del Pont que "siguiendo a Ricardo Núñez, podemos definir al Derecho Penal como "la rama del Derecho que regula la potestad pública de castigar y aplicar las medidas de seguridad a los autores de infracciones punibles". Para el jurista cordobés, la regulación de las condiciones del castigo corresponde al derecho penal sustantivo, o derecho penal propiamente dicho; los procedimientos para la aplicación de esas penas o medidas de seguridad al derecho procesal penal, y la potestad de castigar y aplicar las medidas de seguridad es materia del derecho ejecutivo penal.

Para Sebastián Soler, el derecho penal ejecutivo es parte del derecho administrativo, en el cual se estudian las formas de ejecución".¹⁶⁶

Al entrar al fondo del presente tema se puede decir que la función penal del Estado se cumple en tres momentos: uno legislativo, otro jurisdiccional y un tercero administrativo, siendo éstas las etapas del proceso de individualización de la pena y de progresiva concentración del ordenamiento jurídico.

El aspecto legislativo es de sancionar la ley penal, en este caso el Código Penal, señalando los delitos y las graduaciones de las penas. El segundo momento llamado jurisdiccional, es cuando el juez aplica concretamente la pena en una sentencia. Lo anterior provoca el tercer momento en la ejecución de una sentencia, y que para algunos autores consideran que es preferible un mal Código Penal con un régimen idóneo para la ejecución de las sanciones, que un código penal perfecto con una mala ejecución de las penas,, pues pensamos que para nada vale un excelente código si su aplicación no es uniforme ni la más correcta.

"Este interés por la ejecución de las penas aparece con la humanización de ellas, cuando se trató de terminar con la crueldad de las prisiones. Después al aparecer las teorías positivistas que aún hoy cuentan con grandes adeptos, el interés del

¹⁶⁶ MARCÓ DEL PONT, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios. Op cit. P. 25.

derecho penal pasó del delito al delincuente, y de esta forma la ejecución entró en un primer plano.

Además en los últimos tiempos ha tomado más actualidad con los fracasos del sistema punitivo. La dogmática penal por sí sola no agota la función del Estado, sino que el problema se resuelve en la faz ejecutiva, además de que el problema de la individualización de la pena se realiza en mayor medida en esta última etapa.

El interés por la ejecución penal se puso en evidencia en los congresos internacionales y en el terreno legislativo, y como antes la ciencia penal se había ocupado de la pena desvinculándola de la ejecución, así también la ciencia penitenciaria investiga la ejecución sin conectarla debidamente con la naturaleza y los fines de la pena que se ejecutaba".¹⁶⁷

Abundamos más en la tercera etapa pues consideramos que su éxito, pues de aplicarse correctamente pensamos que la pena cumplirá entonces con todos y cada uno de sus fines para la cual fue creada.

Edmundo Mezger señala que en cuanto a "la ejecución y cumplimiento de la pena han promovido un rica literatura, sobre todo en el ámbito de las penas privativas de la libertad. Por ejecución de la pena se entiende todo lo que es necesario para concretar el cumplimiento de la pena, para realizar inmediatamente el mal que ésta impone. Una y otro no pertenecen al derecho penal material, sino al derecho procesal penal".¹⁶⁸

Edmundo Mezger da una definición un poco obscura de lo que es la ejecución de las penas, pues se puede decir que son todos los elementos y medios necesarios para lograr una adecuada aplicación de una sentencia.

¹⁶⁷ *Ibidem*, P. 27.

¹⁶⁸ MEZGER, Edmundo. *Derecho Penal Parte General*. Op cit. P. 386.

Se comentó en un principio que entre la ejecución de una pena y una sentencia hay íntima relación, pues para que se dé la primera, es forzosamente necesario que exista una sentencia previamente por lo que consideramos necesario en este apartado definir que es la sentencia.

Sentencia: del latín, *sententia*, máxima, pensamiento corto, decisión. Es la resolución que pronuncia el juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso.

Si bien el concepto estricto de sentencia es el de resolución que pone fin al proceso decidiendo el fondo del litigio, se han calificado como tales otras resoluciones que no tienen estas características, y a la inversa, lo que ha provocado confusión especialmente en la legislación y en la jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista esta denominación no corresponde a una concepción moderna de las resoluciones judiciales y por ello consideramos preferible designar estas providencias como autos, que es su sentido propio.

También se ha empleado indebidamente por el legislador de amparo el nombre de sentencia para calificar la decisión de sobreesimiento pronunciada en la audiencia de fondo, para distinguirla de la providencia en el juicio fuera de audiencia, pero según criterio riguroso dicho pronunciamiento ya sea que se dicte antes o en la audiencia de fondo, debe considerarse como un simple auto, puesto que contiene la declaración de que no puede resolverse el juicio de amparo a través de una verdadera sentencia.

La sentencia en el sentido estricto puede apreciarse desde dos puntos de vista, en primer término como el acto más importante del juez en virtud de que pone fin al proceso, al menos en su fase de conocimiento, y en segundo lugar, como un documento en el cual se consiga dicha resolución judicial.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Según el primer aspecto, las sentencias pueden distinguirse en varias categorías de acuerdo con diversos criterios, entre los cuales destacamos los relativos a sus efectos y autoridad.

En primer término se puede mencionar en nuestro sistema procesal la configuración de tres sectores señalados por la doctrina científica del proceso, los que no son contemplados expresamente por los códigos respectivos, pero se pueden deducir implícitamente de sus disposiciones, es decir, las llamadas sentencias puramente declarativas, de condena y constitutivas.

Entendiendo por las primeras aquellas que clarifican el derecho o la situación jurídica controvertida; las segundas señalan la conducta que debe seguir el demandado (o el acusado en el proceso penal) con motivo del fallo, y finalmente las terceras, que predominan en las cuestiones familiares y del estado civil, fijan nuevas situaciones jurídicas respecto del estado anterior, y en esta misma dirección podemos incluir a los llamados laudos pronunciados en los conflictos colectivos laborales calificados como económicos y que corresponden al concepto sentencia colectiva en materia de trabajo.

Por lo que respecta a la autoridad de los fallos, en el derecho procesal mexicano es posible distinguir dos categorías, la llamada sentencia definitiva, que es aquella que decide la controversia en cuanto al fondo, pero admite todavía medios de impugnación a través de los cuales las partes inconformes pueden lograr su modificación, revocación o anulación, y en este sentido podemos citar lo dispuesto por el artículo 46 de la Ley de Amparo, que entiende por sentencia definitiva la que decida el juicio en lo principal y respecto con la cual las disposiciones procesales respectivas no concedan ningún recurso ordinario a través del cual pueda ser modificada o revocada.

Por el contrario no encontramos definido con precisión, el concepto de la sentencia firme, es decir aquella que no admite ningún medio de impugnación y

que por lo mismo ha adquirido la autoridad de cosa juzgada, puesto que la terminología de los diversos códigos procesales es imprecisa, al utilizar expresiones equívocas, como la declaración de ejecutoriedad de la sentencia o la denominación de "sentencias ejecutoriadas o ejecutorias" no obstante que ésta calificación se puede prestar a errores, en virtud de que no todos los fallos firmes pueden ser objeto de ejecución material, que únicamente corresponde a los que establecen una condena.

En cuanto a la sentencia como un documento judicial, las disposiciones procesales respectivas señalan varios requisitos tanto de forma como de fondo.

Por lo que respecta a las características formales, la mayor parte de los códigos procesales mexicanos, no obstante que disponen que las sentencias y los llamados laudos en materia de trabajo no se sujetarán a formalidades especiales, sin embargo señalan el contenido formal de las mismas, que separan en tres partes, es decir, la relación de los hechos de la controversia; las consideraciones y fundamentos legales, y finalmente, los puntos resolutive, que corresponden a los tres aspectos tradicionales de resultandos, considerandos y puntos resolutive.

Los requisitos de fondo no están tan claramente precisados en los ordenamientos procesales mencionados con anterioridad, por lo que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia podemos señalar como tales las exigencias de congruencia, motivación, fundamentación y exhaustividad.

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia ha distinguido entre la congruencia externa, que consiste en la conformidad entre lo resuelto y lo pedido, y la interna considerada como la coherencia entre las afirmaciones y resoluciones contenidas en la sentencia (tesis relacionada, tercera sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1975).

La motivación y la fundamentación son requisitos establecidos en general para todo acto de autoridad por el artículo 16 de la Constitución y específicamente para las decisiones judiciales, por el artículo 14 de la misma ley fundamental. Como motivación se ha extendido la exigencia de que el juez examine y valore los hechos expresados por las partes de acuerdo con los elementos de convicción presentados en el proceso, como lo ha puesto de relieve la jurisprudencia (tesis relacionada, tercera sala, del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación publicado en 1975).

La fundamentación es la expresión de los argumentos jurídicos en los cuales se apoye la aplicación de los preceptos normativos que se invocan por el juzgador para resolver el conflicto. El citado artículo 14 constitucional señala el fundamento de las sentencias civiles (en sentido amplio, es decir, comprende también las administrativas y las laborales) conforme a la letra o a la interpretación jurídica de ley, y a falta de ésta, en los principios generales del derecho (precepto que se reitera en el a, 158 Ley de Amparo).

En materia penal queda prohibido imponer, por simple analogía o aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Finalmente, la exhaustividad consiste en la obligación del juzgador de examinar todas y cada una de las pretensiones formuladas por las partes, es decir, todos los aspectos de la controversia planteada por las mismas. Varias disposiciones procesales señalan de manera expresa o implícita, estos requisitos de fondo de la sentencia, en cuanto disponen que las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes, que deben fundarse en derecho y además, resolver todas las cuestiones planteadas en el proceso.

Ahora bien para que una sentencia pueda ser ejecutada o ejecutoriada, tiene que ser una sentencia que haya causado estado o que sea cosa juzgada, por lo que nos vemos en la necesidad de explicar que es la cosa juzgada.

Cosa Juzgada: (Del latín *res judicata*.) Se entiende como tal la inmutabilidad de lo resuelto en las sentencias o resoluciones firmes, salvo cuando éstas puedan ser modificadas por circunstancias supervenientes.

Esta institución establecida por razones de seguridad jurídica, es una de las más difíciles de precisar, ya que sobre su naturaleza jurídica, límites y efectos se han elaborado numerosas doctrinas y se han producido acalorados debates, por lo que, para evitar los problemas de una discusión doctrinal, adoptamos el punto de vista esclarecedor del procesalista italiano Enrico Tullio Liebman expresado en sus clásicos estudios sobre la autoridad y eficacia de la sentencia.

De acuerdo con el criterio del profesor Liebman, la institución no debe considerarse como una cualidad de la sentencia, en virtud de que dicha resolución judicial adquiere la autoridad de la cosa juzgada cuando lo decidido en ella es inmutable, con independencia de la eficacia del fallo.

Lo anterior hace innecesario distinguir como tradicionalmente se hace, entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, pues la primera en realidad constituye una preclusión al apoyarse en la inimpugnabilidad de la resolución respectiva, y por ello la cosa juzgada en sentido estricto es la que se califica como material, que implica la indiscutibilidad de lo resuelto en cualquier proceso futuro, pero sin desconocer que la primera es condición para que se produzca la última, pero no a la inversa.

En efecto, la cosa juzgada se configura sólo cuando una sentencia debe considerarse firme, es decir, cuando no puede ser impugnada por los medios ordinarios o extraordinarios de defensa. Sin embargo existen fallos que no

obstante su firmeza no adquieren autoridad de cosa juzgada, ya que pueden ser modificados cuando cambien las situaciones que motivaron la decisión.

Aun cuando el concepto de la autoridad de la cosa juzgada se aplica a todas las ramas procesales, su regulación adquiere algunos aspectos peculiares en los ordenamientos procesales civiles y los de carácter penal, y también se utiliza en sentido impropio en la materia administrativa.

El procesalista español Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ha destacado agudamente la imprecisión del vocablo "ejecutoria" para calificar a la que correctamente debe denominarse "sentencia firme", si se toma en consideración que no toda sentencia debe ejecutarse, como ocurre con las absolutorias, que son exclusivamente declarativas, y por la otra, que todo fallo de condena debe cumplirse de inmediato, aun cuando no sea firme, ya que corresponde a los tribunales de segunda o tercera instancia, decretar la suspensión respectiva.

El segundo y grave desacierto en que incurren los citados códigos es considerar firmes (ejecutoriadas), aquellas sentencias que no admiten apelación y las pronunciadas en segundo grado; ya que contra las mismas procede el juicio de amparo; y por ello sólo adquiere firmeza la que se pronuncia en este último a no ser que no se hubiese interpuesto consintiéndose tácitamente dichos fallos, los cuales, en realidad, son sentencias definitivas en los términos del artículo 46 de la Ley de Amparo. En materia procesal penal, adopta principios similares, pero con algunos aspectos específicos que examinaremos brevemente.

En primer lugar, la autoridad de la cosa juzgada está regulada por el artículo 23 de la Constitución en cuanto dispone que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que se le absuelva o se le condene, principio conocido como non bis in idem, y que requiere dos elementos para que se produzca: en primer lugar que exista una resolución judicial firme, y en segundo término que se trate de

los mismos hechos que han sido materia de un proceso anterior, con independencia de su calificación jurídica.

A su vez, el artículo 443 del Código de Procedimientos Penales, establece que son irrevocables y por tanto, causan ejecutoria, las sentencias pronunciadas en primera instancia cuando se han consentido expresamente o cuando ha expirado el plazo para interponer algún recurso y no se hubiese promovido; así como las sentencias de segunda instancia y aquellas contra las cuales no conceda la ley ningún recurso.

A lo anterior debe agregarse que tienen el mismo efecto de indiscutibilidad, las resoluciones de sobreseimiento, ya que equivalen a las sentencias absolutorias, tomando en cuenta que el mismo artículo 23 constitucional prohíbe la absolución de la instancia también calificada como sobreseimiento provisional.

Sin embargo, ésta situación de indiscutibilidad o firmeza de las resoluciones o sentencias penales es diversa si las mismas son absolutorias, respecto de aquellas que condenan al inculpado a una pena corporal. En el primer caso quedan firmes en la primera instancia si no son impugnadas en apelación por el Ministerio Público, o bien cuando son dictadas en segundo grado, ya que contra ellas no puede interponerse el juicio de amparo, puesto que el Ministerio Público no está legitimado para el hacerlo y el ofendido no es parte en el proceso penal.

Por el contrario, si la sentencia respectiva impone al inculpado una pena corporal, éste puede combatirla en amparo en cualquier tiempo, de acuerdo con lo establecido por el artículo 22, fracción II, de la Ley de Amparo, en virtud de que la jurisprudencia considera que no existe consentimiento tácito del fallo condenatorio, y aún en el supuesto de consentimiento expreso del procesado, éste no impide la interposición del amparo cuando se expresó respecto de la primera instancia, si debido a la apelación del Ministerio Público, en el segundo grado se varía la situación sobre la que se expresó conformidad, creando una situación nueva (tesis

20, p. 57, Primera Sala, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, publicado en el año de 1975).

Un sector de la doctrina ha expresado sus dudas sobre la existencia de la cosa juzgada en las sentencias condenatorias, pero lo cierto es que dicha institución se configura hasta el momento en que se resuelve el juicio de amparo respectivo, pues es hasta entonces cuando se produce tanto la preclusión o cosa juzgada formal, como la indiscutibilidad o cosa juzgada material.

Por otra parte, la cosa juzgada en materia penal puede revisarse excepcionalmente a través de la institución calificada como "indulto necesario", que no es otra cosa que el recurso de revisión cuando se producen o se descubren nuevos hechos que justifican un nuevo examen del proceso anterior («aa.» 614 del «CPC» y 560 «CFPP»).

Una excepción de la cosa juzgada en materia penal, está prevista por los «aa.» 110 de la C. y 8o., de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, de 31 de diciembre de 1982, ya que dichos preceptos disponen que cuando un servidor público de la federación o del Distrito Federal es considerado culpable de haber cometido infracciones oficiales por el Senado, previa acusación de la Cámara de Diputados, quedará privado de su puesto e inhabilitado para obtener otro por el plazo que fije la ley (no menor de uno ni mayor de veinte años), y además a disposición de las autoridades comunes para que lo juzguen y castiguen con arreglo a la ley ordinaria, si ésta última señala otra pena para los mismos hechos.

Efectivamente se puede producir un doble enjuiciamiento, pues lo que se debe tomar en consideración son los hechos con independencia de su calificación jurídica.

Y por último antes de hablar de la ejecución de sanciones en el derecho mexicano, hablaremos un poco de la ejecución de sentencias para tener un mayor panorama del tema que se está tratando.

Ejecución de sentencias. (La voz *executio* del latín clásico, que en el bajo latín corresponde a *executio*, del verbo *exsequor*, significa cumplimiento ejecución, administración o exposición.) En el lenguaje jurídico se entiende por ejecución el cumplimiento o satisfacción de una obligación, cualquiera que sea la fuente de que proceda, ya sea contractual, legal o judicial.

Por cuanto a la ejecución de lo mandado en una sentencia, explica Couture: dicese de la ejecución cuyo título está constituido por una sentencia judicial, normalmente de condena.

Eduardo Pallares refiere que el derecho primitivo de los egipcios reconoció la facultad del acreedor para embargar la persona de su deudor y aún de reducirlo a esclavitud, pero que más tarde una ley de Bochoris prohibió la esclavitud por deudas y declaró que el deudor sólo podía obligar sus bienes, mas no su persona, porque ésta pertenecía al Estado. Agrega el autor, que los familiares del deudor, una vez fallecido, podían dar en prenda su cadáver para garantizar una deuda de ellos a favor de sus acreedores y que si el deudo moría sin cubrir sus deudas, sus restos mortales eran enjuiciados y si una sentencia lo declaraba culpable, se le privaba de ser enterrado conforme al ritual consagrado.

En el antiguo derecho romano la Ley de las XII Tablas (*Lex duodecim tabularum* 450 «a.C.») contenía la *legis actio per manus inectio*, que según se cree, fue la de origen más antiguo. Consistía en la aposición de la mano del acreedor sobre la persona del sentenciado en juicio (*judicatus*) o del que hubiere confesado su deuda, según la regla *in jure confessus pro judicato est*. Al efecto se le concedía un plazo de treinta días después de pronunciada dicha sentencia o de hecha la confesión ante el magistrado, para que pusiera en ejercicio los medios de que

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

podiera disponer a fin de dar satisfacción a su acreedor, tales como vender sus bienes, obtener la ayuda de sus parientes o amigos, etc.

Durante ese plazo -dice H. Levy Bruhl- el deudor no podía ser objeto de ninguna persecución ni de ninguna medida de coacción. Y el autor se pregunta si en el curso de ese plazo no se habrá podido tomar alguna medida en favor del acreedor para precaverlo, por ejemplo, de una eventual fuga del judicatus; pero advierte que en ningún texto ha encontrado la respuesta. Lo que sí es seguro es que pasado ese plazo sin que el sentenciado ni sus parientes o amigos hubieran logrado redimir su obligación, podía el acreedor ir en su busca y requerirlo -como en la inicial *in jus vocatio*- para que lo acompañara ante el magistrado.

Presentes ante éste ambas partes, el ejecutante ponía la mano sobre dicho deudor *manus injectio*- pronunciando las palabras rituales de ese acto procesal y, previa declaración de *addictio* por el pretor, aquél lo conducía consigo a su casa, *in carcere privato*, adonde la ley lo autorizaba a conservarlo atado con correas, *nervus*, o bien con cadenas, *compedes*. Para alimentarlo debía darle apenas lo indispensable para que no pereciera de hambre: agua y una libra de harina diaria, a menos que el deudor pudiera contar con mejor provisión, *suo vivito*.

Esto último sugiere que el deudor en esas condiciones no caía en esclavitud, puesto que podía contar con algún patrimonio; mas, por otra parte, parece contradictorio con la condición de insolvencia del deudor que le había originado suerte tan deplorable.

Esta situación, dice Aulo Gelio, no se extendía a más de sesenta días, durante los cuales el deudor debía ser llevado tres veces al mercado público que se hacía cada nueve días, *nundinae*, ante el tribunal del pretor, al *comitum*, ubicado cerca del foro, lugar muy concurrido en esas ocasiones y allí se proclamaba en alta voz por un heraldo la condición en que se hallaba tal deudor, por si alguien quisiera liberarlo. Pasada la tercera *nundina* sin que la deuda hubiera sido satisfecha, la ley

disponía tertius nundinis partes secanto, es decir, que se hiciera pedazos el cuerpo del deudor, lo que hace pensar a los romanistas que la ley se refería al caso de varios acreedores que en tal situación podrían partirse el cuerpo de aquél y tomar cada quien la porción que quisiera.

Aulo Gelio mismo dice que no hay noticia de que alguna vez se haya puesto en práctica esa forma de ejecución y que probablemente, más que medida de aplicación concreta, haya sido una forma de intimidación contra los deudores recalcitrantes.

Esta teoría -dice Levy Bruhl- encuentra cierto apoyo en el derecho comparado, pues las leyes escandinavas, la ley del Gulathing, la ley del Bjorsk y la ley del Frustathing, leyes noruegas de la Edad Media, contienen soluciones semejantes; pero añade, la comparación es asaz deficiente, pues en dichas leyes noruegas no se trata de pluralidad de acreedores; el cuerpo es partido en pedazos, pero por un acreedor único. Se trata más bien de una metáfora para significar que el acreedor tenía así al deudor a merced suya y podía hacer de él lo que quisiera.

Más tarde la Lex Poetelia Papiria (326 a.C.) prohibió la esclavitud por deudas y permitió que los deudores pudieran pagar con su trabajo las deudas insatisfechas.

Las cárceles privadas en que los acreedores encerraban a sus deudores cargados de cadenas, fueron substituidas por cárceles del imperio en tiempos de Diocleciano (284-305 d.C.).

La evolución ulterior del procedimiento judicial en materia de ejecución de sentencias, no fue ciertamente en sentido favorable a la afectación exclusiva del patrimonio. Durante la Edad Media se siguió practicando la prisión por deudas y subsistió aun la posibilidad de que el acreedor diese muerte al deudor incumplido. Tal disponía, por ejemplo, la Ley Sálica.

Con referencia a la misma época, Pallares cita el siguiente párrafo de una monografía de Delauriere sobre Los establecimientos de San Luís, en la que se dice. 'Antiguamente los acreedores hacían excomulgar al deudor que no pagaba sus deudas. Era tratado como excomulgado, privado del viático y de la sepultura eclesiástica. Se vio en 1357 a Pedro de Borbón excomulgado por el Papa. Luis su hijo, lo hizo absolver después de su muerte y el Papa levantó la excomunión mediante la promesa del hijo de pagar la deuda del padre.

Las leyes bárbaras fueron influenciadas en diversas medidas por el derecho romano, así, por ejemplo, de modo semejante a como el deudor romano era llevado tres veces, cada nueve días, al mercado público en busca de quien le ayudara a liberarse de su deuda, entre los bárbaros el homicida insolvente, que no podía pagar la indemnización debida a los deudos de su víctima, era llevado a cuatro asambleas judiciales y si nadie acudía a rescatarlo mediante el pago correspondiente, se le hacía pagar con la vida, de vita componat.

En los países europeos en general, en los cuales la influencia del derecho romano se manifestó con acento variable en las distintas épocas de su evolución jurídica, la ejecución mediante lo que el derecho francés llamó desde tiempos remotos la *contrainte par corps*, prisión del deudor que no ha cumplido con una sentencia pecuniaria, se mantuvo en aplicación hasta principios del siglo pasado. Al presente esa forma de ejecución ha quedado abolida en todas partes.

En cuanto a nuestro país conviene señalar, en lo concerniente a leyes fundamentales sobre la materia que nos ocupa, que en el artículo 28 del proyecto de Constitución de 16 de junio de 1856, se consignaba por primera vez, el principio: "Nadie puede ser preso por deudas de un carácter puramente civil. Nadie puede ejercer violencia para recobrar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia."

Al año siguiente el artículo 17 de la Constitución de 1857, acogió definitivamente el mencionado principio y además le añadió el de gratuidad de la administración de justicia. Finalmente pasó a la Constitución que nos rige de 5 de febrero de 1917, en el artículo 17, cuyo texto se inicia diciendo: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil...".

La doctrina procesal analiza, por una parte, el desarrollo dialéctico de la controversia hasta llegar a la decisión compositiva del litigio, lo que constituye la fase de conocimiento o de juicio propiamente dicha y, por otra parte, la etapa de ejecución de lo dispuesto en la sentencia de condena cuando el mandato no ha sido espontáneamente cumplido por el obligado, según hemos dicho al principio. Carnelutti llama a la primera fase, de formación del mandato y a la segunda de efectuación del mismo.

En esta última se trata de dar efectividad material al acto de voluntad del juzgador, expresado en la sentencia y para ello se hace necesaria la realización de una serie de actos procesales que aunque pudieran prima facie, dar la impresión de ser actos ya no jurisdiccionales sino de índole administrativa, como parecen serlo los realizados en ejecución de la sentencia penal, son de verdad, a no dudarlo, actos propios de la jurisdicción estatal, sin los cuales ésta no podría en tales casos alcanzar sus fines.

Carnelutti insiste enérgicamente en señalar, por cuanto al proceso penal, que éste no concluye en la sentencia irrevocable del juez, sino que continúa, cuando es condenatoria, a través de todos los actos que integran la fase de ejecución hasta el último, como puede serlo la privación de la vida al sentenciado.

Entre la fase de conocimiento y la de ejecución dice Carnelutti, puede subrayarse la antítesis entre la razón y la fuerza. El proceso de ejecución manifiesta así el ejercicio de la fuerza al servicio de la razón reconocida en la sentencia.

La homogeneidad jurisdiccional entre la fase de conocimiento y la de ejecución es ostensible en todo proceso, así sea civil, penal, laboral o de otro tipo y así la ejecución afecte únicamente al patrimonio, como sucede en las materias civil y mercantil, o a la persona misma del sentenciado en materia penal. En todo caso se da efectividad al mandato resultante del juzgamiento, y la jurisdicción se extiende a todos los actos inherentes a esa efectuación sin los cuales no quedaría restablecida la vigencia de la norma.

Ahora bien, nuestra historia abunda en denuncias, sugerencias y reproches en torno al sistema de las cárceles. La necesidad de contar con un verdadero Código penitenciario o dicho de otra manera con una verdadera ley de ejecuciones de sanciones, que complementaría la obra legislativa iniciada por los Códigos penal y de procedimientos penales.

Señala Sergio García Ramírez que "hoy, el sistema mexicano se pronuncia, como prácticamente todos los del mundo contemporáneo, pese al desencanto que empieza a surgir en algunos sectores, más bien extranjeros que nacionales, en el sentido de rehabilitar, no de castigar simplemente.

De los cuatro fines posibles de la pena, a saber: retribución, intimidar, expiar y readaptar, el Derecho mexicano ha optado por este último y carga el acento, una y otra vez, sobre la misión terapéutica y redentora de las penas, particularmente de la que apareja la pérdida o la restricción de la libertad.

Esto, desde luego, sin que pueda perder la pena su condición técnica de medida para el restablecimiento del orden jurídico quebrantado y de que sea, por ello, un sistema de retribución, tampoco se podrá soslayar, en el terreno de los hechos, el valor de la amenaza penal para la disuasión de conductas antisociales, ni cabría negar su utilidad, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, como

instrumento para expiación de la culpa. No es esto último, empero, sino por encima de todo, o solamente, la readaptación social".¹⁶⁹

Es por lo que México al preferir la readaptación social, ha dejado atrás los otros tres elementos que se puede considerar que son también importantes y por lo que al haber un desequilibrio en cuanto a las funciones de la pena, tal vez es la causa de que en la actualidad ya no sean intimidantes las penas y en especial las penas privativas de la libertad.

2.6 CONCEPTO DE PUNIBILIDAD.

Lo que caracteriza al derecho penal, a las conductas delictivas, es la sanción, la pena. Este punto de vista resulta corroborado por el Derecho Penal. En efecto, el poder del Estado ha reservado las sanciones más severas, las más aflictivas para quienes trasgreden en el orden jurídico con acciones u omisiones que el propio Estado consagra como delictivas.

Las sanciones tienen por objeto proteger los bienes jurídicos de mayor jerarquía, aquellos que aseguren la convivencia social y la estabilidad de las instituciones y donde no exista otro medio jurídico más práctico para su salvaguarda.

Señala Octavio Alberto Orellana Wiarco que "el ius puniendi o derecho que se irroga el Estado para castigar (sancionar) los delitos, asegura el orden social y la estabilidad del propio Estado, pero su ejercicio presenta múltiples problemas.

El primer escollo que el ius puniendi planea es el relativo al respeto de las garantías del individuo, ¿hasta donde debe llegar el poder del Estado que no avasalle al particular? ¿cual es el límite de las garantías del individuo cuya protección no afecte a la sociedad?"¹⁷⁰

¹⁶⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Manual de Prisiones (la Pena y la Prisión). Op cit. P. 230.

¹⁷⁰ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General, Op cit. P. 407.

Los conceptos punibilidad, pena y ejecución de la pena se utilizan con frecuencia como sinónimos. Sin embargo los estudios señalan la conveniencia de distinguirlos.

"La punibilidad o pena en sentido abstracto, la vamos a atender como la sanción o sanciones que el legislador prevé para cada materia penal es la prisión (y en contadas ocasiones la pena de muerte cuando el código penal acepta).

En el sistema jurídico penal mexicano, el legislador señala generalmente, a cada tipo la pena de prisión, dentro de límites mínimos y máximos, lo que constituye el marco del arbitrio judicial para la determinación o individualización de la pena.

La punibilidad resulta ser la pena en sentido abstracto, la que aparece en la ley, pena estricta sensu (en estricto sentido), es la pena que el juez fija en su sentencia. Por ejemplo para el delito llamado homicidio simple intencional el Código Penal señala de 8 a 20 años . de prisión, límite máximo, al delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad de 2 a 6 años de prisión y de 100 a 300 días de multa.

La punibilidad señala los límites o espacio de la pena, la pena es la sanción aplicable, al caso concreto dentro de los límites de la ley.

Por algún tiempo fue tema obligado el esclarecer la ubicación de la punibilidad en la teoría del delito, pues una corriente de pensadores consideraba que debía asignársele un lugar como elemento del delito, es decir que el delito debía integrarse por un hecho o conducta típico, antijurídico, culpable y punible".¹⁷¹ señala Octavio Alberto Orellana.

En apoyo a ésta consideración se argumentaba que una norma para que sea perfecta, debe contener precepto o supuesto jurídico y sanción, si no incluye la

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 408.

sanción, la norma jurídica sería imperfecta. También para reforzar la posición de que la punibilidad es un elemento del delito se acudía a la definición que el artículo séptimo del Código Penal Federal nos proporciona de delito, diciendo que " es la acción u omisión que sancionan las leyes penales".

Edmundo Mezger señala que algunos "Penalistas como Pavón Vasconcelos, Porte Petit y otros, sostenían la postura de que la punibilidad es elemento del delito: sin embargo, Porte Petit posteriormente ha llegado a la conclusión de que la punibilidad no es un elemento, sino una consecuencia del delito.

Otros penalistas mexicanos, como Villalobos, y Fernando Castellanos Tena, consideran a la punibilidad como una consecuencia del delito".¹⁷²

El delito es el precepto, la hipótesis legislativa de una conducta tipificada, la sanción es consecuencia. El argumento de que la norma perfecta se integra de precepto y sanción es correcta, pero supone que la sanción es elemento del delito, obligaría a considerar que en el precepto queda incluida la sanción. Más importante es el argumento de que las excusas absolutorias que impiden aplicar la pena, son válidas para quienes la ley lo ampara, pero no para sus cómplices, lo que nos llevaría a estimar que para el autor puede operar la excusa absoluta y para el cómplice no, es decir es un caso el delito no se integraría y en el segundo supuesto sí, lo anterior nos obliga a sostener que la punibilidad es una consecuencia, el delito lo cometen el autor y el cómplice. Pero por razones de política criminal, la pena resulta una consecuencia del delito que a unos se aplica y a otros no.

Actualmente la mayoría de los penalistas, consideran a la punibilidad una consecuencia del delito.

¹⁷² MEZGER, Edmundo. Derecho Penal Parte General. Op cit. P. 386.

2.7 TIPOS DE PENAS.

En este apartado unicamente nos remontaremos a lo que se plasmó y manifestó en el capítulo segundo inciso 2.3.6, ya que como se pueden dar cuenta, este apartado y el otro son iguales y para evitar inútiles repeticiones nos remontaremos lo ya manifestado.

CAPITULO III.
DIVERSAS TEORIAS SOBRE LA PENA.
3.1 ESCUELA CLÁSICA.

Ni en los remotos tiempos de Sócrates y Platón, ni en Roma, ni en la Edad Media, encontramos una verdadera doctrina penal. Las ideas sustentadas sobre el delito, delincuente y pena, constituían divagaciones de tipo filosófico, por lo que no se incluían en una disciplina de tipo autónoma, sino en el amplio campo de las ciencias filosóficas.

En el periodo Humanitario del Derecho Penal, que fue creado y abierto por César Bonnesana, Marqués de Beccaria, con su obra magistral *Dei delitti e delle pene*, que ya anteriormente en el presente trabajo de investigación se había mencionado.

En 1764, se provocó el surgimiento profundo de ideas que tendían a humanizar el Derecho Penal. Tales ideas al sintetizarse metódicamente, crearon ya en el periodo científico, escuelas o concepciones racionalizadas sobre el delito, delincuente y pena.

Y así la primera Escuela que surgió fue la Clásica que fusionó en sus principios las ideas penológicas predominantes en su época. Y con posterioridad surgió la Escuela Positiva, sostenedora de postulados opuestos a la anterior y que en el siguiente punto se tratará con mayor profundidad.

Es de destacar que los problemas de las escuelas penales surgieron a mediados del siglo XIX, provocando una lucha apasionada entre los partidarios o seguidores de las anteriores escuelas, es decir, la clásica y la positiva, pero había quienes no eran partidarios ni de una, ni de la otra, por lo que junto a estas tendencias se manifestaron numerosas escuelas eclécticas, representadas por las más variadas doctrinas, cuyo éxito fue modesto y limitado.

Ahora bien para empezar a hablar de escuelas, es necesario que demos un concepto de lo que es escuela, y así José Sáinz Cantero señala que "por "escuela" entendemos la dirección de pensamiento que tiene una determinada orientación, trabaja con un método peculiar, y responde a unos determinados presupuestos filosóficos penales.

Luis Jiménez de Asúa las define diciendo que son el cuerpo orgánico de concepciones contrapuestas sobre la legitimidad del derecho de penar, sobre la naturaleza del delito y sobre el fin de las sanciones".¹⁷³

De lo anterior podemos decir, que unas escuelas se distinguen de otras por la orientación de sus ideas respecto a la pena, por el método de trabajo que emplean, por los presupuestos filosóficos de que parten y por su concepción sobre la naturaleza del delito.

La escuela de Derecho Penal, hizo especial énfasis en el culto al libre albedrío, la pena constituye una expiación, es un mal retributivo. Estudió principalmente al delito, aunque no puede por ello afirmarse, que subestimó el estudio de la pena, aunque mucho tenga de cierto, en cambio, que no se ocupó de la individualización al delincuente.

Para su más ilustre exponente Francesco Carrara, la pena tiene por objeto reparar la lesión causada al Derecho. Para los clásicos la pena está concebida como un mal y como un medio de tutela jurídica y su medida deberá guardar proporcionalidad cualitativa y cuantitativa con la gravedad del delito. Considera a la pena como una sanción individual, afflictiva, determinada, cierta, ejemplar y proporcionada a la entidad del daño producido.

¹⁷³ SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, 3ª Edic. Edit. Bosch Casa Editora, Barcelona, España, 1990. P. 123.

Examinando el pensamiento de algunos otros representantes de ésta escuela, destacaremos que Beccaria consideraba a las penas como obstáculos políticos contra el delito, señalando así más su finalidad que su definición; Carmignani traspasó los límites de una definición cuando quiso incluir en ella, la razón de ser y el destino de las penas.

Romagnosi basa su sistema en que las penas son legítimas por el servicio que presta su amenaza para rechazar los impulsos malvados; Feuerbach fundamenta su legitimidad en la amenaza realizada por el legislador en abstracto; y Carrara confiere a la valorización del acto humano delictuoso, como medida de graduación de la pena.

Para los hombres de esta escuela, el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. La ofensa que el delito causara a un individuo no se repara con la pena. El daño que la pena debe reparar es la ofensa causada a la sociedad al haberse violado sus leyes, disminuyendo la opinión de la propia seguridad en los ciudadanos y creando el peligro del mal ejemplo, al par que turbando la tranquilidad de todos.

Cuando la enmienda del reo llegue a estar en conflicto con el deber que tiene la sociedad de tutelar el derecho en todo individuo, este debe de ser preferentemente observado. Entonces la pena, que en nada remedia el mal material del delito, es remedio eficaz y único del mal moral, por lo cual, el fin último de la pena es el bien social.

Señala Luis Cousiño que "propriadamente no se puede decir que jamás haya existido una Escuela Clásica, pues este título le fue dado, por los positivistas, al conjunto de doctrinas enseñadas desde la época de Beccaria hasta la publicación de la célebre obra de Francesco Carrara (1805-1888), que apareció en el año 1859 con el título Programa del Corso di Diritto Criminale.

En cuanto a escuela, carece en absoluto de homogeneidad, ya que sus distintos personajes mantuvieron opiniones antagónicas respecto de muchos puntos fundamentales".¹⁷⁴

Bajo la etiqueta de "clásicos" se han agrupado autores y tendencias divergentes en muchos puntos de vista, e incluso contradictorias en algunos, pero que presenta una serie de concepciones comunes sobre postulados fundamentales, que es precisamente lo que permitió a los positivistas reunirlos con propósitos dialécticos.

Estas direcciones se desarrollan con plena independencia, en diferentes países, por autores que no se conocían. Por lo tanto es erróneo pensar, que la expresión escuela clásica engloba a un grupo homogéneo de penalistas que trabajan juntos o en estrecho contacto, pues por el contrario este movimiento se dió en diferentes países, por lo que es conveniente rechazar toda idea de que los diversos autores de la escuela clásica estuvieron unidos en un grupo.

Al respecto opina Luis Jiménez de Asúa al decir que " también Florián, se duele de que algunos partidarios de esta escuela protesten cuando se le denomine clásica, olvidando que así la tituló Carrará.

En realidad, es inútil que los positivistas traten ahora de esconder el sentido crítico con que emplearon el vocablo que estamos esclareciendo, y no sólo fueron ellos, sino los "modernos". Alemanes que lo usaron, como Richard Schmidt reconocen, con sentido "principalmente irónico" y por cierto que la explicación de por qué se llamó "tendencia clásica" a la del grupo de los teóricos del Derecho Penal (Wach, Binding, Birkmayer, Kahl, Oetker, Richard Schmidt, Beling, Nagler, etc) que dan valor a la continuidad de la evolución legislativa. A su juicio, se debe "al enlace con el Derecho romano, con los italianos y la Carolina y con la Filosofía alemana".

¹⁷⁴ COUSIÑO MACIVER, Luis. Derecho Penal Chileno Parte General, Edit. Jurídica de Chile, Chile, 1975. P. 65.

Edmundo Mezger añade. Por su parte, que la denominación de "clásica" " no es apropiada para expresar la multitud de referencias y pensamientos de la evolución alemana".¹⁷⁵

La escuela clásica tiene, el más heterogéneo contenido. Con el nombre que los positivistas le arrojaron, se designan tendencias diferentes, incluso opuestas, que en la época de su mayor predominio combatieron entre sí, como las teorías absolutas de la retribución y las numerosas doctrinas de tipo relativo.

Estas tendencias se desarrollaron, además, espontáneamente en cada país, como representantes que no se conocían unos a otros y, en consecuencia, con anárquica autonomía y típico color nacional en muchos casos.

La escuela clásica se caracteriza por su índole filosófica, y por su sentido liberal y humanitario, alcanzando en la mitad del siglo XIX su pleno desarrollo que culmina en el programa de Francisco Carrara.

Señala Roberto Reynoso Dávila, que "no obstante la diversidad de ideas, pueden señalarse como principios básicos de la escuela clásica, los siguientes:

- a) El método esencialmente racionalista, aplicación del método lógico-abstracto al estudio del derecho ;
- b) Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y culpabilidad moral;
- c) El delito como ente jurídico;
- d) La pena como un mal y como medio de tutela jurídica;

¹⁷⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal. Op cit. P. 33.

e) El sentido individualista de protección y garantía contra los posibles abusos del poder del Estado;

f) Nadie puede ser castigado sino por un hecho previsto como delito y penado en la ley;

g) La calidad y la cantidad de la pena debe ser proporcionada al daño que con el delito se ocasionó al derecho o al peligro corrido por éste;

h) El juez sólo tiene facultad para aplicar automáticamente la pena señalada por la ley para cada delito;

i) la exclusiva atención consagrada al delito y el descuido absoluto de la persona del delincuente.

Afirmaba Carrará que el juez competente para conocer la maldad del hecho, no puede tener en cuenta la maldad del hombre sin rebasar el límite de sus atribuciones".¹⁷⁶

Ahora bien, al hablar de la escuela clásica, Gustavo Labatut Gléna señala una serie de principios que él los denomina postulados clásicos de la técnica penal, refiriéndose más que nada al delito, al delincuente y a la pena y señala los siguientes:

"la responsabilidad criminal se funda en la responsabilidad moral, y ésta en el libre albedrío o libre arbitrio es la doctrina de la autonomía de la voluntad, según la cual el hombre posee la facultad de discriminar entre los distintos motivos de conducta que se le presentan y de decidirse en un sentido o en otro, sin sujeción a influencias extrañas de ningún género, principio que los teólogos, juristas y filósofos de la edad media elevaron a la categoría de postulado.

¹⁷⁶ REYNOSO DAVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Op cit. P. 78.

La delincuencia es la manifestación de la voluntad orientada hacia el mal. Según Carrara, el delito no es un ente o fenómeno de hecho sino ente jurídico, resultante de una relación de contradicción entre la conducta y la ley que la sanciona.

En otros términos el delito es la violación de una norma jurídica. Por consiguiente la escuela clásica no mira al delito como un fenómeno natural y social, sino como un hecho jurídico. Como por otra parte, antepone la consideración del delito y lo aísla, tanto del delincuente como del medio en que se produjo, además de jurídica es esencialmente objetiva.

Parte esta escuela del supuesto que el delincuente, salvo casos extremos, no difiere de los demás hombres, y lo mira como un ser racional dotado de libre albedrío que obra sin sujeción a influencias extrañas, libre por lo mismo, de optar entre el bien, representado por el respeto a la ley, y el mal representado por su violación.

La pena se impone para restaurar el orden jurídico perturbado por el delito y, al igual que éste, es un ente jurídico. Dicha restauración se obtiene mediante la compensación del mal que el delito causa al individuo y a la sociedad. Con la que la pena produce al delincuente. Esto significa que ella ejerce una función retributiva. Ahora bien, partiendo de la base de que el hombre es libre para el bien y para el mal, si delinque se hace acreedor a un castigo.

La pena en cuanto a protección del orden establecido en un medio de tutela jurídica, al mismo tiempo que un mal, un castigo que, con finalidades ejemplarizadoras se impone al delincuente en retribución y expiación de su delito. La pena castigo, es característica de la escuela clásica".¹⁷⁷

¹⁷⁷ LABATUT GIENA, Gustavo. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, 7ª Edic. Edit. Jurídica de Chile. Chile 1976. Pp. 22, 23.

De lo anterior podemos decir que para que el ejecutor de un delito pueda ser declarado culpable, responsable y merecedor de una pena, es condición que en el momento de actuar, posea una voluntad inteligente y libre que le permita comprender la naturaleza del acto que ejecuta y elegir entre realizarlo o no.

De lo que también se puede comentar que, para la escuela clásica los supuestos en los cuales descansa la imputabilidad son: la inteligencia para discernir, la libertad para elegir y la libertad para decidirse, hay que destacar que si por cualquier motivo, condiciones de edad o condiciones psíquicas, el individuo no actúa libre e inteligentemente, según la escuela clásica es inimputable, porque no responde a su acción.

Siguiendo con los postulados de la escuela clásica José Sáinz Cantero señala los siguientes:

*1.- el derecho no es un producto histórico, obra humana; tiene una esencia trascendente. El Derecho es congénito al hombre —escribe F. Carrara— porque fue dado por Dios a la humanidad desde el primer momento de su creación, para que pueda cumplir sus deberes en la vida terrena.

Por esta razón, debe tener una vida y criterios preexistentes a los pareceres del legislador humano; criterios infalibles, constantes e independientes de los caprichos de aquél y de las utilidades que pueda codiciar. El Derecho, en definitiva, sigue el módulo inmutable de la ley natural.

2 - en lo que al Derecho Penal se refiere, la concepción clásica gira en torno a esa idea de la ley natural como módulo del derecho. La sociedad civil es necesaria a la raza humana para la observancia de la ley moral. A su vez la sociedad civil precisa de una dirección unificada, provista de facultad para prohibir ciertas conductas y castigar a quienes las realicen.

La sociedad civil, la autoridad que la preside, y la facultad de prohibir y castigar que le corresponde, no son más que una cadena de instrumentos de la ley del orden. En consecuencia el Derecho Penal tiene su génesis y su fundamento en la ley eterna de la armonía universal, en una ley que es absoluta porque es constitutiva del único orden posible para la humanidad, según las prevenciones y las decisiones del creador.

3 - Para la escuela clásica, el delito no es un simple hecho sino un ente jurídico, según la fórmula sacramental de Carrara, concebida como principio apriorístico de toda su construcción. Su esencia está constituida por la relación de contradicción entre el hecho del hombre y la ley, la idea de delito -dice Carrara- no es más que una idea de relación, la relación contradictoria entre el hecho del hombre y la ley. Sólo en esto consiste el ente jurídico al cual se le da el nombre de delito.

4 - Para los clásicos la pena es un contenido necesario del Derecho, la consecuencia de la naturaleza del hombre, moralmente libre y responsable de sus acciones. Carrara la define como aquel mal que, en conformidad con la ley del Estado, infligen los magistrados a los que con las formas debidas, son reconocidos culpables de un delito.

Como condiciones derivadas de su principio positivo, se señala que la pena ha de ser: aflictiva para el reo, física o al menos moralmente; ejemplar, generar en los ciudadanos la persuasión de que el infractor ha sufrido un mal; cierta, porque la fuerza moral está más en razón de su certeza que de su severidad; pronta, porque en el intervalo entre el delito y la punición, la fuerza moral objetiva de aquél continúa ejerciendo sus funestos efectos, los cuales vienen a ser más perniciosos cuando más prolongados son, pública, porque toda pena secreta es un abuso ilegítimo de fuerza; e irrogada de manera que no resulte perturbadora del reo.

Como condiciones que derivan de su límite, F. Carrara señala, además, que la pena no debe de ser ilegal, ni aberrante, ni excesiva, ni desigual.

5.- El estudio y elaboración de cualquier disciplina precisa de un método que lleve al investigador al logro de la verdad. En lo que conocemos por ciencia moderna del Derecho Penal, encontramos constantemente enfrentados dos clases de métodos. el lógico-abstracto o deductivo y el inductivo o experimental.

En el primero, el estudio toma como punto de partida un principio general y de él saca las consecuencias lógicas pertinentes. En el inductivo, parte de la observación de los datos particulares y de ellos se remonta a una proposición general que comprende, no sólo los supuestos observados, sino todos los demás que están con aquellos en relación de semejanza y comunidad".¹⁷⁸

De lo transcrito anteriormente se puede decir, que el fin primario de la pena es el restablecimiento del orden externo en la sociedad. El delito ofende, por un lado, a un individuo; por otro, violando sus leyes, a la sociedad, a todos los ciudadanos, disminuyendo en ellos la opinión de la propia seguridad y creando el peligro del mal ejemplo.

El primer daño causado por el delito no se repara con la pena; el segundo debe de ser reparado con ella, mediante el restablecimiento del orden perturbado.

Es de recordar que la escuela clásica aplica a la elaboración del Derecho Penal el método deductivo o lógico-abstracto, partiendo de principios generales uno de los cuales, es el que Carrara señalaba como fórmula sacramental de la concepción del delito como ya se ha dicho y quedó apuntado, la de ente jurídico.

Señala Gustavo Labatut que "sin embargo, el clasicismo no admite el libre albedrío con un concepto absoluto, sino que parte de la base de que la culpabilidad puede hallarse atenuada o agravada en razón directa de la menor o mayor libertad moral

¹⁷⁸ SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal, Parte General. Op cit. Pp. 125-127.

con que obró el sujeto, debido el influjo de determinados factores, endógenos o ambientales, que orientaron su voluntad."¹⁷⁹

Ahora bien, la pena no debe de ser arbitraria sino proporcionada a la gravedad objetiva del delito, y prefijada en la sentencia. Consecuente de este criterio es que en su fijación no se atiende a la personalidad del delincuente, sino en cuanto ello es necesario para establecer el grado de su libertad moral.

Es de decirse que dentro del sistema clásico de la proporción penal, algunos autores consideran que las fórmulas se manejan lo mismo que en aritmética se suman, restan, multiplican o dividen las cantidades, por lo que Carrara afirmó que el derecho penal es una ciencia matemática, lo que en nuestra opinión, no compartimos su postura, pues las matemáticas se considera que son ciencias exactas y el derecho a diferencia es una ciencia social, por lo que no hay lugar a tal postura.

Señala Luis Cousiño que "las fórmulas jurídicas de la escuela clásica, saturada de filosofía metafísica, resultaron inefaces en la práctica para contener los desbordes de la criminalidad, especialmente en dos de sus formas: la reincidencia y la violencia infantil.

Las causas de este fracaso las atribuye Ferri a los hechos siguientes: a) extremó los derechos del individuo frente a los derechos de la sociedad, que necesita defenderse de los malhechores, adoptó una posición individualista y se puso al servicio del delincuente, proclamando el principio "pro-reo"; b) utilizó el método deductivo, lo que fue causa de que se agotara en el análisis del delito. No dispuso de las herramientas que proporciona la investigación científica y que empleó después el positivismo".¹⁸⁰

¹⁷⁹ LABATU Y GILINA, Gustavo. Derecho Penal, Tomo I, Parte General, Op cit. P. 23.

¹⁸⁰ COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno Parte General, Op cit. P. 60.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

La parte más importante de esta doctrina que se está tratando, en nuestra consideración reside en el delincuente, que debe de ser descrito como un sujeto anormal, puesto que está determinado para el delito, por lo que siendo un anormal o en mejores términos un enfermo, las medidas que se toman en contra de él, no están dirigidas a su persona, sino en la defensa de la sociedad.

Señala Miguel Ángel Cortés Ibarra, que hay otros autores como "Rossi, otro brillante representante de la escuela clásica, opinó que existe un orden moral de carácter obligatorio para los individuos dotados de inteligencia y razón, de cuyo cumplimiento depende la convivencia social.

El derecho penal satisface una función protectora de ese orden moral y social por lo que su fin se concretiza en la realización de la justicia moral.

Carmignani, otro notable clásico, sostuvo lo contrario a Rossi, al defender que el derecho de castigar se funde en una necesidad política o de hecho y no en la realización de la justicia moral. La sanción persigue evitar que se perturbe la convivencia social y prevenir la comisión de nuevos delitos, no tiene por fin la venganza, no es de carácter retributiva".¹⁸¹

Como vemos no sólo Carrara fue el único que escribió acerca de la escuela clásica, así también escribió Rossi, Carmignani y otros tantos alemanes y franceses pero sin duda el más importante representante de esta escuela, lo fue Francesco Carrara.

Para Miguel Ángel Cortés Ibarra, los principios fundamentales que caracterizan a la escuela clásica, se pueden sintetizar en los siguientes términos:

"El método empleado es el deductivo y especulativo. La ciencia penal deriva sus conclusiones de deducciones lógicas de la razón eterna. La escuela clásica que

¹⁸¹ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal Parte General. Op cit. P. 37.

repudia el método experimental, parte de conceptos apriorísticos que no requieren comprobación por encontrarse presupuesta la existencia de los mismos en la realidad.

* La imputabilidad, fundamento de la responsabilidad penal, se explica en el libre albedrío. El individuo es responsable penalmente por ser imputable y se es imputable por gozar de libre albedrío, por lo que los alienados que carecen de facultades normales, volitivas e intelectivas, no son imputables, y en consecuencia, tampoco responden penalmente de los daños realizados. La imputabilidad moral es la base de la responsabilidad penal.

* La pena debe de ser estrictamente proporcional al daño causado por el delito cometido. La pena presenta así el carácter retributivo, es un mal, un castigo impuesto al delincuente; sin embargo, para que resulte justa deberá guardar proporcionalidad con la gravedad del daño producido.

* El juzgador sólo tiene facultades de aplicar la pena señalada para cada delito; éste se definirá claramente en el texto legal. Con la tendencia de evitar futuros excesos y arbitrariedades, la escuela clásica consagró el principio de legalidad referido al delito y a la pena.

El sujeto sólo responderá de conductas consideradas delictivas por la ley penal; el juez sólo podrá aplicar la pena concretamente señalada para cada delito en particular.

* Los derechos del hombre deben quedar protegidos mediante el reconocimiento de específicas garantías procesales. Con el objeto de frenar los frecuentes abusos, esta concepción pugna por el respeto de fundamentales garantías de seguridad.

Todo individuo sometido a juicio deberá ser escuchado, tendrá derecho a ofrecer las pruebas en defensa a sus intereses y sólo será sentenciado condenatoriamente una vez comprobado el delito que se le imputa".¹⁸²

Como podemos observar de los autores que hemos mencionado y que hablan sobre postulados de la escuela clásica, solamente algunos coinciden, pero lo importante es que se incluyeron en este tema, pues pensamos que unos son complemento de otros y viceversa.

3.2 ESCUELA POSITIVA.

La concepción filosófica creada por Augusto Comte, denominada "positivismo" promovió la construcción de esta doctrina penal. César Lombroso, doctor en Medicina y devoto del positivismo y darwinismo, fue el iniciador de esta corriente.

Señala Gustavo Labatut Gléna que "la escuela positiva nació en oposición al clasicismo y representa una subestación de lo jurídico en beneficio de lo biológico-social. Su participación fue favorecida, sólo por los fracasos de los principios clásicos en la lucha contra el delito, sino también por la extensión del método experimental y de observación a las ciencias sociales, tarea que realizaron Augusto Comte, Hebert Spencer, John Stuart Mill y otros sociólogos del siglo XIX; por el progreso de algunas ciencias, tales como la antropología, la psicología y la psiquiatría, y por la aplicación de la estadística a la investigación sociológica".¹⁸³

Para ésta escuela, según la cual la pena es una de las sanciones posibles a aplicar a quien ha delinquido, la responsabilidad del delincuente deriva de su convivir en la sociedad, puede acarrear una pena en virtud de la salvaguarda de la defensa social.

¹⁸² *Ibidem*, p. 38.

¹⁸³ LABATUT GLENA, Gustavo. *Derecho Penal Tomo I, Parte General*, Op cit. p. 24.

La idea del positivismo italiano es que el delito es fundamentalmente un hecho del hombre que se realiza en el seno de la sociedad, esto es, un fenómeno natural y social a la vez. Por eso el conocimiento profundo del fenómeno delictivo requiere el estudio del hombre delincuente y del medio físico y social en que el delito se produjo, estudio que ha de emprenderse con el criterio subjetivo y natural.

La escuela positiva tiende en un sentido a realizar un estudio más profundo y completo del delito, porque, a diferencia de la clásica, no lo aprecia como un ente puramente jurídico, sino como fenómeno antropológico, sociológico y jurídico al mismo tiempo.

Ahora bien, Ricardo Abarca señala que: "en el decenio de 1860 salló a la luz la obra de César Lombroso, *L'uomo delinquente* que es un punto de partida de la Escuela Positiva del Derecho Penal. Las recientes teorías de Darwin sobre la evolución de las especies, establecía primero la hipótesis del continuo perfeccionamiento de las especies animales en virtud de la lucha por la vida y de la selección natural, luego admitieron los fenómenos de involución, observando como en ciertos individuos, en vez de perfeccionamiento, se nota retroceso y se reproducen las características atávicas correspondientes a grados inferiores de la evolución de la especie.

Los primeros antropólogos aplicaron estas teorías, como principios científicamente demostrados, a la evolución de la humanidad. Lombroso, discípulo de Moleschott, se inspira en ellas para el estudio del hombre delincuente."¹⁸⁴

De lo que se puede decir, que los delitos reproducen acciones típicas no solamente de los pueblos salvajes, sino también de los animales; el estudio antropológico de los criminales revela anomalías que como es sabido llevaron a Lombroso a afirmar la existencia del tipo delincuente, como un fenómeno de

¹⁸⁴ ABARCA, Ricardo. *El Derecho Penal en México*. Op cit. P. 93.



reversión a las características que constituyen una variedad dentro de la especie humana.

Como ya se mencionó anteriormente, esta escuela positiva tiene varios exponentes como Enrique Ferri y Rafael Garófalo y el más importante a nuestra consideración César Lombroso, los anteriores fueron conocidos o llamados los evangelistas y con justa razón, ahora bien mucho se habla de estos autores, por lo que en la presente investigación haremos un breve esbozo de cada uno de ellos, pues consideramos importante conocer la vida de tan importantes exponentes.

Señala Roberto Reynoso Dávila que "Ezequías Marco César Lombroso (nació en Verona el 0 de noviembre de 1835 y murió el 19 de octubre de 1909 en Turín), médico militar, descendiente de una opulenta familia judía, profesor de Medicina Legal en la Universidad de Turín, iniciador de la Escuela Antropológica Criminal Italiana, que hace énfasis en los factores biológicos del delito.

Fundador de la Antropología o Biología criminal que tiene por objeto el estudio del hombre criminal, es decir, la investigación de la Anatomía, la Morfología del hombre delincuente.

En 1870 Lombroso buscaba, desde varios meses, en las prisiones y en los asilos de Pavía, sobre los cadáveres y sobre los vivientes, los datos para fijar las diferencias substanciales entre los locos y los delincuentes, sin encontrarlos. De pronto, en la mañana de una triste jornada de diciembre, encontró en el cráneo de un brigante, el cadáver del septuagenario bandido calabrés Villela, quien se había escapado de los gendarmes corriendo ágilmente por los montes, toda una serie de anomalías atávicas, sobre todo, una enorme fosita occipital media y una hipertrofia de la eminencia vermicular del cerebro.

Ahora bien, en aquel cráneo, precisamente en el lugar de la cresta occipital, se presentaba una fosa, tan lisa y exenta de vasos inflamatorios que parecía haber

sido como receptáculo de un tercer lóbulo medio, como se ve en los embriones en el tercer o cuarto mes, y normalmente en las aves, anomalía rarísima que Lombroso nunca más debía encontrar en aquella proporción.

A la vista de tan extrañas anomalías, como aparece una extensa llanura bajo un horizonte inflamado, el problema de la naturaleza y del origen del criminal le pareció resuelto: los caracteres de los hombres primitivos y de los animales inferiores debían reproducirse en nuestro tiempo.

Afirma Lombroso que el criminal congénito o nato es un ser atávico, una regresión al salvaje, biológica y psicológicamente. Los criminales constituyen una variedad desdichada de hombres más patológicos que los enajenados. En 1867 Lombroso estudia a los criminales por peso y estatura, craneometría, algometría (sensibilidad al dolor).

Sin embargo, Lombroso no se limitó a la investigación de objetos muertos, sino que estudio a delincuentes vivos, a perturbados, a enfermos congénitos, a epilépticos, idiotas y prostitutas. Lombroso consumió los mejores años de su vida en esta tarea. Durante más de 30 años examinó Lombroso a 27,000 delincuentes y a otros tantos seres "normales" cuyo estudio comparativo creyó imprescindible para su tesis

Según Lombroso, los caracteres del criminal nato son: mirada dura, sonrisa cinica, estatura baja, cráneo pequeño, frente estrecha, arcos ciliales prominentes, ojos hundidos y oblicuos, pómulos salientes, barba rala y tez pálida.

Clasificando estos caracteres distingue: en lo anatómico, la estrechez de la frente, la exageración de los senos frontales, la gran frecuencia de la sutura metópica, de los huesos wormianos, las sinostosis precoces, el grosor superior al normal de la bóveda del cráneo, el desarrollo desproporcionado de los pómulos y de las

mandíbulas, el apéndice lemúrido de la inferior, el prognatismo, la obliencia y la gran capacidad de las órbitas de los ojos.

De lo fisiológico, la sensibilidad obtusa, la disvulnerabilidad, la ausencia o disminución de reacciones vasculares y la zurdez.

En lo psicológico, la insensibilidad moral y afectiva, la pereza, la ausencia de remordimientos, la imprevisión. Y por último en lo social, el tatuaje, el leguaje involutivo o metafórico, la escritura jeroglífica, entre otros.

Compara como muchas de estas actitudes son comunes al tipo del delincuente nato comparando a este con un salvaje, al cual le gusta tatuarse, es supersticioso, le gustan los amuletos, prefiere los colores primarios, etcétera.

La segunda comparación es con los niños, los cuales están en una etapa inferior de lo que es la normal evolución del hombre. Aquí hace una completa teoría del niño, destruyendo las ideas de que los infantes son una blancas palomitas, con esto Lombroso se adentra a la teoría del niño como un perverso polimorfo de Freud.

Decía Lombroso que el delincuente nato es como un niño, reacciona en forma infantil, no tiene control adecuado sobre sus emociones es notablemente cruel, el criminal nato y el niño coinciden principalmente en:

- 1 - Cólera (furia).
- 2 - Venganza.
- 3 - Celos.
- 4 - Mentira.
- 5 - Falta de sentido moral.
- 6 - Escasa afectividad.
- 7 - Crueldad.

- 8.- Ocio y flojera.
- 9.- Caló.
- 10.- Vanidad.
- 11.- Alcoholismo y juego.
- 12.- Obscenidad.
- 13.- Imitación.

Afirma Lombroso que alrededor de toda cima en donde yace un niño están latentes las características de un criminal . claro es que el mismo Lombroso admite excepciones, diciendo que el claro ejemplo de esa excepción es su propio hijo".¹⁸⁵

Ahora bien, las teorías lombrosianas han sido fuertemente criticadas e impugnadas y por ende las teorías del tipo criminal se fueron desvaneciendo poco a poco, sin embargo algo que hay que agradecer a la Antropología Criminal y es haber acentuado la atención en el hombre delincuente.

Al ver todas las características que Lombroso escribió sobre lo que él pensaba o estaba seguro que era el perfil del hombre criminal, es un hombre que no existe en la actualidad, puesto que por los avances de la medicina y en otras ciencia se ha demostrado que lo que planteó Lombroso cayó en desuso y que todas esas teorías quedaron en el pasado.

Esta escuela atribuye fundamental importancia a la personalidad del autor del delito y busca la preservación social, tratando de evitar el delito más que reprimirlo. De ello se desprende que su concepción sobre la pena tenía que ser opuesta a la de los clásicos. La pena debe adaptarse, según los positivistas, a la peligrosidad del delincuente y tiene fines de corrección, adaptación o eliminación, basándose en los principios de la clasificación de los delincuentes y de la individualización de la pena.

¹⁸⁵ RLYNGSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Op cit. Pp. 80-84.

Las concepciones penales positivistas modernas se inclinan abiertamente hacia el principio de la defensa social como fundamento de la pena. Así como la vida física es imposible sin la estabilidad de las leyes naturales, dicen, la vida social es imposible sin la estabilidad de las leyes sociales.

Señala Fontán Balestra que "la pena no es para los orientados en esta tendencia un mal o un sufrimiento que el orden jurídico impone a quien ha delinquido: su fin es la resocialización del individuo inadaptado y su función la de un medio de defensa social. Por eso la palabra pena repugna al positivismo, ya que ella encierra la idea de castigo, y se la reemplaza por la expresión genérica sanciones. Comprensiva de todas las medidas que el Derecho Penal aplica al delincuente. Siguiendo esta tendencia, Grispigni ve en la pena la disminución de uno o más bienes jurídicos infligida al autor de un ilícito jurídico por órganos jurisdiccionales adecuados, disminución que no consiste jamás en la ejecución coactiva del precepto primario de la norma, siendo en cambio el medio con el cual se combate el peligro de nuevas infracciones tanto de parte de la generalidad de los súbditos, como por parte del autor del ilícito".¹⁸⁶

Hay que hacer una crítica al positivismo, pues provocó un gran estancamiento en cuanto al avance del Derecho Penal, al cual asignó un papel carente de autonomía. hoy en día estas posturas pueden mantenerse como simples doctrinas o como un escuela jurídica, pero lo que también es de gran importancia o lo que también debemos a esta escuela, es que a partir de ella, empezó a haber un creciente interés por la Criminología.

Señala José Sáinz Cantero que "las aportaciones más destacadas de César Lombroso a la génesis de la escuela positiva son la aplicación del método inductivo-experimental al estudio de la delincuencia y su concepción del criminal

¹⁸⁶ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal, Penas y Medidas de Seguridad, Op cit. P. 241.

nato. Aparte de ellas, la verdadera significación de Lombroso está en la historia de la Criminología disciplina de la que puede considerarse fundador".¹⁸⁷

El más ilustre de los discípulos de Lombroso, Enrique Ferri, rechaza la oportunidad de que exista el tipo delincuente, admite que las características lombrosianas pueden hallarse en un hombre honrado, de la misma manera que los delincuentes por tendencia de nacimiento frecuentemente no comprueban la tesis del maestro.

No es la constitución biológica del delincuente donde debe buscarse la causa del delito, sino en sus tendencias psíquicas que son producto de la constitución personal, pero principalmente de factores sociales.

Ferri ya en la vejez se convenció de que el Derecho tiene exigencias, método y leyes propias, que no puede ser confundido con los de la Antropología o la Sociología, ciencias naturalistas, y compuso como verdadero testamento científico, sus Principios de Derecho Criminal, que son una rehabilitación de la dogmática jurídica.

Señala Roberto Reynoso Dávila que "Enrique Ferri: (nació en San Benedetto, provincia de Mantua el 25 de febrero de 1856 y murió en Roma en 1929).

Discipulo de Carrara y de Lombroso, fue profesor en las Universidades de Bolonia, Siena, Pisa y Roma. Niega el libre albedrío y en la etiología de la delincuencia señala el influjo de los factores individuales físicos y sociales. La responsabilidad penal tiene por base la responsabilidad social.

Según la cual, el hombre es imputable y responsable por el hecho de vivir en sociedad. Quién ejecute un hecho penado por la ley debe ser objeto de una reacción social correspondiente a su peligrosidad. La cual se determina por la

¹⁸⁷ SAINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Op cit. P. 132.

cualidad más o menos antisocial del delincuente y del acto ejecutado, pero este último es la expresión o manifestación de la peligrosidad de su autor, Divide los delincuentes en cinco tipos;

A).- Delincuente nato; instintivo o por tendencia, es el "perverso instintivo" o por la Psiquiatría moderna, denominación que reemplaza el término anacrónico de "loco moral";

B).- Delincuente loco, quien ha cometido el delito en estado de alineación;

C).- Delincuente por pasión, que obedece a un factor individual de carácter afectivo; un desequilibrio de origen y predominio en la afectividad es el motor del hecho;

D).- Delincuente habitual, que hace la vida en la delincuencia, verdadero profesional del delito;

E).- Delincuente ocasional, en los que el delito es un hecho esporádico, sin relación con los caracteres y los hábitos del sujeto.

Define los delitos como las acciones punibles determinadas por móviles individuales y antisociales que perturban las condiciones de vida y contravienen la moralidad media de un pueblo en un tiempo y lugar determinado. Formula la tesis de la saturación criminal, dada una serie de elementos determinados, se puede precisar el número de delitos que se cometerán en un lugar y tiempo determinado.

Enrique Ferri, bautizó a todo el pensamiento penal anterior a Lombroso con el nombre de Escuela Clásica, en el discurso de 1880, "los nuevos horizontes del Derecho y procedimiento penal", en la Universidad de Bolonia, en la cátedra de su maestro Piero Ellero que el cedió a pasar a la Corte de Casación en Roma".¹⁸⁸

¹⁸⁸ RLYNOSO DÁVILA, Roberto. Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología, Op cit. P. 87.

Manifiesta Enrique Ferri que la Escuela Positiva, su denominación no deriva de que siga un sistema filosófico sino por el método de observación y experiencias que aplica el estudio de los problemas de la criminalidad.

Señala José Sáinz Cantero que "Otro de los discípulos de la cátedra de Lombroso es Enrique Ferri, llegado a ella en el mismo año que Garófalo. Ha sido, como dice Grispigni, el sistematizador, animador, defensor, divulgador y realizador de la escuela. La primera aportación que hace al matrimonio ideológico del positivismo criminológico es su conocida tesis sobre la negación del libre albedrío. La expone en su libro "La teoría de las imputabilidad y la negación del libre albedrío". Enfrentándose así a los clásicos en uno de sus más firmes postulados".¹⁸⁹

Además de esta aportación, Enrique Ferri traza las líneas fundamentales de la escuela, reuniendo en su sistema orgánico y completo, las ideas enunciadas por Lombroso y Garófalo. Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento Penal, donde se señalan el método a aplicar, el área en que deben ser investigadas las causas del fenómeno criminal, las características que ha de reunir la pena para servir a los fines de defensa social, y se sugieren incluso los medios indirectos para prevenir la delincuencia, puede ser considerado como la partida de nacimiento de la nueva escuela.

Al respecto también, señala Miguel Ángel Cortés Ibarra que "Enrique Ferri, miembro distinguido de esta escuela, concibió al hombre como elemento orgánico de la sociedad, la cual le impone sanciones a todos aquellos sujetos que alteran el orden quebrantando fundamentales valores colectivos, de aquí deriva su concepto de responsabilidad social.

El hombre es responsable de su acción por el sólo hecho de vivir en sociedad. Este nuevo concepto substituye al de responsabilidad moral, negando también su fundamento (libre albedrío) siguiendo las consignas del determinismo filosófico,

¹⁸⁹ SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Parte General, Op cit. P.135.

afirmó que las acciones del hombre, buenas o malas, son siempre el producto de su organismo fisiológico y psíquico y de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive.

Ferri modifica la doctrina de Lombroso, al estimar que si bien la conducta humana se encuentra determinada por instintos heredados, también debe tomarse en consideración el empleo de dichos instintos y ese uso está condicionado por el medio ambiente, consideró a la pena como reacción de la sociedad contra el delito cometido, debiendo ser proporcional no al daño causado sino a la peligrosidad de su autor.

Otro de los grandes autores de esta escuela positivista fue Rafael Garófalo y al efecto Argibay Molina señala que "Rafael Garófalo, nació, en Nápoles en 1851, descendiente de una antigua familia española establecida en Sicilia hacia el Siglo XIV. En 1934, a los veinte años ingresó a la Magistratura llegando a ser Procurador del Reino. Fue un aristócrata. Un noble que lució toda su vida su título de Barón con orgullo.

Se preocupó por fijar la noción de lo que llamaba "delito natural" y lo definió como la violación de los sentimientos de piedad y de probidad en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. Manifestó preferencia por las causas endógenas de la criminalidad y caracterizó al delincuente por padecer anomalías morales, ausencia o desviación del sentido moral, y somático.

El delito no es nunca efecto directo e inmediato de causas exteriores; existe siempre en el individuo; es siempre la revelación de una naturaleza degenerada, sean cuales fueren las causas antiguas o modernas de semejante degeneración.

No existe el delincuente fortuito y no sería exacto decir que cada delito, examinado singularmente, sea efecto de causas orgánicas individuales, de causas físicas exteriores o de causas sociales.

Atendiendo a la definición del delito natural, o sea el delito en sí, independientemente de los caprichos del legislador, diferenciándolo de lo que llama delito legal, clasifica a los delincuentes en los siguientes grupos.

A) - Delincuentes privados del sentimiento de piedad. Los asesinos:

B) - Delincuentes privados del sentimiento de probidad. Los ladrones:

C) - Delincuentes privados de ambos sentimientos de piedad y de probidad los violentos, los salteadores de caminos:

D) - Delincuentes cínicos. Los delincuentes sexuales.

Aboga por la aplicación de la pena de muerte en gran escala, a la manera de verdaderas hecatombes, a fin de conseguir el efecto de selección humana. Justifica la pena de muerte porque la piedad se siente hacia el semejante y el criminal no es un semejante al honrado: las acciones humanas no son piadosas o crueles en si mismas si no dependen del móvil que las guía y así como nadie calificará de impiedad o crueldad al cirujano que realiza una amputación para salvar la vida, tampoco se calificará de crueldad al legislador ni al Magistrado, que aplican la pena de muerte en beneficio de la defensa social.

Justificó la eliminación de los incorregibles y la constricción a la reparación del daño.

No admite la reclusión perpetua, no se explica por que los ciudadanos y por consecuencia, las familias mismas de las víctimas hayan de pagar un aumento de impuestos a fin de dar albergue y alimento a los enemigos irreconciliables de la sociedad. Elabora la teoría de la temibilidad, que varió de denominación convirtiéndose en peligrosidad, la que define como "la perversidad constante y

activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente:

En Turín en 1885 publicó su obra *Criminología* en la que sostiene que «a los ojos del pueblo los códigos, los procedimientos y el mismo poder judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger el criminal».¹⁹⁰

Entre los discípulos que la creciente fama de Lombroso agrupa en torno a su cátedra, figura Rafael Garófalo quien aporta a la escuela su profundo conocimiento del Derecho, que sirve para plasmar en fórmulas jurídicas, asequibles a teóricos, las nuevas ideas. Este conocimiento jurídico faltaba, en el período de iniciación de la tendencia positiva, no sólo a Lombroso sino también a Ferri que, aunque más tarde realizará una grandiosa elaboración jurídica, era entonces mero filósofo del derecho.

Garófalo, otro gregio representante de la Escuela Positiva, distinguió el delito natural del delito legal. Entendió por el primero, la violación a los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida media indispensable para la adaptación del individuo a la colectividad.

Concibió al delito artificial, como toda conducta violatoria de la ley penal y que no es lesiva a aquellos sentimientos. Consideró que el delincuente es un inadaptado social por ausencia o desviación del sentido moral. Creó la noción de temibilidad, perversidad constante y activa del delincuente y cantidad del mal previsto que hay en temer de él.¹⁹¹ Señala Miguel Ángel Cortés.

Rafael Garófalo formuló la teoría de la temibilidad del delincuente, substituyéndola al concepto de responsabilidad moral de los clásicos y pretendió establecer el concepto del delito natural, como fenómeno social.

¹⁹⁰ ARGIBAY MOLINA, José F. *Derecho Penal Parte General II*. Op cit. P 88-90.

¹⁹¹ CORTEZ IBARRA, Miguel Ángel. *Derecho Penal Parte General*, Op cit. P.10.

Señala Fontán Balestra que "Los principios fundamentales de la escuela Positiva son los siguientes:

A).- El verdadero vértice de la justicia penal es el delincuente, y el delito no es un síntoma revelador de su estado peligroso;

B).- La pena, no como castigo. Sino como medio de defensa social. debe estar proporcionada y ajustada al estado peligroso y no a la gravedad objetiva de la infracción,

C).- El método es el inductivo, experimental:

D).- El delincuente es biológica y psíquicamente un anormal;

E).- El delito es un fenómeno natural y social producido por el hombre; la voluntad humana está determinada por factores físicos, psíquicos y sociales y la responsabilidad penal no se apoya en la imputabilidad moral sino en la responsabilidad social:

F).- La pena tiene eficacia restringida, importa más la prevención que la represión de los delitos y, por tanto importan más las medidas de seguridad que las penas mismas.

G).- La pena debe ser fijada en forma indeterminada por el juez y tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles".¹⁹²

Los fundamentales postulados de la Escuela Positiva, siguiendo el orden utilizado para señalar los de la Clásica, son;

¹⁹² FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal. Penas y Medidas de Seguridad. Op cit. P. 244.

El Derecho.- Para la escuela positiva, el Derecho es un producto social lo mismo que otras manifestaciones de la vida humana asociada. Esta concepción, adecuada al método empleado, no permite dar al Derecho un contenido distinto del que resulta de las fuentes legislativas, y hace innecesaria la investigación de su origen primero.

El Derecho Penal.- es también un producto social, obra de los hombres. La ley penal tiene su origen en la necesidad evidente de la vida asociada, y representa el poder soberano que el Estado ejercita, como derecho y deber impuesto por aquella necesidad. La razón de la justicia penal es la defensa social, entendida como defensa del Estado.

El Delito.- De lo que se acaba de apuntar, resulta que, para la escuela positiva, el delito es tanto un fenómeno jurídico como un ente fáctico. Debe contemplarse en ambos aspectos, pues unos y otros, si no se integran, resultan insuficientes.

Esquemáticamente, la Escuela Positiva se sintetiza en los siguientes principios básicos y que según Miguel Ángel Cortés Ibarra son los siguientes:

*1.- El método es el inductivo experimental.

En contra de la Escuela Clásica. Empleó el método propio de las ciencias naturales,

Según el positivismo, todo el pensamiento científico debe descansar precisamente en la experiencia y en la observancia, mediante el uso del método experimental, pues de lo contrario las conclusiones no pueden ser consideradas exactas, la ciencia requiere, de modo necesario, partir de todo aquello que sea capaz de observarse sensorialmente.

2.- La justicia penal mira al delincuente y no al delito:

El delincuente revela su peligrosidad social en el delito cometido. El criminal en su contextura antropofísica y psíquica.

3.- Niega el libre albedrío y la imputabilidad moral.

El hombre carece de libertad de elección. Sus actos se encuentran determinados por factores antropológicos, físicos y sociales. La responsabilidad penal se funda en el simple hecho de vivir en sociedad, la responsabilidad moral. Por lo tanto, los infantes en general responden penalmente de sus actos ante el Estado.

4.- El delito es un fenómeno natural y social;

Ostenta este carácter, desde el momento que sus causas se encuentran en el orden biológico, físico y social.

5.- La pena tiene por fin la defensa de la sociedad,

Mediante la aplicación de la pena, la sociedad se defiende, de los delincuentes que quebrantan su orden. Como medio, la pena debe ser adecuada para lograr la resocialización de los delincuentes readaptables. Acepta que son más importantes las medidas de prevención, que la aplicación de la propia sanción.

6.- La pena debe ser proporcional al estado peligroso y no al daño causado.

Rompe con el principio de la Escuela Clásica, de adecuar la sanción a la magnitud del daño causado por la acción delictiva. El juez conforme a este nuevo principio, tendrá amplias facultades en la aplicación de la pena con el objeto de que ésta quede perfectamente individualizada".¹⁹³

Según Ricardo Abarca, podemos sintetizar en los siguientes puntos sus principios:

¹⁹³ CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel. Derecho Penal Parte General, Op cit. P.12.

*1.- El Derecho Penal no debe fundarse en el principio de la justicia absoluta que es una abstracción del pensamiento humano, sino en el hecho social de la defensa de la colectividad frente a las agresiones de los delincuentes.

2.- El delincuente, (considerado por los clásicos como una unidad humana, libre en su voluntad, ilustrado en su razón dotado de sentimientos, uniformes y de los mismos derechos), es en realidad un individuo anormal, a quien impulsan el delito y sus tendencias, originadas por múltiples factores, de manera que constituyen un elemento antisocial por su potencialidad para la comisión de delitos en el futuro.

El delito es solamente la ocasión que revela la peligrosidad del delincuente, De aquí resulta que el delito deja de ser el meollo de la ciencia del Derecho Penal, que debe girar en torno del delincuente.

3.- Puesto que el Derecho Penal no se funda en la justicia absoluta ni en la idea de la venganza, sino en la necesidad de la defensa social, la pena no debe ser castigo de la infracción cometida, sino medida de defensa social que tienda a evitar la comisión de delitos futuros.

4.-La pena debe estar en proporción con la peligrosidad del delincuente, porque sólo así se satisfacen los fines de defensa social a que nos hemos referido antes; la proporción entre el delito y la pena se aplica para fines de retribución o de castigo, pero no de defensa.

5.- La función judicial no consiste en una aplicación automática de la pena, sino en el estudio científico del delincuente, de su peligrosidad, móviles, fines, antecedentes, etc. Lo que aproxima a una labor de profilaxis social".¹⁹⁴

¹⁹⁴ AHARCA, Ricardo. El Derecho Penal en México. Op cit. Pp. 94,95.

3.3. ESCUELA ECLÉCTICA.

Una vez explicadas las dos anteriores escuelas, es necesario señalar que a consecuencia de las polémicas que surgieron en las dos escuelas anteriores, es decir, la clásica y la ecléctica, surgieron diversas tendencias de tipo ecléctico, que el diccionario enciclopédico define como "ecléctico: relativo a eclecticismo: escuela ecléctica. Y a su vez eclecticismo quiere decir: método que consiste en reunir lo que parece más valioso en varios sistemas filosóficos para formar una doctrina".¹⁹⁵

Por lo que ésta escuela deja guiarse por la experiencia y lo mejor de las dos escuelas ya mencionadas, y pretende fundar sistemas prácticamente útiles, capaces de influir de modo efectivo en la formación de un nuevo Derecho Penal codificado.

Señala Gustavo Labatut Gléna que " en éstas, en efecto, frente al desarrollo completo de la escuela clásica y de las iniciaciones de la escuela positiva, el eclecticismo sólo puede ser un a priori, ya que pretende determinar la resultante de dos corrientes, de las cuales, la última está lejos de haber conseguido su completa expansión; debe ser por ello, y es efectivamente arbitrario y siempre provisional, en razón a que la resultante debe de cambiar de sitio a cada desenvolvimiento ulterior de la nueva corriente científica.

Si por otra parte el eclecticismo se produce después que las corrientes han realizado su ciclo, es perfectamente inútil que los hombres de estudio se empeñen en determinar por sí mismos la resultante, puesto que ésta se determina mejor y más seguramente de un modo espontáneo, por un trabajo natural".¹⁹⁶

¹⁹⁵ GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse, Edic. 1997. Edit. Larousse, P. 280.

¹⁹⁶ LABATUT GLÉNA, Gustavo. Derecho Penal Tomo I, Parte General, Op cit. P. 25.

Uno de los países más destacados en esta escuela es Italia en el que se vio aparece una tercera escuela que se apoyó principalmente en tres puntos fundamentales que son: 1.- el respeto a la personalidad del derecho civil penal; 2.- causalidad y no fatalidad del delito, y como consecuencia, exclusión del tipo criminal antropológico; y 3.- reforma social, como deber del Estado en la lucha contra el delito.

Ahora bien, dentro del eclecticismo italiano Luis Cousiño señala que "Con el nombre de Terza Scuola, dos juristas italianos, Atilio Carnevali y Bernardino Alimena, sostuvieron la autonomía del derecho penal, diciendo que debía segregarse de la sicología criminal. Negaron la existencia del criminal nato, así como del libre albedrío y fundaron la responsabilidad en la intimidabilidad de los criminales. Fieles a la máxima de que más vale prevenir que castigar, aceptaron los medios de lucha preventivos en contra del delito preconizados por los positivistas."¹⁹⁷

Del anterior párrafo, el autor Gustavo Labatut, señalando a Jiménez de Asúa casi coincide en la totalidad de los preceptos que señala Luis Cousiño, por lo que en obvio de inútiles repeticiones, nos concretamos a decir que sus argumentos coinciden casi en la totalidad.

Al respecto opina otro ecléctico sobre el tema de si era necesario la aparición de una nueva escuela en Italia, Tarde era ese ecléctico, el cual consideraba que en aquellas épocas en donde la denominada tercera escuela aun estaba en un periodo de nacimiento, no debía entretenerse en inútiles polémicas sobre el punto de si se trataba realmente de una tercera escuela que se abría sobre la tierra fecunda de Italia, pero pensamos que para que realmente se forme una escuela es necesario tener bien claro lo que se piensa hacer y no lanzarse sin saber lo que se está haciendo.

¹⁹⁷ COUSIÑO Mac Iver. Derecho Penal Chileno Parte General Tomo I, Op cit. P.69.

Señala Jiménez de Asúa que "Beccaria es el verdadero fundador del eclecticismo italiano al que vuelve Carmignani. En estas doctrinas de Italia se hallan invertidos los componentes del derecho de penar, si se contempla la doctrina francesa.

El derecho de castigar tiene por fundamento la necesidad política de la conservación social: la ley moral sólo funciona como límite y criterio mesurador.

Según Carmignani el derecho de penar no se funda sobre la justicia moral, sino sobre la necesidad política, entendida como "necesidad de hechos". Quienes presumen. De derivar la pena de los principios de justicia absoluta, tienden sin duda hacia lo alto, pero pueden ser equiparados a los que caminan en zancos.

Los delitos sólo se penan para impedir que sea perturbada la seguridad a la cual tienden los hombres por medio del estado social. Dadas las pasiones y la concupiscencia, de que el delito es oriundo, es preciso encontrar un medio válido para inducir a los delincuentes a abstener de sus malvadas acciones y un medio tal no puede hallarse más que en la naturaleza misma de las causas que impulsan a delinquir.

Estando los hombres hechos de suerte que temen al dolor más que al placer que buscan, se comprende que el dolor sea un medio apto para apartarles del delito. De aquí que la pena no sea otra cosa que "obstáculos políticos" contra el mismo. Las acciones delictivas no se penan porque hayan sido cometidas, sino para que no se cometan otras".¹⁹⁶

Pero no se piense que solamente existió la escuela ecléctica italiana, también existió la francesa y la alemana y a continuación tocaremos esos puntos .

Señala Jiménez de Asúa que el eclecticismo alemán "Ya Mittermaier- secretario de Feuerbach, procuró armonizar las teorías retributivas con las de prevención.

¹⁹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo II, Op cit. P. 53,54.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

Modernamente, Max Ernesto Mayer uno de los más egregios tratadistas de Alemania expone las teorías mixtas; pero en definitiva no consigue evitar la concurrencia de ambos conceptos; la justicia sirve para explicar y justificar la pena desde el punto de vista filosófico: pero la prevención especial se utiliza en referencia al modo cómo debe castigarse, es decir como programa ejecutivo de la pena.

Aunque Eugenio Florián cree que las más variadas teorías mixtas florecieron en Alemania, lo cierto es que Merkel y sus secuaces (como Liepmann), más que representantes de las doctrinas eclécticas de tipo clásico, lo son de una tercera escuela alemana¹⁹⁹.

De esta escuela ecléctica alemana es de resaltar la escuela denominada Político-Criminal, que especialmente debe al jurista alemán Franz von Liszt, dice que el delito es un fenómeno natural, social y jurídico a la vez pero que el derecho penal y la sociología criminal son dos ciencias distintas, no cree en el libre albedrío y sostiene que la responsabilidad hay que fundarla en la normalidad psíquica de los delinquentes, piensa que deben subsistir, conjuntamente, las penas y las medidas de seguridad para la lucha en contra de los criminales y los sujetos peligrosos., en lo que Gustavo Labatut coincide en la totalidad con los conceptos descritos.

Como se puede observar fue una época en donde también en Francia se dio la tendencia por la escuela ecléctica, de la que el autor Gustavo Labatut señala que "Ya el filósofo francés Victor Cousin puso el principio de justicia por encima de todo, pero contempló los efectos utilitarios.

Existe, escribió en su traducción de las obras de Platón, una ley de orden moral; observarla, significa ser virtuoso, y observarla en cuanto se refleja en la sociedad, es ser justo. Quien la viola, debe expiar su falta y esto sólo puede hacerse

¹⁹⁹ *Ibidem*. P. 55.

sufriendo la pena . Ahora bien, aunque el derecho penal sólo se basa en el principio de justicia, tiene como consecuencia la utilidad individual y social,

Estas afirmaciones dieron lugar a una serie de debates y culminaron en la disertación del duque de Broglie, aparecida en la Pevue Francaise del 28 de febrero de 1828, en la que afirmaba, como resumen, que la penalidad es un hecho complejo constituido en parte por la expiación y en parte por el derecho individual de legítima defensa, ejercido por la sociedad.

Inspirándose en estas enseñanzas de Cousin y de Broglie, como en las de Guizot y Lucas. Pellegrino Rossi, de nacionalidad italiana, pero naturalizado francés puso como fundamento del Derecho de penar, la ley moral dictada al hombre por su propia conciencia que le hacía responsable de las infracciones perpetradas; pero, puesto que el hombre vive en sociedad y es un ser sociable, el Derecho penal que tiene en la ley moral su fuente, halla como límite y medida de utilidad social.

A Rossi le siguió Adolfo Franck, pero va mucho más lejos en cuanto a la identificación del derecho de penar con la conservación de la sociedad. La doctrina de Rossi constituyó la *Communis opinio* de la escuela francesa, con Trebutien, Ortolán, Moliner, etc. Y en España influyó en Pacheco.

En cambio Haus en Bélgica, defiende el equilibrio de los dos principios de justicia y de utilidad en tanto que Chauveau y Hélie más bien se inclinan al eclecticismo italiano de Carmignani, aceptado ya en lo sustancial por Tissot. Los modernos franceses, como Garraud. Son más bien representantes del neoclasicismo²⁰⁰.

Hay otro tipo de escuela, conocida como la escuela dualista o tendencias dualistas sostienen que deben coexistir, paralelamente, el Código Penal, destinado al castigo de los delincuentes, y el Código Preventivo, que contenga las medidas de seguridad y otros medios de lucha en contra de los antisociales.

²⁰⁰ LABATUT GLENA, Gustavo. Derecho penal. Tomo I Parte General, Op cit. P. 52.

Otra escuela es la denominada escuela Técnico-Jurídica, en la cual forman Binding Rocco y Manzini, que estipulan que es necesario depurar el derecho penal tanto de la filosofía de los clásicos como de las consideraciones biosociológicas de los positivistas, que le han quitado su pureza y autonomía.

En verdad, esta escuela representa una tendencia neo-clásica porque aunque niega el libre albedrío, funda la imputabilidad en la normalidad psíquica del delincuente, de tal manera que aquellos que no poseen la capacidad de entender y de querer, no son responsables, por ser inimputables.

Además sostiene que el delito es un fenómeno jurídico, no obstante que otras ciencias también se preocupen de su estudio. Por último cree que el llamado derecho penitenciario es parte del derecho administrativo, al igual que las medidas de seguridad.

En cuanto al Neo Positivismo, es una importante tendencia que se advierte en Florián y Grispigni, quienes trataron de dar mayor acentuación jurídica a sus doctrinas positivistas y defendieron la autonomía del derecho penal, En Italia quedan actualmente varios adeptos como, Alfredo de Marisco, Raoul Frosali, Arturo Santoro, Silvio Ranieri, y otros. También en Alemania la concepción sintomática, del delito, preconizada por Tesar y Kollmann puede considerarse como dentro de esta escuela, pues ha impreso un marcado sello de dogmatismo a sus postulados.

3.4 TEORÍA ABSOLUTA.

Al respecto podemos decir, que son muchas las teorías que se han expuesto en torno a este tema, pero no todas siguen las misma orientaciones sino que, diversificando sus puntos de vista, se enrolan en distintas tendencias.

Las pautas seguidas varían en el aspecto formal, pero en el de fondo siempre yace la distinción tradicional que es la que rechaza otro tipo de clasificaciones propuestas.

Aquellas que distinguimos como tradicionales son las que apoyan su base en la fórmula conocida desde Séneca que versa así: se castiga porque se ha pecado, o la que se opone al decir se castiga para que no se peque, en torno a las cuales se agrupan teorías que se distinguen como absolutas para la primera fórmula y relativas para la segunda, ésta última la estudiaremos en el siguiente capítulo.

Ahondando en la distinción, la síntesis de la misma está en el hecho de que para la fórmula Séneca, la pena aparece inevitablemente como consecuencia directa de la comisión del delito que obra, de ese modo, como causa. Casi podría decirse que la pena es justa por esa inevitabilidad frente a la realidad del ilícito.

Tomando esta clasificación que para nosotros es la que resulta más clara, lo cierto es que la sectorización de las distintas teorías en cada uno de los polos no es uniforme para los diferentes autores y es así como se las ve pasando por turno de una u otra categoría y ello encuentra la explicación en la circunstancia de que es difícil dividir una pena que se agote en sí y por sí, sin ver, al mismo tiempo, que ella cumpla una finalidad.

Pero adentrándonos en el tema que nos ocupa, es decir, la teoría absoluta, al respecto José F. Argibay Molina señala que " las doctrinas que militan dentro de este grupo ofrecen como nota saliente la de ser especulaciones preeminentemente abstractas de fuerte substratum filosófico, en todas las cuales, la pena se agota en sí misma sin perseguir una finalidad ulterior.

Como que ella misma es un fin y da origen a una subdivisión de doctrinas según que la actuación de la pena, se enfoque desde uno u otro punto de vista. Así, si se parte como base, de la existencia de un orden preestablecido, el cual es destruido

por el delito, según se atribuya a aquél: carácter religioso, moral, estético o jurídico, surgirán las teorías que consideran a la pena como una retribución leñida de uno u otro de los caracteres citados, según sea la base de la doctrina.

Si en vez de considerar está teoría al delito como algo irreparable, como ocurre por parte de las teorías retributivas, se admite la posibilidad de una restauración o cancelación, aparece la teoría de la reparación, en la que la pena es admitida como único medio para alcanzar tal fin, el que desde luego, se mueve dentro de un campo total y absolutamente abstracto.

En síntesis se puede decir que el delito produce ruptura del equilibrio preestablecido; la pena se impone para restablecerlo y ello encuentra su razón de ser, lo cual es lo que le confiere carácter de justa. A lo que varios autores consideran que ese restablecimiento puede ser por dos causas, es decir, por una reparación o por una retribución, que más adelante trataremos en este trabajo de investigación.

Retomando las ideas anteriores, se han distinguido las teorías que tratan de justificar la pena, en absolutas y relativas, según que ellas constituyan un fin en sí mismas o un medio tendiente al logro de otros fines.

Y se agrega que las teorías mixtas, son las que distinguen en la pena ambos aspectos. El autor Sebastián Soler se preocupa por señalar que es necesario no atribuir a estas clasificaciones un valor absoluto, pues no tienen otro alcance que el de agrupar pensadores que no siempre han constituido escuela, ya que, dentro de la misma escuela, también hemos de hallar autores que discrepan en cuanto a la teoría de la pena.

Para las teorías absolutas la pena constituye una consecuencia necesaria e ineludible del delito, al que sigue como la sombra al cuerpo. La razón de ser de la aplicación de una pena estará dada, entonces, por la sola comisión del delito.

Dentro de las teorías absolutas, Binding ha distinguido la teoría de la reparación, de las teorías de la retribución".²⁰¹ Y como ya se señaló, de las demás teorías nos ocuparemos posteriormente.

Ahora bien, si se parte de una teoría absoluta de la pena, en la que la sanción es un fin en sí mismo, no es posible considerar los fines de la pena como un punto de referencia objetivo. Por lo tanto, el sistema de la teoría del delito se deberá apoyar en la esencia del delito como acción humana que infringe una norma y requiere una pena justa.

Ello da lugar a los sistemas ontologicistas, que deberán recurrir al objeto de las normas y a su naturaleza pre-jurídica para determinar el contenido de los conceptos del sistema, pues la esencia del conocimiento no es la producción del objeto, sino la aprehensión de un ser previo e independiente del objeto conocido.

Exponentes de este punto de vista, son los conocidos sistemas de causalismo y del finalismo, que difieren, en realidad, no en el método, sino en la concepción de la configuración de un concepto ontológico de acción. El causalismo se fundamenta en una identificación de la acción humana con sus aspectos causales naturales, mientras el finalismo considera la acción humana en un contexto social en el que la significación de la misma adquiere una especial relevancia.

Dicho de otra manera, la teoría final de la acción no aceptó la identificación de la sociedad con una serie de relaciones causales entre actos humanos y objetos u otras personas que proponían los defensores de la teoría causal.

Señala Enrique Bacigalupo que "una primera respuesta a esta cuestión corresponde a las llamadas teorías absolutas. La pena será legítima, según ellas, si es la retribución de una lesión cometida culpablemente. La lesión del orden

²⁰¹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo II, Op cit. P. 965.

jurídico cometida libremente, presupone un abuso de la libertad que es reprochable, y por lo tanto, culpable.

El fundamento de la pena será exclusivamente la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas en consecuencia, legitiman la pena si ésta es justa. La pena necesaria, para estas teorías, será aquella que produzca al autor un mal (una disminución de sus derechos) que compense el mal que él ha causado libremente.

La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo es legítima la pena justa, aunque no sea útil. De la misma manera una pena útil, pero injusta, carecerá de legitimidad.

Los representantes más caracterizados de esta concepción son Kant y Hegel.

Contra las teorías absolutas (o de la retribución) se argumenta básicamente que las penas:

a) carecen de un fundamento empírico y son, por lo tanto, irracionales, y b) que la suspensión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito.

A favor de las teorías absolutas se puede sostener, sin embargo, que impiden la utilización del condenado para fines preventivos generales, es decir, para intimidar a la generalidad mediante la aplicación de penas al que ha cometido un delito (finalidad para cuya realización la pena no necesitaría guardar relación de proporcionalidad con la gravedad del mismo) y que, por tanto no deben de estar condicionadas por la tendencia general a delinquir a la que el autor del delito es ajeno. En otras palabras, impiden sacrificar al individuo a favor de la generalidad.

En la actualidad las teorías absolutas sólo pueden ser defendidas sobre estas bases, es decir, por su sentido limitador de la gravedad de la pena aplicable sin

ninguna consideración de sus consecuencias sociales, por el contrario, choca con el sentimiento jurídico moderno".²⁰²

La teoría de la pena, estriba en que se debe inferir un mal al que un mal ha causado; en este contexto encontramos la milenaria "ley del talión", expresión histórica de la venganza privada y pública. Más moderadamente este criterio se identifica con la llamada teoría absoluta de la pena, uno de cuyos expositores fue el filósofo Kant que en su trabajo sobre "la metafísica de las costumbres" desarrolla las tesis de la libertad del hombre y la necesidad de un Estado que asegure una convivencia feliz entre los seres humanos, donde, quien viole la ley debe ser castigado conforme a ella según la determinación de los tribunales. "si el criminal ha cometido un homicidio, también él debe morir. Una muerte pronunciada por la justicia y separada de toda clase de malos tratos. Deben ser castigados a muerte todos los asesinos... Así lo demanda la justicia.

A la teoría Reparatoria, se le designa también como "teoría del dolor" o de la "expiación", lo cual se aviene a su propia esencia. Expuesta originariamente por Kohler, considera que la realidad del delito denota un mal que tiene mayor relevancia en el sujeto mismo que lo cometió, en cuanto a su propia voluntad un verdadero mal determinado por motivos inmorales; es por ello que se dice que "la voluntad libre que se dirige contra los mandatos sociales cae en culpa".

Esta situación del sujeto determina la necesidad de purificarlo mediante la expiación, función que cumple la pena por medio del dolor que ella representa. Es decir, se aspira a destruir la verdadera fuente del mal y en ello consiste la reparación que llevará a la recuperación del equilibrio del orden social. Por esta razón es que en todos los casos de delito, la imposición de la pena es imperativamente necesaria, lo cual afilia esta teoría a las filas de la absoluta.

²⁰² BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General, Op cit. Pp. 9 y 10.

La purificación de la voluntad del delincuente puede serlo de muchas maneras, pero siempre por el dolor. Ahora bien, la forma en que se instrumente en el derecho positivo dicho objetivo, es lo que pone de manifiesto la crueldad a que puede arribar esta postura doctrinaria. El régimen nacional-socialista se encargó en su hora de resaltarlo, pues contrastando con la época moderna en la que el régimen carcelario progresivo que se caracteriza por la paulatina y gradual benignidad del sistema hasta arribar a la liberación que es sinónima de reinserción social útil del sujeto, reguló la pena como gradual aumento en el dolor, de modo tal que produzca una purificación para toda la vida.

De ese modo es que se esmeró en imponer un trabajo agotador y desmoralizante (todo lo contrario de lo propugnado por la moderna doctrina), lo cual se conecta con descansos exigüos y mala comida.

Los autores de esta teoría y sus realizadores positivos nacional-socialistas creyeron que la moralización por el sufrimiento como voluntad divina, según afirman, era función que ellos debían cumplir y así aquí en la tierra, se sustituyeron a Dios pero por medios infrahumanos.

A diferencia de este planteo, Welker dirige la reparación no a la causa generadora del delito sino a los efectos que éste produce. La conducta delictiva introduce la incertidumbre en el sentimiento de seguridad jurídica, en cuanto a que al orden que ella ampara, se le oponen el mal ejemplo, el desprecio a las leyes y, en general, el sometimiento al propio interés de los intereses de los demás.

Todo ello, al trastocar el referido sentimiento, genera un daño ideal que se erige en primordial efecto del delito. Ello es precisamente lo que constituye el objeto a reparar por la pena, que hace de este daño y su resarcimiento, una de las finalidades del Derecho Penal. Así como el civil lo cumple respecto del material.

Engloba esta teoría dentro del grupo de las absolutas, la circunstancia de que en todos los casos la pena debe imponerse, porque en todos el delito perturba ese sentimiento de seguridad pública, Perturbación que se enjuaga por la sanción, la que por ello satisface su finalidad en sí misma.

Retributivas, son las que por distintas formas, dentro de este grupo presentan las doctrinas, según que el enfoque se realice desde un punto de vista religioso, moral, jurídico, estético o vindicativo que son los que a su vez, como se adelantara, sustentan el orden vigente socialmente.

En todos los casos la ruptura del orden trae necesaria e ineludiblemente aparejada la pena, por cuanto es ella el medio idóneo de restablecerlo, de ahí su inevitabilidad de la cual se deriva su justicia.

Para la teoría de la reparación, el delito es susceptible de satisfacción y la pena es el único medio de lograrlo. Viendo en el delito más la voluntad determinada por hechos exterior, es la pena expia y purifica la voluntad inmoral que generó el crimen.

Las teorías de la retribución parten en cambio de la idea de que el delito es un mal en sí mismo irreparable. Se las distingue según que acuerden a esa retribución un fundamento religioso-político, moral o jurídico.

Para la teoría de la retribución divina, el Estado es la exteriorización terrena de un orden querido por Dios, apareciendo la pena como el medio en virtud del cual el Estado vence a la voluntad que, al delinquir, se sobrepuso a la ley suprema, mostrando así el predominio del derecho.

La teoría de la retribución moral ha sido expuesta por Kant para quien, en la idea de nuestra razón práctica, la trasgresión de la ley moral es algo digno de pena, siendo esencial que en toda pena haya justicia. Por eso expresa que "la ley penal

es un imperativo categórico y desdichado el que se arrastra por el tortuoso sendero del eudemonismo, en busca de algo que, por la ventaja que promete, desligue al culpable, en todo o en parte, de la pena, conforme al farisaico principio electivo.

"Es mejor que muera un hombre que todo el pueblo". Cuando perece la justicia, no tiene sentido que vivan hombres sobre la tierra. El principio de la razón práctica lo lleva a la equiparación de males, lo que concluye en la fórmula clásica del talión, según la cual quien mata, debe morir.

La teoría de la retribución jurídica encuentra su máximo exponente en Hegel, para quien el delito no constituye la destrucción del Derecho, sino una mera apariencia de destrucción. La pena constituye el restablecimiento del Imperio Inatacable del Derecho.

3.5 TEORÍA RELATIVA.

Se acostumbra tradicionalmente distinguir entre teorías absolutas y teorías relativas del Derecho Penal. Las teorías absolutas determinan la relación existente entre el hecho cometido y la pena con arreglo a un fundamento dado a priori, el cual existe independientemente de los fines de la pena, esto es, en sentido absoluto frente a estos.

Las teorías relativas, en cambio, consideran a la pena en sentido relativo en sus relaciones con fines determinados por ella perseguidos, de los cuales deduce la legitimidad

Esta teoría considera que la pena no es un fin en sí misma, sino que tiene un fin. Es un medio necesario para la seguridad social o la defensa social, que es lo que da sentido a la represión. Pero las diversas doctrinas enmarcadas dentro de las

teorías relativas, difieren considerablemente acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa para obtener aquella finalidad.

También se puede decir, que la teoría relativa considera a la pena en sentido relativo en sus relaciones con fines determinados, por ella perseguidos, de los cuales deduce su legitimidad, es decir la máxima de esta teoría es el hecho de que se debe castigar a fin de evitar hechos punibles futuros.

Señala Sebastián Soler que "a diferencia de las doctrinas absolutas, éstas no consideran a la pena desde el punto de vista estricto de la retribución, y como algo justificado en sí y por sí mismo. La pena no es un fin sino que tiene un fin. Su justificación no se encuentra, pues, en ella misma, sino en otro principio, esta distinción proviene del diálogo de Protágoras, y Platón la atribuye al sofista: "porque nadie castiga a un hombre malo sólo porque sea malo, a no ser que se trate de alguna bestia feroz que castigue para saciar su crueldad.

Pero el que castiga con razón, castiga, no por faltas pasadas que puedan sobrevenir, sino para que el culpable no reincida y sirva de ejemplo a los demás su castigo

Presentando las cuestiones con el esquematismo inevitable es esta clase de síntesis, podría decirse que en toda teoría relativa, la pena no se explica por un principio de justicia, entendida ésta en el sentido del equilibrio o retribución, sino que la hace justa su necesidad social.

La pena es un medio necesario para la seguridad social. la seguridad social es lo que da sentido a la represión; ésta en consecuencia, no mira al delito como causa de la pena, sino como ocasión de aplicarla: no se aplica quia peccatum est sino ne peccetur".²⁰³

²⁰³ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P. 324.

Pero si bien la finalidad de la pena es siempre la seguridad social, no habiendo en la pena una necesidad intrínseca y única, las doctrinas divergen considerablemente acerca de la interpretación del modo en que la pena actúa para el logro de aquella finalidad, y acerca de que el modus operandi de la pena sea único, o de que a ésta deban acordárseles efectos diversos y concurrentes.

Tenemos la opinión de que esta teoría fácilmente se comprende que ha adquirido desarrollo, principalmente a partir de la teoría social contractualista que más adelante se verá.

Ahora bien en esta teoría hay que señalar desde las opiniones de los autores que datan desde sus orígenes, por lo que José F. Argibay Molina señala que " las instituciones están al servicio del hombre para que él pueda alcanzar su mejor realización en la tierra.

De esa manera la abstracta especulación que se encamina hacia la consideración exclusiva del ordenamiento con vigencia superior, pero vacíos de contenido humano, no puede tener vigencia por los menos privativa.

No se trata de considerar al hombre como un medio, ni degradarlo por esa vía como críticamente se sostuvo por los partidarios de las teorías absolutas morales, valiéndose en su argumentación de la conocida sentencia farisaica sintetizada en la afirmación de que era necesaria la muerte de un hombre para que se salvaran los demás, por cuanto de ese modo se usaba al hombre como medio, pero se sumergía a la justicia.

No se trata de utilizar al hombre como medio sino a la institución pena como instrumento para que un hombre no vuelva a repetir su delito y que los demás no vuelvan a él. Es decir, la pena deja de ser un fin en sí mismo para tener un fin que alcanzar.

Antigua es la prosapia de esta orientación que en el orden de la pena aspira a hacer algo por el hombre que habiendo caído merece recuperación. Ya en la pretérita Grecia los paladines del pensamiento filosófico se ocuparon del tema y con la jerarquía de Platón, se afirmó al lado de la mera retribución como carácter, la finalidad de enmienda de la pena.

La afirmación de que el delito es algo incorporado a la realidad histórica y es irreversible y por ende la sanción no es aplicable para reparar el pasado sino para preservar el futuro, fue tomada luego por Aristóteles el que trató a la pena como una medicina en virtud de los contrarios, que se sintetiza en el mal del delito al que opone el temor del mal de la pena viene a satisfacer una necesidad: el rechazo del delito.²⁰⁴

Tan anejas ideas fueron recogidas en el siglo XVIII por los pensadores de la renovación, lo que dio como fruto la nueva concepción política, social y jurídica del Estado que levantó su construcción sobre la teoría del contrato o pacto; teoría esta que se presenta como el centro o punto de partida del relativismo de la pena.

Dentro de las teorías relativas encontramos a la teoría contractualista, la teoría de la prevención mediante la ejecución, la teoría de la prevención mediante la coacción psíquica, la teoría de la defensa indirecta, la teoría de la prevención especial, la teoría correccionalista, la teoría positivista, la teoría del escarmiento, entre otras, claro, estas teorías varían de acuerdo al autor que hable sobre el tema. en la presente investigación trataremos de explicar la mayoría de ellas, pues algunas serán tratadas más adelante.

Enrique Bacigalupo señala que en la "teoría contractualista: el orden superior que los absolutistas colocaban como teniendo origen en lo divino, en lo moral, es la especulación dialéctica, etc., aquí se lo considera centrado en el derecho como creación de regulación máxima, pero con origen humano voluntario.

²⁰⁴ ARGIBAY MOLINA, José F. Derecho Penal Parte General II, Op cit. P. 40.

Mediante un cálculo de utilidad los hombres, para poder preservar los bienes y derechos de los ataques de los demás, pactaron con ellos y entre sí, renunciando a parte de su libertad como prestación, para que los demás, como contraprestación respetaran y aseguraran el respeto de su derecho. Así, sobre la base del convenio surge la sociedad y de ese modo se explica el origen de los poderes y del estado mismo y con ello el de la facultad represiva.

Esta teoría que en lo político tuvo manifestación máxima a través de Rousseau y Montesquieu, se plasmó en lo jurídico penal, en la obra de Beccaria, el que, tras sostener que las penas tienen su origen en la renuncia de la libertad conservatoria de libertad citada y que el hombre que viola un derecho se hace merecedor de la sanción que el mismo pactó, señaló que la pena, como lo sostenían los griegos no persigue atormentar o afligir al hombre, ni tampoco destruir como realidad a un delito ya cometido, sino impedir que en el futuro el mismo sujeto u otros cometan nuevos delitos".²⁰⁵

De todo lo que antecede se desprende que es centro del objetivo propuesto, la necesidad de evitación del delito y sobre ese aspecto unitario se construye la justificación de la pena, naciendo orientaciones de orientación general del delito, a las que siguen las de prevención especial, que más adelante se examinarán en el presente trabajo de investigación.

Se convierten en campeones del utilitarismo Bentham en Inglaterra, Feuerbach en Alemania, Romagnosi en Italia. En esta teoría la idea de la pena es la de una reacción defensiva para la conservación del pacto social.

En cuanto a la teoría contractualista señala Sebastián Soler que "este criterio proviene de Rousseau y se manifiesta con influencia específica en el campo penal a través de la obra de Beccaria. La primera nota que importa destacar, para distinguir este grupo de teorías de las anteriores, es la que señala ese carácter

²⁰⁵ BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General, Op cit. P 41.

relativo de la organización social, el orden social es un orden sagrado que sirve de base a todos los otros. Sin embargo este derecho no viene de la naturaleza; está, pues, fundado sobre convenciones.

El pacto social tiene como fin la conservación de los contratantes; con él los ciudadanos no hacen más que proceder cuando se encuentran en peligro: lo arriesgan todo, incluso su vida.

El que quiere conservar su vida a costo de los otros, debe darla también por ellos cuando es necesario, en consecuencia, el hombre, al pactar, tomando en cuenta que puede ser víctima de un asesino, consiente en morir si él se hace reo de asesinato, no porque renuncie eventualmente de su vida, sino porque reconoce que, para garantizarla, puede ser necesario matar.²⁰⁶

Por lo que se puede decir, que el delincuente es una especie de traidor al pacto; su supervivencia es incompatible con la del Estado. También para Beccaria la necesidad constriñe a los hombres a asociarse, cediendo parte de la propia libertad, aquello que es indispensable.

El fundamento y límite de la punición es la necesidad de conservar la seguridad social, y las penas son tanto más justas, cuanto más sagrada e inviolable sea la seguridad.

En el fondo de las doctrinas estrictamente contractualistas encontramos, en consecuencia, la idea de la pena como reacción defensiva para la conservación del pacto social, ya que el delito coloca al reo fuera de la protección del orden social.

²⁰⁶ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit, P. 325.

Pero muchos pensadores se han detenido especialmente en la consideración de la manera en que la ley opera esa defensa, para subrayar la voluntad de evitación del delito que hay en toda ley penal.

En una palabra, si bien las doctrinas contractualistas muestran que la pena tiene un fin de defensa social, es preciso indagar cómo esa defensa se opera, cómo, por medio de la pena, se previene la delincuencia.

Señala la Enciclopedia Jurídica Omeba que "la teoría de la defensa indirecta fue formulada por Romagnosi quien expuso que si después del primer delito se tuviera una certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho a castigarlo, más dicha certeza es imposible."²⁰⁷

El Derecho Penal tiene como por objeto evitar futuros delitos, pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido. La pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor.

Señala Sebastián Soler que en la teoría de la defensa indirecta de Romagnosi "es particularmente interesante analizar una doctrina contemporánea a la de Feuerbach, formulada en Italia por Romagnosi. El carácter relativo de la doctrina se manifiesta clarísimo en esta idea: si después del primer delito se tuviese un certeza moral de que no ha de suceder ningún otro, la sociedad no tendría ningún derecho a castigarlo.

Esa certeza, en el sistema de Romagnosi, es imposible, según se verá enseguida:

El Derecho Penal, en sustancia, no es más que un derecho de defensa habitual contra una amenaza permanente, nacida de la ingénita intemperancia. Como defensa, su objeto es la evitación de delitos futuros; pero la ocasión para aplicar la pena la suministra un delito cometido.

²⁰⁷ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI, Op cit. P. 965.

Aun cuando la génesis de la pena está en la legítima defensa, la necesidad de ella no se asienta sobre la sola consideración del delito futuro, sino en el efecto destructivo del cuerpo social que tendría la impunidad, posterior al delito, la sociedad tiene derecho de hacer suceder la pena al delito, como medio necesario para la conservación de sus individuos.

En consecuencia, para el ejercicio del acto punitivo se requieren dos delitos, uno en el pasado, cometido por el reo, otro en el futuro comisible por los malvados o por el mismo sujeto, en el caso en el que el reo quedase impune, el uno como condición necesaria y causa condicional de la pena, el otro como objeto que por medio de la pena se requiere evitar".²⁰⁸

Por lo anterior es de decirse que para lograr ese objeto de defensa, la pena tiene que actuar sobre el futuro delincuente, influyendo en su ánimo mediante el temor. El fin de la pena no es el de atormentar o afligir a un ser sensible, ni el de satisfacer un sentimiento de venganza, ni revocar en el orden de las cosas un delito ya cometido, y expiarlo, sino infundir temor a todo malhechor, de modo que, en el futuro, no ofenda a la sociedad.

Ahora bien, a esta teoría relativa también podemos agregar y explicar la teoría del escarmiento, siendo Sebastián Soler el que la define con mayor precisión.

Sebastián Soler apunta al respecto que la teoría que " en las antiguas leyes y en las costumbres medievales, la ejecución pública de las penas, y especialmente de los suplicios, tenía el fin fundamental y específico de inspirar temor en el pueblo. Las agravaciones que con tanta frecuencia llevaba consigo la pena de muerte, y que se ejecutaban ordinariamente en público, tenían por objeto el escarmiento. No puede afirmarse que esta finalidad haya llegado a constituir una verdadera teoría; era, más bien, el espíritu de la antigua penalidad.

²⁰⁸ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. Pp. 328 y 329.

El peligro de esta tesis consiste en que se hace ineludible la necesidad de ejecutar una pena toda vez que un delito se produce, y en que, guiada la justicia por esa necesidad, el ejecutado aparece como un medio para operar el escarmiento. Es un tipo de reacción ciega y temerosa, que vemos esporádicamente renacer en el seno de poderes tiránicos, para los cuales el terror es un instrumento de gobierno".²⁰⁹

De lo que podemos decir, que esta concepción además, suele presentarse vinculada con el falso supuesto de que el fin último de la pena consiste en la supresión del delito, idea que se ha demostrado, en la historia de la penalidad, y fuente de repugnantes penalidades, porque cada nuevo crimen al mostrar la insuficiencia del escarmiento anterior, conlleva a la necesidad de apelar a medios más impresionantes.

El error proviene de haber sustituido la finalidad correcta de obstaculizar el delito, procurando su disminución por la idea falsa de suprimirlo.

Es uno de los méritos mayores de Feuerbach y Romagnosi haber puesto de manifiesto el modo en que la pena opera y la diferencia que media entre la idea del escarmiento y la intimidación como medios preventivos.

La teoría positiva constituye el máximo desarrollo del pensamiento relativista y utilitario, en la cual señala que la pena es sólo un medio de defensa social, y constituye una suerte de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos.

Su causa no es por tanto el delito, sino la peligrosidad del individuo, y por ello descarta toda diferencia entre penas y medidas de seguridad.

²⁰⁹ *Ibidem*, P. 326.

Señala José Argibay Molina en cuanto a la teoría correccionalista que "partiendo de las consideraciones precedentes, se comprenderá con facilidad que se llegue a la posición correccionalista, cuyo representante más destacado fue Roeder.

Por esta doctrina, se transforma una de las ideas tradicionalmente básicas del Derecho Penal: la pena deja de ser un mal, porque su objeto no consiste en inspirar terror, ni en amenazar, sino en mejorar al sujeto que delinquiró, en hacer un bien tanto para el individuo como para colectividad. El problema que el correccionalismo trata de resolver es el de la reforma del delincuente, de manera que después del tratamiento queden anuladas en él las tendencias que lo llevaron al delito.

Ese mejoramiento tiene distintos caracteres, según diversos autores; pero, para Roeder, es un mejoramiento de carácter moral, pues lo que el delito muestra es, sobre todo, carencia de sentimientos morales.

El delincuente necesita para su convivencia en el mundo social, una especie de reeducación, y ésta se la debe de suministrar la pena. La teoría correccionalista tiene una evolución, pues hay mucha distancia teórica entre sus distintas formulaciones. Algunas veces la vemos expresada en términos que, inclusive, la aproximan a las teorías absolutas como cuando a la pena se le considera una especie de purificación espiritual, que se opera por el aislamiento y la meditación.

En sus formas prácticas, sin embargo, no es ese el sentido en que se la interpreta. Es absurdo en efecto, pretender que la meditación carcelaria sea un medio depurador de los espíritus moralmente más groseros; no se hace fácilmente un santo de un criminal. La pretensión correccionalista es más modesta, y se contenta con hacer del delincuente un sujeto capaz de observar ese mínimo de buena conducta que permite participar de la vida civil. A esto se le llama enmienda civil".²¹⁰

²¹⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General, Op.cit. P. 330.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

De lo que se puede decir, que la doctrina correccionalista tiene particular influencia en España a través de la obra de Pedro Dorado Montero, quien realiza la unión de postulados correccionalistas con las teorías de la escuela positivista, presentando un sistema singularísimo en el cual el jus puniendi se transforma en derecho protector de los criminales.

Considera, para ello, a la delincuencia adulta en sentido semejante al que se da generalmente a la delincuencia de menores.

La tesis de Roeder dio lugar a una brillante polémica entre él y Carrara, en la que éste mostró cómo la corrección es un principio totalmente insuficiente para fundamentar la pena en todos sus aspectos.

De lo que es importante volver a entresacar que la pena deja de ser un mal porque su objeto es el de mejorar al delincuente, realizando un bien tanto en el individuo como en la sociedad. El correccionalismo trata de obtener la reforma del delincuente mediante una especie de reeducación.

Dorado Montero realizó la unión de postulados correccionalistas con los del positivismo penal, presentando un sistema en el cual el derecho de castigar se transforma en derecho protector de los criminales, que es el título que toma su obra más conocida.

Señala José Argibay Molina, que la teoría positiva señala que "la escuela positiva hace irrupción en el campo científico como violenta reacción contra las que precediéndole, fueron agrupadas bajo el rótulo de escuela clásica.

Hasta su advenimiento, salvo algunas excepciones precursoras, como la del correccionalismo, las construcciones abstractas jurídicas apuntaban a la infracción, al delito, al que se le definió, analizó y señaló una pena como retribución.

Las construcciones se depuraron, se perfeccionaron y llegaron a la culminación teórica, de allí en más no era posible avanzar un palmo, había que dedicarse a otra cosa, de allí la afirmación de Carrara en cuanto en su programa decía a los alumnos que estudiaran derecho procesal.

El hombre, ese gran actor que cubre todos los papeles en la realidad del mundo, el sujeto activo de todas las conductas no fue considerado; este punto omitido fue tomado como centro de especulaciones por la escuela positiva. Se tomó al hombre como realidad social, como sujeto actuante en función de su personalidad, la que a su vez es formada mediante una contribución de lo que el hombre había heredado –sus ancestros- y por lo que había recibido del medio en que actuaba –su educación.

Sus hechos eran resultado de su personalidad y es por esa razón que ese aspecto no podía ser dejado de lado por el derecho. Esa personalidad así conformaba por influencia de esos dos elementos y las reacciones recíprocas entre ellos y el propio sujeto, no podían actuar sino dentro de un cauce preestablecido y de ese modo se negó el libre albedrío que fue la piedra que se tocó de los clásicos y se le sustituyó por el determinismo.

El sujeto tenía signada su conducta por la influencia de los factores integrantes de su personalidad. A su vez los hombres reunidos en sociedad conformaban un todo corpóreo que era esa misma sociedad.

Toda conducta que rompiera con el orden social, agredía al cuerpo y éste colectivamente reaccionaba tratando de suprimir la conducta que lo lesionaba. Es decir, trata de defenderse.

Ese es el origen y justificación de la pena, enfocada, desde luego, desde el ángulo positivista que es de total cambio sobre las concepciones anteriores. La pena no tiene función retributiva, sino sólo defensiva. Así es como la defensa social aflora

como razón de la pena, la que no persigue si no evitar que el delincuente cometa nuevos delitos. Por ello, es que la pena se comporta como un verdadero tratamiento.

Si de tal modo se funda y de tal modo se debe obrar, es lógico que el sustento de la imposición de la pena no se encuentre en la culpa sino en la peligrosidad enfocada como la muy probable comisión futura de un hecho lesivo para la sociedad por parte de un sujeto.

Esa visión de futuro abre dos campos: uno de política general que mediante el acondicionamiento apropiado de la sociedad, en definitiva actuará como prevención general toda vez que elimina o atempera los factores criminógenos y dentro del mismo grupo, pero con miras más estrechas, actuando sobre los sujetos que se supone reúnen las características del criminal, aun cuando no haya cometido delito alguno, pero hay peligro que lo cometa, a lo que se llama peligrosidad pre-delictual.

El otro campo es el representado por el cese de la prevención general y se abre cuando el sujeto comete el delito, es aquí donde entra a jugar la pena, cuya teoría en esta escuela, se confunde en última instancia, con la de las medidas de seguridad, de todo lo cual resulta, a la postre, que se les engloba a todas bajo la denominación genérica de sanciones.

Tal fue la conmoción que esta escuela produjo con su nuevo enfoque del delito en función de su actor: el delincuente, que dio origen a una nueva ciencia de carácter fenoménico y naturalista, cuyo objeto es el estudio de las causas del delito y la investigación bio-sociológica del delincuente.

Esa nueva ciencia, orientadora realista de planes político-sociales y de ordenamientos jurídicos, es la Criminología".²¹¹

²¹¹ ARGIBAY MOLINA, José F. Derecho Penal Parte General II, Op cit. Pp. 47,48.

A lo que se puede decir que el máximo desarrollo del pensamiento relativista y utilitario, está representado por el sistema positivista, el cual, dentro de sus considerables variaciones, puede ser reducido a unidad.

La pena no tiene ninguna razón como retribución; es solamente un medio de defensa. La sociedad es un organismo que se comporta como los demás organismos, conforme al principio de la auto conservación. El delito constituye un ataque a las condiciones de existencia, y por eso la reacción es necesaria.

El fundamento de la justicia humana no está en ninguna razón trascendente, sino solo en su necesidad biológica, es lo que conocemos como la defensa social, regida por leyes naturales, y no por el arbitrio de una voluntad humana.

Por otra parte, el positivismo, en sus formas primeras, arranca la negación del libre albedrío, para afirmar el carácter patológico o anormal de los impulsos delictivos. De esta manera, la pena se transforma en una especie de tratamiento cuyo objeto único es impedir que el sujeto cometa nuevos delitos.

La pena no va a buscar su causa en la culpa, sino en la peligrosidad del individuo y como la existencia de esa peligrosidad depende de las más variadas causas, la medida de prevención que se aplica no se vincula más que ocasionalmente con la acción cometida.

La defensa preventiva puede ser necesaria, con relación a un sujeto, hasta antes de que éste cometa algún delito. De ahí que toda distinción entre penas y medidas de seguridad deba descartarse. Se trata, en todo caso, de medidas de prevención que tienen una causa y un fin comunes, aun cuando pueda existir una pequeña diferencia en el modo de actuar.

3.6 TEORÍA MIXTA.

Estas son las que hacen converger en su seno principios absolutos que no obstan a los de corte utilitario o relativista; de su conjunción extraen conclusiones que crean un todo armónico que justifica su funcionamiento.

Eclécticos, lo signan otros distinguidos tratadistas, pero lo cierto es que su modo de ser se sintetiza en la admisión de la existencia de una ley del orden de tipo moral, que puede serlo ya de origen divino o de otra procedencia superior; el observarla, significa ser virtuoso, y observarla en cuanto se refleja en la sociedad, es ser justo.

Quién la viola, debe expiar su falta y esto sólo puede hacerse sufriendo la pena. El corte absoluto aparece en esto en forma indiscutible, pero, presurosos, sus expositores, agregan que si bien en este aspecto la pena entra por vía de retribución justa, no puede negarse a esta sanción la utilidad social e individual que es la consecuencia última y verdadera de este tipo de reacción. Se conjugan los dos principios.

Es sobre esta manera de pensar que surgen a la palestra doctrinaria formas que se han distinguido como:

- a) eclécticismo francés, que en última instancia podría adoptar una forma práctica, que no revela la de escuela, la cual es la orientación penitenciaria francesa;
- b) un eclécticismo italiano en el que se afirma que las leyes penales deben proceder siempre conforme leyes morales y religiosas, aspecto en la que se ve la faz absoluta, en tanto que reconoce en la pena la calidad de obstáculo político contra el delito, lo cual revela un posición utilitaria o relativa;

- c) idéntica manifestación en Alemania, en la que se produce un ostensible esfuerzo por mantener separados los conceptos de justicia y utilidad, pero sin contraponerlos excluyentemente, por cuanto a la justicia se le invoca como fundamento filosófico de la pena, en tanto que el aspecto utilitario de la prevención se utiliza para señalar las pautas para la imposición del castigo.

Dentro de esta postura deben resaltarse expresamente algunas doctrinas por ser expresión acabada de grandes sectores del pensamiento humano".²¹²

Se puede decir, que en la teoría mixta se hace incidir sobre la pena un carácter absoluto y uno o varios relativos, puesto que reconoce que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad, constituyendo las teorías de mayor difusión contemporánea. Nos referimos, de entre ellas, a las surgidas del pensamiento de Carrara, Merkel y Binding.

"La teoría de Carrara constituye un sistema que, al decir de Soler, adquiere la dignidad de una disciplina coherente, difícil de sintetizar. Parte del dogma de la creación divina, regida por la ley suprema del orden, que tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica.

No basta para el gobierno del hombre la sola ley moral, puesto que crea relaciones externas sometidas también a la ley física. Siendo el Derecho una relación entre hombres, es necesaria la ley jurídica que les garantice el ejercicio exterior de la libertad.

Esa ley jurídica no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelar el Derecho, o sea la coacción externa. La tutela jurídica como fundamento del derecho penal, significa que la pena no ha de tender a aterrorizar sino a tranquilizar, restableciendo la confianza en el imperio de la ley".²¹³

²¹² BACIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General, Op cit. P 48,49.

²¹³ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI, P. 966.

Podemos decir que pocas veces en la historia del derecho Penal se encuentra un sistema de tan armoniosa genialidad como la que traducen los escritos de Carrara. En sus manos el derecho punitivo adquiere la dignidad de una disciplina coherente, de un conjunto de principios firmemente discriminados, en los cuales la fuerza interior logra hasta imprimir ciertos rasgos de belleza a la expresión un poco enfática.

Difícilmente una síntesis podrá traducir toda la riqueza del pensamiento carrariano, pues con ser muy preciso, no es esquemático sino pleno de posibilidades de desarrollo.

Para Edmundo Mezger al hablar de la teoría mixta en relación a la de Carrara dice que "el orden social no se apoya sobre la concepción contractualista, la construcción de un sistema parte del dogma de la creación operada por un ser eterno e infinito, tanto en sapiencia como en bondad y en poder; siendo así que la creación debe tener un fin y estar regida por una ley, a la que llama ley suprema del orden que tiene cuatro manifestaciones: la ley lógica, la física, la moral y la jurídica.

Para el gobierno del hombre no basta la ley moral, porque como ser dotado de la facultad de obrar, crea relaciones externas, sometidas, al mismo tiempo a la ley física. El Derecho ni es una relación inmediata con Dios, ni lo es con las cosas: es una relación entre personalidades humanas.

De ahí la ley jurídica, por la cual, al hombre, internamente libre se garantice el ejercicio exterior de su libertad. La ley jurídica vincula al hombre no como simple cuerpo, ni como siempre espíritu, sino como ser corporal y espiritual.

Es una ley natural, porque natural es esa doble condición del hombre. Pero la ley jurídica natural que da al hombre derechos, no puede concebirse sino acompañada de los medios de tutelarlos: la coacción externa, cuya razón última lo

es la justicia, pues ésta, a su vez, tiene que basarse en otro fundamento que es la ley suprema del orden, emanada de Dios.

La justicia no es buena, sino en cuanto es instrumento de orden. La justicia por sí misma, no puede explicar que el hombre tenga derecho a martirizar a sus semejantes, por servir a una especulación estética.

Con respecto a la facultad punitiva, es solamente un criterio negativo o limitativo. Lo que hace legítima la autoridad es la necesidad de que el derecho sea defendido, concepto éste que no debe confundirse con la defensa social, pues la sociedad no tiene una razón de ser en sí misma, sino en cuanto es un instrumento necesario de la ley moral.

La tutela jurídica, fundamento del derecho penal, no ha de entenderse en concreto sino en abstracto; no significa que el delito ha de extirparse de la sociedad; los hombres transgreden naturalmente la leyes, inclusive las divinas cuya sanción es inevitable y tremenda.

Es el principio abstracto lo que debe tutelarse ante su eventual negación. La pena no tiende, pues, a aterrorizar sino a tranquilizar restableciendo la confianza en el imperio de la ley".²¹⁴

Sobre lo que antecede es que surge el concepto de tutela jurídica que es uno de los términos de la doctrina carrariana y que no debe de ser confundido con el defensa social como quedó apuntado en líneas anteriores, que es propio de la escuela positivista. Carrara parte del principio del orden sustentado sobre la ley natural, la que a su vez origina formas derivadas. La ley lógica, la física, la ley moral y la ley jurídica. Ese orden en lo jurídico está regulado por el derecho y su ruina solo puede ser restablecida por la justicia, la que no será buena, sino en cuanto se mueva en ese ámbito de orden.

²¹⁴ MEZGER, Edmundo. Derecho Penal Parte General, Op cit Pp. 332 y 333.

Todo se sustenta pues en el restablecimiento o en la custodia de ese orden, lo cual genera la necesidad de que el derecho sea defendido. Todo ello origina el concepto de tutela jurídica.

La pena es el instrumento de esa tutela y es por ello que sostiene Carrara que el sistema de la tutela jurídica deriva de la razón de la prohibición, de la necesidad de proteger el derecho, la medida de la sanción se encuentra en la importancia del derecho que protege.

3.7 TEORÍA DE LA PREVENCIÓN GENERAL POSITIVA.

"La prevención puede ser general o especial. La prevención general es un obstáculo psíquico puesto por el Derecho, es una amenaza. Si se acepta la tesis positivista de la anormalidad patológica del delincuente, toda amenaza sería inútil. Pues estos anormales delinquirían lo mismo, a pesar de la prevención.

Sin embargo, cabe advertir el contrasentido que significa que, nada menos que Enrique Ferri, proyectó leyes amenazantes en su proyecto para Código penal italiano, y que otro tanto hicieran entre nosotros, Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez, ambos de reconocida filiación positivista, en su proyecto para Código penal argentino de 1937".²¹⁵

Ahora bien, Sebastián Soler señala que la "teoría de la prevención mediante la coacción psíquica no tiene nada de común con el importante sistema de fundamentación de la pena que encontramos en Feuerbach, el cual ha tenido influencia decisiva en la construcción sistemática del derecho penal moderno.

Para Feuerbach, el interés fundamental del estado es que no ocurran violaciones del derecho; ése es un fin específico. Le es preciso, para ello, disponer instituciones que prevengan en general los delitos, para lo cual se ha de servir de

²¹⁵ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo XXI. Op cit. P. 967.

lo que es característico de su poder. La coacción. Pero tratándose de evitar los delitos, de coacción física, no es ni posible ni eficaz en la mayoría de los casos, no lo es sin duda alguna, en general, por lo cual es necesario una forma de coacción efectivamente anterior al delito, que tenga función en todo caso: tal coacción solamente puede ser psíquica²¹⁶

A lo que se puede decir que la fuerza que lleva a los hombres a delinquir es de naturaleza psíquica; son sus pasiones y apetitos. Ahora bien, esos impulsos pueden contrarrestarse haciendo que todos sepan que a su hecho le seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho.

Esa coacción psíquica se opera, de parte del estado, y amenazando con una pena la trasgresión posible de la ley, y mostrando la realidad de la aplicación de esa pena, cuando la ley es transgredida.

El mérito principal de esta teoría consiste en fundarse en conceptos exactos acerca del mecanismo de la norma jurídica y de su modo de operar en la vida individual y social, reconociendo en el hombre, como una condición natural de su ser, la libre capacidad de determinación.

Esta teoría ha influido marcadamente en la construcción de Impallomeni y de Alimena, en Italia.

Señala Fontán Balestra que dentro de la prevención general también se encuentran las siguientes:

*Prevención por la intimidación: mostrando la ejecución de la pena se aspira a crear en los demás el temor a la misma, el cual actuará como freno para que no se cometan delitos. Ello supone en forma ineludible la exhibición del cumplimiento de

²¹⁶ SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P. 327.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

la pena; pero para alcanzar el fin buscado, el mal a inferirse al reo debe ser grave, cada vez más grave, lo que hace que los sufrimientos en la ejecución de la pena sean, a su vez progresivamente mayores. Además, si la finalidad de la pena ha de cumplirse, en modo alguno puede dejarse de aplicar y siempre, aún ante los casos en que no sea conveniente imponerla por la lenidad de la falta, habrá de castigarse severamente para que no se pierda el fin preventivo".²¹⁷

Esta concepción que no hace sino recoger la antigua tradición de la pena despiadada, no llega a ser sino una orientación y lejos está de ser escuela. Es el sistema preconizado por Filangiere en Italia y por Gamelin en Alemania, al par de ser bien acogido por todos los regímenes de fuerza que, perdiendo el respeto por el hombre, hacen del terror su arma de conservación en el poder.

Si lo que antecede no vale como suficiente crítica, recuérdese que el hombre tiene una capacidad de reacción al sufrimiento de tal jerarquía que puede llegar a algo así como a entumecerse, resultando de ese modo casi insensible al mal, camino por el cual el terror deja de operar. Lo ideal no es multiplicar los tormentos que ya fracasaron en el siglo XVIII, sino a otras determinaciones humanas opuestas al delito por vía extraña al miedo.

También señala Hugo N. Viera que en la "Prevención por la coacción psíquica; Anselmo von Feuerbach unió su nombre a esta teoría que hizo del respeto por el hombre un principio y, se divorció del miedo como instrumento de prevención del delito.

El terror o miedo no es sino la expresión física de la coacción que puede ejercer el estado para imponer el respeto del derecho. Pero en este aspecto no podrá operar sino después que el delito acaeció. La teoría pone de resalto en forma brillante que la coacción del estado tiene otro aspecto más positivo que es su forma psíquica. Faceta que se asienta sobre los impulsos afectivos que realiza el hombre

²¹⁷ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General, Op cit. P42.

que se propone actuar. El hacer del hombre siempre es finalista, trata de alcanzar una satisfacción, lo cual reportará cierto grado de placer".²¹⁸

La pena actuando como amenaza entra dentro del cálculo como oponente de dolor de modo que se contrapone al placer. El sujeto deberá necesariamente concluir que lo que va a sufrir por pena será mayor que lo que deberá sufrir por insatisfacción y la conclusión será la abstención de la conducta delictiva. La pena así hace prevención general.

Pero si no obstante el sujeto actúa, al imponerse la sanción ésta opera también como prevención general por cuanto los otros sujetos pueden comprobar que la amenaza del mal se concreta en realidad.

Señala Eduardo Alberto Donna que la "prevención general por la defensa indirecta del derecho; desarrollo paralelo y con muchos puntos muy cercanos a la teoría de la coacción psíquica es la de Romagnosi, que hace del derecho penal un derecho de defensa habitual, contra una amenaza permanente nacido de la ingénita intemperancia.

Esa defensa se cumple mejor que la prevención de delitos futuros, es una defensa avanzada que actúa antes del ataque. Si se tuviera la certeza de que el sujeto que cometió un delito no lo cometerá más, la pena no tiene razón de ser, pero como ese extremo no puede acreditarse, la pena debe imponerse, para que la violación futura y probable no se opere".²¹⁹

De ese modo del primer delito juega el papel de oportunidad de una pena y el principio de un tratamiento evitativo. Y en la explicación de cómo funciona esa pena dentro del sujeto, es decir internamente, Romagnosi acerca su construcción a la de Feuerbach de un modo tal que casi son iguales.

²¹⁸ N. VIERA, Hugo. Penas y Medidas de Seguridad, Edit. Universidad de los Andes, Venezuela, P.45.

²¹⁹ DONNA, Eduardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena, Edit. Astrea, Argentina, 1992. P. 23.

La pena debe funcionar como un inhibidor a la tendencia criminal. Se habla de prevención general en cuanto la amenaza de la pena hace que los miembros de la colectividad se abstengan de violar la norma.

La prevención general se hace con referencia a toda la sociedad, no a un individuo en particular.

Señala José Sáinz que "la prevención general parece ser la función primordial de la pena, y la más conocida en la antigüedad, así, Séneca escribió que la pena tiene como finalidad hacer mejores a los demás, y Platón afirma que no castigamos porque alguien haya delinuido, sino para que los demás no delincan.

Negar la prevención general como finalidad de la pena sería negar una realidad de todo tiempo y lugar. Esta función principia desde el momento legislativo en el que se hace la amenaza en abstracto como aviso a todos, se continúa en el proceso y en la ejecución, demostrando que la advertencia es quizá el más grave de los factores criminógenos.

En este sentido, la pena debe ser:

a).- Intimidatoria: Debe amedrentar a los potenciales criminales. Debemos poner gran atención en no caer en el conocido error de creer que las penas más feroces son las que mejor previenen, la crueldad no ha hecho un efecto práctico en la evolución de la criminalidad.

b).- Ejemplar: "Azotando al infestado el necio se hace prudente", decía el sabio Salomón. Esta es una de las razones por las que se han evitado las penas secretas; al no enterarse la sociedad que el criminal fue castigado, no funciona la ejemplaridad. Esto no quiere decir que la pena se convierta en un vergonzante espectáculo público".²²⁰

²²⁰ SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal, Parte General, Op cit. P. 125.

La pena cualquiera que sea la posición que se sustente para establecer su esencia y fines, desempeña un papel de primer orden, sobre todo, por sus aspectos prácticos: ella es vehículo de orden primordial en la prevención de los delitos.

La pena actúa sobre el delincuente porque hace nacer en él motivos de temor a la pena misma y ello hace que se aparte de la comisión de nuevos delitos (intimidación) y en caso de sujetos reformables, tiende a su reforma y readaptación a la vida social (corrección).

Ahora bien, si el reo, si el penado no responde a la intimidación por ser insensible a ella o no es posible su reforma, la pena debe tender a separarlo de la comunidad (eliminación), porque como muy bien lo dice Puig Peña: si el delincuente no fuera susceptible de reforma, el Estado no por ello va a quedar inerte. En estos casos la pena realiza una función de prevención especial, ya que en todos ellos la pena actúa directamente sobre el delincuente.

Pero la pena actúa también en forma muy sensible sobre la sociedad en general, sobre la colectividad, misión ésta que se hace de capital importancia si se admite que la tendencia a realizar actos criminales no se circunscribe, en el sentido de la teoría lombrosiana del delincuente nato, a una determinada especie humana sino que como criminalidad latente, instintiva, existe en todos los hombres incluso en los mejores. A éstos, a los mejores, a los que cumplen la ley, les enseña las funestas consecuencias de la rebelión frente a aquella, de esta forma se refuerza en ellos su respeto a la ley y se les hace ver las ventajas de su observancia estricta.

En cambio, en los hombres propensos a delinquir, porque son de moral débil, crea motivos de inhibición que los aparta del delito y los mantiene en la obediencia a las leyes. En todos estos casos la pena realiza la llamada prevención general.

Sigue señalando Eduardo Alberto Donna que en la "Prevención General Positiva: Roxin ha elaborado en varios de sus trabajos, la teoría de la prevención general positiva que se encarna en las llamadas teorías de la unión. Sostiene que el derecho penal enfrenta al individuo de tres formas: amenazando, imponiendo y ejecutando penas y como es obvio, estas tres esferas de actividad necesitan su justificación.

La primera pregunta de Roxin, es ¿ que puede prohibir bajo pena el legislador? Su respuesta es que se ataque a los bienes jurídicos. Sin embargo, esto lleva a que el derecho penal sea subsidiario. Ello exige una aplicación del derecho penal, donde sea éste necesario, y no pueda ser protegido el bien jurídico de otra manera. Además, el legislador no puede castigar conductas inmorales, sino sólo conductas lesivas de bienes jurídicos.

Esto exige únicamente la salvaguarda del orden externo en síntesis, Roxin afirma: "Resumiendo, se puede retener, así que las conminaciones penales sólo están justificadas si tienen en cuenta la doble restricción que encierra al principio de protección subsidiaria de prestaciones y bienes jurídicos".²²¹

3.8 TEORÍA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL.

La prevención especial significa que la sanción debe tener eficacia preventiva para evitar nuevas y futuras transgresiones a la ley penal, por aquél que se hiciera pasible de la aplicación de la pena. Se trata de un capítulo del Derecho penal, enriquecido en los últimos años por los progresos de la Psicología y de la Psiquiatría, por la renovación de los sistemas carcelarios y por una mejor comprensión y estudios de las causas generadoras de la delincuencia.

Ello ha traído como consecuencia un tratamiento específico de defectuosos; un particular régimen para los menores delincuentes; la sustitución de las penas

²²¹ DONNA, Eduardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena. Edit. Astrea. Argentina, 1992. P. 27.

privativas de libertad de corta duración por otros institutos penales; la aparición en las legislaciones de la sentencia indeterminada, la condena de ejecución con condiciones, el perdón judicial, la rehabilitación, y evidentes progresos en la técnica penitenciaria.

Para Sebastián Soler también existe la "Teoría de la prevención mediante la coacción psíquica. La precedente teoría no tiene nada de común con el importante sistema de fundamentación de la pena que encontramos en Feuerbach, el cual ha tenido influencia decisiva en la construcción sistemática del derecho penal moderno.

Para Feuerbach, el interés fundamental del Estado es que no ocurran violaciones del derecho; ése es un fin específico. Le es preciso, para ello, disponer instituciones que prevengan en general los delitos, para lo cual se ha de servir de lo que es característico de su poder, la coacción.

Pero tratándose de evitar los delitos de coacción física, no es ni posible ni eficaz en la mayoría de los casos, no lo es sin duda alguna, en general, por lo cual es necesario una forma de coacción efectivamente anterior al delito, que tenga función en todo caso: tal coacción solamente puede ser psíquica".²²²

La fuerza que lleva a los hombres a delinquir es de naturaleza psíquica; son sus pasiones y apetitos. Ahora bien, esos impulsos pueden contrarrestarse haciendo que todos sepan que a su hecho le seguirá inevitablemente un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho.

Esa coacción psíquica se opera, de parte del Estado, y amenazado con una pena la trasgresión posible de la ley, y mostrando la realidad de la aplicación de esa pena, cuando la ley es transgredida.

²²² SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino, Op cit. P. 328.

El mérito principal de esta teoría consiste en fundarse en conceptos exactos acerca del mecanismo de la norma jurídica y de su modo de operar en la vida individual y social, reconociendo en el hombre, como una condición natural de su ser, la libre capacidad de determinación.

Para Fontán Balestra la prevención especial es "la amenaza de la imposición de un mal, como pena, al sujeto que cause un mal, como delito, cumple prevención general en cuanto dirigiéndose a todos los ciudadanos tiende a alejarlos del ilícito, pero se convierte en prevención especial en cuanto producido éste, la pena se aplica con el propósito de impedir que el delincuente vuelva a cometer infracciones.

Dentro de este grupo figuran entre otras:

a).- Prevención especial por intimidación: Elaborada por Von Grollman, ésta construcción se separa de la simple exhibición del tormento de la pena como intimidante y obstativa del delito como medio preventivo-físico, y postula por la pena la inocuidad del reo por un tiempo o el convencerlo concretamente de la abstención.

Tanto un medio como otro apuntan específicamente a la obtención de la seguridad; pero mientras el primero implica una imposición material consistente en suprimir en el delincuente la posibilidad física de cometer nuevas infracciones, en la segunda se aspira a condicionar internamente en el sujeto su propia decisión de no infringir la norma jurídica.

Tal condicionamiento se produce en el autor de delito mediante la inflicción del castigo correspondiente y de ese modo el sujeto llega a la cabal comprensión del nexo que existe entre crimen y castigo y como el hombre actúa por representaciones de lo agradable y lo desagradable, en lo futuro, sobre la representación de la pena sufrida, se abstendrá del mal que quiere causar.

Es elocuente la similitud de esta teoría con la de la coacción psíquica de Feuerbach; el sistema de representaciones del sujeto y el resultado de abstención es el mismo; la diferencia reside en el extremo de que la coacción psíquica es de prevención general, en cambio la concepción analizada es de prevención especial toda vez que actúa sobre la imposición específica de la pena al que ha delinquido.

La prevención especial por la corrección, expuesta como teoría correccionalista, tiene sus raíces profundas en la filosofía griega construida por Platón y especialmente por Aristóteles, en cuanto confieren a la pena una actividad operativa de enmienda o evitativa del mal delito.

Esta teoría, en cuanto señala a la pena una finalidad de transformación de los hombres llevándolos del estado en que se hallaban cuando delinquieron al de una adaptación a la vida social, resulta en última instancia, una teoría de la ejecución de la pena más que una que aspira a fundamentarla. Dentro de ese primer aspecto esta concepción doctrinaria opera una transformación en el enfoque tradicional de la pena, por cuanto deja de considerarla como un mal impuesto al condenado y la interpreta como un bien en cuanto aspira a su enmienda.

La posición correccionalista pasa por tres etapas que se van plasmando y corresponde a un correccionalismo jurídico que imposita como meta el mejoramiento del reo pero por vía de autoconvencimiento de que no debe ser dañino para la seguridad general. El segundo grado se representa por un correccionalismo intelectual de corte preferentemente médico.

A ambas sucede el correccionalismo moral que opera mediante la educación y que a través de los tiempos viene a dar contenido a la máxima que el papá Clemente XI hizo grabar en 1703 en el frente del Hospicio de San Miguel de Roma: "poco vale castigar a los delincuentes si no se les mejora con la educación".

Esta última forma es la que cobra jerarquía de escuela con nivel filosófico en manos de Carlos Roeder, su creador. Tiene la importancia de haber sido una avanzada de positivismo en cuanto que reaccionando sobre el clasicismo, deja de lado las abstracciones y apoya sus consideraciones sobre la persona del delincuente, al que considera como ser "vivo y efectivo".

Enfoca al derecho como supremo regulador de conducta, pero no para en la simple conformidad extrema del hecho del hombre con la norma, sino que sostiene que debe existir una coincidencia interna y justa del hecho con la conciencia del sujeto.

Cuando se presenta una voluntad dirigida contra derecho, surge la necesidad de enderezarla de manera tal que se llegue al fuero íntimo del hombre y se lo enmiende. Por ello es que se sostiene que todo sujeto que haga mal uso de su libertad externa debe ser privado de ella en la medida necesaria para que pueda ser sometido a una buena educación que guíe sus actos futuros.

La suprema aspiración del correccionalismo es la reforma del delincuente mediante la anulación de las tendencias que lo impulsaron al delito; anulación que se cumple mediante un proceso reeducativo que corresponde directamente a los sistemas penitenciarios y que, en síntesis, no es sino mejoramiento de carácter moral lo suficientemente efectivo y amplio como para que el sujeto pueda insertarse en la vida social. ese resultado correctivo recibe el nombre de "enmienda civil", la cual no es sino la consecuencia del aprovechamiento por parte del Estado del tiempo de detención para actuar sobre el recluso con el objeto de que no recaiga en el delito.

Estos principios han encontrado aceptación total en el primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

La creación de Roeder tiene repercusión fuera de Alemania y produce sus frutos en Francia, España y Estados Unidos de Norteamérica. En la primera, por concepción puramente doctrinaria, en tanto que en la segunda sustenta toda la escuela penitenciaria y recibe su máxima exposición doctrinaria, en confluencia franca con el positivismo, con Pedro Dorado Montero en su obra "El Derecho protector de los Criminales", el que, allá en la conclusión de los argumentos, vino a dar cierta razón a Carrara cuando, en pugna con Roeder, consideró a su doctrina como la beatificación de los delincuentes".²²³

Cuando la prevención especial falla, cuando la simple amenaza de una pena no ha sido suficiente para inhibir al criminal, entonces hacemos prevención especial, que es la aplicación especial de la misma a un caso concreto.

La pena se aplica al delincuente individual para intimidarlo, para que se arrepienta, para darle un tratamiento, y todo ello para evitar que reincida.

En realidad no se busca una completa mejoría moral, el Derecho penal se conforma con un mejoramiento social, que lleve al (antiguo) delincuente a confiarse a las reglas elementales necesarias para la vida en sociedad.

Núñez de Castro (1605-1670) decía que "La primera razón de la pena es la corrección y enmienda del mismo delincuente; éste es penado principalmente para que, amonestado o intimidado por la pena, aprenda a obrar bien.

Esta tendencia puede considerarse actual, así, la Comisión de la Reforma Penitenciaria (París, 1944), en su programa anunció como primer principio: "La pena privativa de libertad tiene como finalidad esencial la enmienda y reclasificación social del condenado".

²²³ FONTÁN BALESTRA, Carlos. Derecho Penal Introducción y Parte General. Op cit. P42.

Algunos autores consideran que la eliminación del criminal puede ser una función en sí, ya que ha sido conocida por todos los pueblos y en todas las épocas, así, muerte, ostracismo, exilio, transportación, etc., son penas eliminatorias que se aplican a aquel que no es regenerable, que no es susceptible de corrección.

En varios países existen las penas llamadas correccionales, frente a las simplemente intimidatorias o eliminatorias. Corregir se toma como mejorar y no como castigar.

La doctrina católica y el Derecho Canónico elaboran la categoría de las "poenae medicinales" en contraposición con las "vindicativas". De esto Platón se habla ocupado al señalar que "El crimen es una enfermedad del alma, la pena debe ser el remedio".

Actualmente hay la tendencia de establecer una pena la advertencia, para los criminales ocasionales, de una pena-castigo para casos más graves de culpabilidad, y de una pena preventiva para determinados componentes personales.

O sea que, en la actualidad, no se puede reconocer que prevalezca alguna de las funciones de la pena, todo depende del tipo de delito y de delincuente.

Señala Eduardo Alberto Donna que "la teoría de la prevención especial: En la certeza de que si se va a la fuente se eliminan problemas, no solo, de interpretación de terceros autores, sino que se da una idea real de la teoría por la cual se ha optado, llevó a tomar a Franz von Liszt como el autor más representativo de la teoría de la prevención especial.

Como bien lo pone de resalto Jiménez de Asúa, Liszt se encuentra inmerso en una atmósfera en la cual sólo las ciencias naturales son ciencia, el derecho

aparece como acientífico: los nombres de Spencer, Comte y fundamentalmente, la "Scuola Positiva" aparecen por doquier.

La idea de Liszt es que el derecho penal no es sólo dogmático, sino que es una disciplina compuesta, en la cual conviven otros conocimientos heterogéneos, que Liszt pretende fundir en una ciencia con que intenta superar el anticientificismo del derecho.

Adviértase además, como lo sostiene Rivachoba y Rivacoba, que para poder entender su concepción penal, hay que conocer su concepción política "Von Liszt no fue, como se ha dicho, socialista, sino liberal, liberal de izquierda- en palabras de Calvi-, o sea liberal avanzado, auténtico, de arraigado respeto por el individuo y su libertad imbuido de un poderoso sentido social o, viceversa, de un poderoso sentido social contenido por su arraigado respeto al individuo y su libertad.

Una sola idea previa es necesario dar, y como viene de una mente clara y llena de saber como la de Rivacoba y Rivacoba aparece como necesaria: "La pena es en la concepción de Liszt esencialmente finalista, teniendo por objeto la protección de bienes jurídicos, esto es, de intereses de la vida humana individual o social que el derecho, al tutelarlos, eleva de intereses vitales a jurídicos: protección de bienes jurídicos que se realiza mediante la afectación.

Sólo aparentemente paradójica de bienes jurídicos, los del delincuente, produciendo efecto, de una parte, sobre el conjunto de los sujetos de derecho como prevención general y, por otra, sobre el propio delincuente como prevención especial, sea, según la índole de aquél y la categoría a que en consecuencia pertenezca, por su intimidación, su resocialización o su inocuización (neutralización).

Lo primero que hay que advertir es que, para Liszt, la pena es en su origen una acción instintiva. Como acción instintiva no puede ser la pena expresión de un

juicio valorativo de quien castiga: No puede tener su origen en una acción del castigado, reconociéndolo como inmoral. La acción instintiva no tiene nada que ver con la ética. El origen de la pena puede y debe ser, pues, desvinculado de la ética, sin necesidad, por ello, de que ésta sea negada o repelida.

Con este comienzo, ésta teoría queda separada de cuajo de la teoría Kantiana. Esta primera conclusión aparece afirmada por las palabras de Liszt refutando a von Bar: La ética es un producto de la historia humana, mas la pena es anterior a la formación de dicho producto.

Liszt afirma que, de igual manera, la pena está relacionada con el derecho de conformidad con la idea de fin, que constituye la esencia del derecho, siguiendo en esto el pensamiento de Ihering.

Si bien la pena es una reacción primitiva, con el tiempo la acción cultural llevó a que lo instintivo se transformara en voluntario y por ende, la idea de fin pasó a ser motivo de la acción. Esto sucede con el traspaso íntegro de la pena al Estado. Con ello se posibilita la prosecución de oficio, se culmina el desarrollo.

Con la objetivación de la pena se consigue el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los individuos miembros contra quienes se dirige el delito. Ellas quedan fijas, sopesadas recíprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de los imperativos generales: no debes matar ni hurtar, ni cometer adulterio, ni llegar de insidia la vida de tu príncipe, ni portar el escudo del ejército fuera de los límites del territorio.

Junto con la creación de los bienes jurídicos se reconocen las acciones que se dirigen contra ellos. A esto se suma la creación de normas formadoras de conceptos que constituyen la parte general de derecho penal.

Con este desarrollo sucede la transformación de la venganza, forma en que funciona la pena primitiva, cuyo fin era la aniquilación del delincuente. Con la objetivización, la pena gana en medida y objeto. La pena cobra así la capacidad de medio de protección del orden jurídico. En síntesis, por autolimitación, el poder de castigar llega a ser derecho penal por asunción de la idea de fin, la ciega e incontrolable reacción pasa a ser pena de derecho; la acción instintiva, acción voluntaria. El poder estatal ha tomado en sus manos la espada de la justicia, para defender el ordenamiento jurídico contra el malhechor que atenta contra él.

Intenta Liszt demostrar que la medida de la pena (contenido y alcance, especie de castigo y magnitud de éste) está determinada no por el pasado, sino por el futuro. En este punto la crítica a Kant es inevitable, especialmente a la ley del talión. Aquí recurre el jurista vienés a las ciencias de su época para determinar el problema de la medida de la pena, dejando obviamente el problema de la pena retributiva, a la cual critica.

La pena es protección de bienes jurídicos. Es coacción dirigida contra la voluntad del delincuente, deteriorando o directamente destruyendo bienes jurídicos del autor del hecho delictuoso.

Con respecto a la coacción, la pena puede ser de doble naturaleza:

- 1).- Coerción indirecta, mediata o psicológica, con ello se le ofrecen al delincuente motivos para que no se conduzca contra los bienes jurídicos.
- 2).- Coerción directa, inmediata, mecánica o violenta, aquí la pena .

Secuestra al delincuente, lo neutraliza transitoria o permanentemente, o sin rodeos lo expulsa de la comunidad. Liszt cita a Lhering cuando afirma: La naturaleza echa a la cama a aquel que atenta contra ella; el Estado lo envía a la cárcel.

De modo que la corrección, la intimidación y la neutralización son los efectos de la pena, los móviles que están en ella y los medios por los cuales se protegen a los bienes jurídicos. Con estos tres fines, Liszt logra cerrar su sistema, en este aspecto, y con ello entra en los problemas particulares, a los cuales no es necesario referirse en este trabajo

A estos fines de la pena, Liszt le asigna tres tipos de delincuentes:

- 1).- La corrección de quienes la necesiten y sean capaces de recibirla.
- 2).- Intimidación de los delincuentes no pasibles de corrección.
- 3).- Neutralización de los delincuentes incorregibles.

La clasificación que él sigue de delincuentes irrecuperables, precisado de corrección y ocasionales, se basa en su idea del fin de pena y son categorías que se obtienen de un modo experimental.

La expresión de Liszt de que la pena es prevención, mediante retribución o retribución mediante prevención, demuestra tal como Rivacoba y Rivacoba y Jiménez de Asúa han afirmado, en los prólogos ya citados, la vigencia de Liszt y el olvido de algunos que hoy día lo repiten, pero rechazándolo.

Teoría de la Prevención General; La teoría de la prevención general, esto es, el ver a la pena como forma de prevención frente a los ciudadanos, tiene a Feuerbach como su mentor clásico.

En este aspecto se ha seguido a dicho autor, debido a la idea de tomar a quien fuese más representativo en el tema y aparece Feuerbach, sin lugar a dudas, como el teórico más lúcido de estas posiciones. Sin embargo, a pesar de que algunos autores sostienen que la nueva teoría de la prevención general positiva no

es otra cosa que repetir la tesis del autor citado, la importancia, no sólo a nivel de expositores, sino de calidad de las obras lleva a realizar una subdivisión en este acápite.

La Prevención General en von Feuerbach; es que, el Estado es una sociedad civil organizada constitucionalmente mediante el sometimiento a una voluntad común, siendo su principal objetivo la creación de la condición jurídica, es decir, la existencia conjunta de los hombres conforme a las leyes del derecho.

De allí que toda forma de lesión jurídica va a contradecir el objetivo del Estado. Es por eso que el Estado debe tener el derecho y el deber de hallar institutos por los cuales se impidan las lesiones jurídicas

Sostiene Feuerbach que las instituciones jurídicas deben ser ineludiblemente coactivas teniendo para ello la coerción física del Estado. En este aspecto, su posición se asemeja a la de Kant. Ahora bien, esta coerción física busca terminar con las lesiones jurídicas de doble manera; con anterioridad, cuando impide una lesión aún no consumada, lo que puede tener lugar coercionando con el fin de dar una garantía a favor del amenazado, así como también doblegando en forma inmediata la fuerza física del injuriante dirigida a la lesión jurídica, con posterioridad a la injuria, obligando al injuriante a la reparación o a la reposición.

Sin embargo, tanto la coerción previa como la posterior resultan insuficientes. De ahí que la coerción física no es suficiente para la protección de derechos irreparables y reparables.

De este planteo sobre que la coacción física es insuficiente, extrae Feuerbach la posibilidad de que exista otro tipo de coacción: la psicológica. Por que todas las contravenciones tienen su causa psicológica en la sensualidad. En la medida en que la concupiscencia del hombre es la que lo impulsa, por placer, a cometer la acción. Este impulso sensual puede ser cancelado a condición de que cada uno

sepa que a su hecho ha de seguir, ineludiblemente, un mal que será mayor que el disgusto emergente de la insatisfacción de su impulso al hecho.

El mal conminado por una ley del Estado e infligido en virtud de esa ley es la pena civil. La razón general de la necesidad y de la existencia de éstas-tanto en la ley como en su ejercicio es la necesidad de preservar la libertad recíproca de todos, mediante la cancelación del impulso sensual dirigido a las lesiones jurídicas.

De ahí que la pena tiene como objetivo la conminación de castigo como intimidación de todos, como posible protagonistas de futuras lesiones jurídicas.

El objetivo de aplicación es el de dar fundamento efectivo a la conminación legal, ya que de lo contrario la conminación quedaría hueca. Puesto que la ley intimida a todos los ciudadanos y la ejecución debe dar efectividad a la ley, resulta que el objetivo mediato (o final) de la aplicación es, en cualquier caso, la intimidación de los ciudadanos mediante la ley.

Por lo demás la prevención especial, ha sido la doctrina más acatada en los últimos tiempos; ella concentra toda su atención sobre el delincuente y por ello se ha abandonado en gran parte la prevención general que protege a la comunidad contra los hechos delictivos mediante la amenaza de la pena y su influencia sobre la voluntad. Pero es innegable que la prevención general debe mantenerse y reforzarse, porque siempre habrá hombres sensibles a la amenaza de la pena dentro del conjunto general del grupo social.

CAPITULO IV.

REGULACIÓN DE LAS PENAS EN LAS DIVERSAS LEGISLACIONES.

4.1 REGULACIÓN DE LAS PENAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Para empezar a hablar de este tema, creemos conveniente dar un breve bosquejo de lo que es la Constitución, de donde viene y quien la promulgó, y al respecto se puede decir que:

La Constitución mexicana vigente fue promulgada en la ciudad de Querétaro, el 5 de febrero de 1917, en la misma fecha 60 años antes, se promulgó la Constitución Federal de 1857 y entró en vigor el primero de mayo siguiente. Su antecedente o fuente mediata, fue el movimiento político-social surgido en nuestro país a partir del año 1910, que originariamente planteó terminar con la dictadura porfirista y plasmar en la Constitución el principio de la no reelección. Asesinado Madero, Victoriano Huerta, alcanzó la presidencia de la República.

En 1913 Venustiano Carranza se levantó en armas en contra de Huerta. Durante este movimiento armado se expidieron una serie de leyes y disposiciones reivindicatorias de las clases obrera y campesina. Estas leyes de carácter y contenido social forzaron la existencia de la nueva Constitución, ya que ellas no cabían en el texto de la Constitución de 1857, de claro corte liberal-individualista.

Al triunfo del movimiento, el primer jefe del Ejército Constitucionalista expidió la Convocatoria para la integración del Congreso Constituyente que, a partir del primero de diciembre de 1916, comenzó sus reuniones con tal carácter en la ciudad de Querétaro. 214 diputados propietarios, electos mediante el sistema previsto en la Constitución de 1857, para la integración de la Cámara de Diputados, conformaron este Congreso. Las sesiones del Congreso fueron clausuradas el 31 de enero de 1917.

El título con el que ésta Constitución se promulgó fue: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857", lo que, no significa que en 1917 no se haya dado una nueva constitución.

Es una nueva Constitución, porque la llamada revolución mexicana rompió con el orden jurídico establecido por la Constitución de 1857, y porque el constituyente de 1916-1917 tuvo su origen no en la Constitución de 1857, sino en el movimiento político-social de 1910, que le dio a la Constitución su contenido.

La Constitución mexicana de 1917 es una constitución rígida, republicana, presidencial, federal, pluripartidista (aunque en la realidad existe un sistema de partido predominante) y nominal, ya que sin existir plena concordancia entre lo dispuesto por la norma constitucional y la realidad, existe la esperanza de que tal concordancia se logre.

La Constitución está compuesta por 136 artículos. Como en la mayoría de las constituciones puede advertirse una parte dogmática y una parte orgánica; la parte dogmática, en la que se establece la declaración de garantías individuales, comprende los primeros 28 artículos de la Constitución.

Los principios esenciales de la Constitución mexicana de 1917 son los siguientes: la idea de soberanía, los derechos humanos, la división de poderes, el sistema federal, el sistema representativo, la supremacía del Estado sobre las iglesias y la existencia del juicio de amparo como medio fundamental de control de la constitucionalidad.

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera constitución en el mundo en establecer, a este nivel las garantías sociales, lo que fue producto del movimiento político-social de 1910.

De 1921 a la fecha, la Constitución ha tenido más de 250 modificaciones, lo que demuestra que, a pesar de su rigidez teórica, ha sido muy flexible en la práctica.

Se ha dicho, con acierto, que la historia de las penas, que hasta cierto punto podemos decir que es un capítulo de la historia del sadismo, es una relación de constantes aboliciones.

Los pueblos primitivos se significaron por la represión cruel y minuciosa de las conductas antisociales. La pena de muerte y las sanciones mutilatorias, al lado de otras formas de castigo humano y divino, agotaron los catálogos de la penalidad, en un tiempo en que era aún desconocida la más importante de las penas de hoy en día: la prisión, nacida en el Medievo como creación del Derecho canónico, no sin antecedentes de mayor o menor importancia, incluso entre los antiguos mexicanos.

De esta suerte, los viejos Códigos y las costumbres ancestrales abundaron en previsión de la última pena, cuyos modos variaban gradualmente según fuese el delito perpetrado y la condición del delincuente, imponiendo como penas la decapitación, el ahorcamiento, la lapidación, la inmersión, el descuartizamiento, la crucifixión y otras formas de tortura y muerte que afinaban el ingenio humano y acentuaban la brutalidad.

No obstante la evolución operaba en éste ámbito, la pena de muerte se mantenía tercamente firme en aquellos tiempos, pero a través del transcurso del tiempo, estas formas de tortura y de castigo han disminuido y sus formas ejecutivas se han visto influidas por la piedad, en la relativa medida en que la piedad puede intervenir en estos asuntos.

Los ordenamientos modernos que regulan la pena de muerte proscriben su agravamiento con inútiles torturas. Así lo hicieron hasta recientes fechas, algunos códigos nacionales. La ejecución ha dejado de ser el insolente espectáculo que

fue, recogido de muchedumbres y escuelas de violencia; ahora, en cambio, se lleva a cabo privadamente, las piedras, las hachas y otros instrumentos semejantes han desaparecido de las salas de ejecución, para dejar el sitio al fusilamiento, al ahorcamiento y otras formas de ejecutar como la guillotina, la cámara de gases y otras como la inyección letal.

Entre los más ilustres abolicionistas de la aplicación de estas penas, figuró el gran renovador de las ideas penales, el Marqués de Beccaria, que hubo de invocar en su favor argumentos sacados de la tesis rusoyana sobre el contrato social, tesis que, por lo demás, presidieron la redacción de la magnífica obra, de los delitos y de las penas, por lo que a todas luces en esta obra Beccaria tendió por la humanización de la pena y estuvo en contra de la pena de muerte.

Otros publicistas sobresalientes defendieron, en cambio, la pena capital. Así procedió el criminalista español Alfonso de Castro, quien adujo que no es intrínsecamente ilícita, que negada su legitimidad y suprimida de la legislación ningún pueblo podría subsistir, que el hecho universal de haber existido en todos los pueblos es una prueba de su licitud y que la paz y la seguridad social la hace necesaria.

Tiempo después, Miguel de Lardizábal y Uribe, el Beccaria mexicano, insistió que la pena de muerte es como un remedio de la sociedad enferma, y hay casos en que a veces es necesario cortar un miembro para salvar el cuerpo.

En nuestras épocas, está casi prohibida la pena capital en la mayoría de los países del mundo, tan es así que hay tratados en los que se especifica en que caso debe de imponerse la pena de muerte al inculpaado extraído, el Estado que lo requirió se obliga a sustituirla por la inmediata inferior en gravedad, mediante el indulto.

Este compromiso de la autoridad ejecutiva se encuentra en los tratados de México y Bélgica, México y el Salvador, México e Italia, México y Colombia, México y Brasil, México y Panamá.

Se está hablando en este capítulo de pena de muerte, para hablar de cómo trata la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las penas en su artículo 22, en el que menciona algo al respecto que se tratará a continuación, no sin antes decir que en la República Mexicana, la doctrina, la legislación y la costumbre marchan decididamente, desde siempre, en la vertiente abolicionista.

Al respecto recordaremos la polémica suscitada en el Congreso Constituyente de 1856-1857, que culminó en la aceptación de la pena de muerte como un mal menor, requerido por las condiciones de una época turbulenta, cuando se carecía no sólo de sistema penitenciario adecuado, sino aún de prisiones seguras en que fuese posible contener eficazmente a los criminales.

De ahí, entonces, que el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1857 prescribió, hasta su derogación el 14 de mayo de 1901, una urgencia condicionante de la supresión de la pena capital: para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo el establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario.

Bien se sabe que éste orden constitucional significó letra muerta: la dilación injusta en el cumplimiento del precepto inspiró la formulación de algunos amparos contra la pena de muerte, que los quejosos trataban de impedir, fundándose en la desidia gubernamental para implantar el régimen penitenciario.

No prosperaron estos recursos; su rechazo fue obra de Ignacio Vallarta, adversario fervoroso de la pena bárbara, pero juez riguroso e imparcial que supo deslindar sus personales convicciones, de su deber preciso como juzgador.

En el panorama del Derecho secundario estatal, la pena de muerte ha decaído por completo. Jamás se ha dado el caso en que el Estado abolicionista mexicano rectifique el camino y reimplante la sanción capital.

Erradicada ésta del Derecho Federal en 1929, hoy ha desaparecido del Derecho Penal ordinario nacional. No hace mucho quedó suprimida la de San Luis Potosí, como también lo fue en Nuevo León por obra del decreto 55 publicado en el Periódico Oficial número 48, de 15 de junio de 1968.

Posteriormente fue derogada en Morelos y Oaxaca y, por último en Sonora, a raíz del Quinto Congreso Nacional Penitenciario, en cuya sesión de clausura anunció el gobernador Biebrich el pronto envío del Congreso local de la iniciativa que suprimiría la sanción capital, y es así como por fuerza del Derecho o de los hechos, la pena de muerte desaparece de la justicia común mexicana.

Al amparo del artículo 22 de la Constitución Federal, la sanción comentada subsiste en el Código de Justicia Militar, que es, jurídica y prácticamente, su sede principal. Se le acepta para graves delitos, tanto en tiempos de guerra como en tiempos de paz.

Es oportuno apuntar que en México, en 1966, el profesor Alfonso Quiroz Cuarón y un grupo de colaboradores llevaron a cabo un detenido estudio estadístico para determinar la eficacia intimidativa de la pena capital. Se aplicó el método de la significación de las diferencias entre las medidas aritméticas, considerando tres grupos de Estados: los que han derogado la pena de muerte de tiempo atrás, aquellos que la han suprimido recientemente y los que la conservan al hacerse la investigación.

Esto permitió arribar a conclusiones iguales a las apuntadas para los Estados Unidos: no existe comprobación estadística alguna acerca del decantado valor intimidante de la pena de muerte.

De lo anterior consideramos necesario transcribir el primer y último párrafo del artículo 22 de la actual Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos que reza:

Primer párrafo: "Artículo 22. Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

Segundo párrafo: Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".²²⁴

De lo que se puede ver que la actual Constitución Política, si contempla la pena de muerte, pero por nuestras costumbres, idiosincrasia y demás elementos que han influido, ésta disposición se ha vuelto una norma jurídica vigente y no positiva, ya que aunque está contemplada la pena de muerte no se lleva a cabo.

Ahora bien, en algunas de nuestras legislaciones penales, se regula la posibilidad de aplicar penas alternativas a ciertos delitos, siendo que generalmente la pena alternativa a la de prisión, es la multa.

La alternativa consiste en que, para determinados delitos, el juez puede aplicar penas no privativas de la libertad, considerando ciertas circunstancias del hecho delictuoso y del acusado. La aplicación de una u otra sanción queda al criterio del tribunal que realiza la determinación de la pena al momento de dictar sentencia.

²²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista. México, 1999. P.14

Sobre el anterior particular cabe recordar que el artículo 18 de la Constitución Política dispone que: "Sólo por delitos que merezcan pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva".²²⁵ y que por su parte, conforme a las recientes reformas constitucionales, el párrafo segundo del artículo 16 Constitucional establece que: "no podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo y la probable responsabilidad del indiciado".²²⁶

Hay que precisar que se entiende por pena corporal:

I. Sanción penal aplicable al autor de un hecho delictivo, la que, al causarle la muerte, el encarcelamiento, un dolor físico o un sufrimiento moral, afecta la vida, libertad o integridad personales del individuo.

II. Desde tiempos de Solón a los hombres libres cabía aplicarles únicamente penas nobles, mientras que los esclavos merecían ser castigados mediante azotes, mutilación, tormento y demás penas corporales.

La pena de muerte, así como las penas de mutilación, azotes, apaleo, marca, ruptura de miembros y otras que ocasionan dolor físico, estaban previstas y eran comúnmente aplicadas en los antiguos derechos romano, germánico y canónico. Las Leyes de Indias por ejemplo, señalaban penas diferentes según las castas. No sería sino hasta el siglo XVIII que habría de levantarse un clamor generalizado de protesta contra las penas corporales.

El derecho constitucional mexicano ha adoptado, de siempre, una tendencia humanitaria, al proscribir numerosas penas crueles, infamantes e injustas. Desde

²²⁵ *Ibidem* P.10

²²⁶ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Edit. Sista. México, 1999. P.8.

la Constitución de Cádiz de 1812, la cual estuvo vigente en nuestro país solo por breves periodos, se proscribió para siempre el tormento admitido durante siglos como medio normal para obtener la confesión del inculpado, y se prohibieron igualmente las penas trascendentales.

Análogas prohibiciones contemplaban: el artículo 76 del Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano de 1822; los artículos 146 y 149 de la Constitución de 1824; los artículos 49 y 51 de la Quinta de las Leyes Constitucionales de 1836; los artículos 9, fracción X, y 180 de las Bases Orgánicas de 1843; los artículos 54 y 55 del Estatuto Orgánico Provisional de 1856 y el artículo 22 de la Constitución de 1857.

III. En la actualidad el artículo 22 de la Constitución contempla igualmente la humanización de las penas, respecto de aquellas que son bárbaras y crueles.

El primer párrafo de este precepto señala: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Así, con el fin de preservar la integridad y la dignidad personales a que tiene derecho todo ser humano, encuéntrese éste en situación de procesado o tratase de un delincuente ya sentenciado, la disposición citada prohíbe expresamente, un cierto número de penas inhumanas, crueles e infamantes haciendo extensiva esta prohibición a todas aquellas penas que tengan un carácter inusitado y trascendental, es decir, tanto las no previstas por la legislación, como las que afectan a personas distintas al inculpado o al sentenciado.

Por lo que se refiere a la pena de muerte, atento a lo dispuesto por el tercer párrafo del mismo artículo 22 constitucional resulta que la proscripción absoluta de la pena capital, sólo opera tratándose de delitos políticos ya que respecto de

otro tipo de delitos, ésta disposición cubre un amplio espectro de ilícitos, sean éstos del orden común o militar, susceptibles de cometerse tanto en tiempo de guerra como de paz, a cuyos autores puede imponerse tal pena.

En consecuencia, cuando los artículos 16, primer párrafo., segunda frase; 18, primer párrafo., y 38, fracciones II y III, de la Constitución hacen referencia a la "pena corporal", debemos entender que los mismos se están refiriendo tanto a toda que afecte el cuerpo y no la libertad del inculpaado.

Ahora bien, en cuanto a la legislación secundaria, dado el carácter más bien facultativo que obligatorio que la Constitución confiere a la posibilidad de imponer la pena de muerte, ésta ha desaparecido prácticamente de la legislación federal del orden común, subsistiendo únicamente en materia militar. Así, ésta pena fue suprimida en el Código Penal ya que la misma no figura en su artículo 24 que enumera las penas y medidas de seguridad aplicables a los delitos.

Por lo que toca a las penas prohibidas por el artículo 22 de la Constitución ninguna de ellas ha sido retenida por la legislación penal mexicana desde el siglo pasado.

En la práctica, sin embargo, ya los mismos diputados del Congreso Constituyente de 1856 denunciaban la persistencia en utilizar cadenas, grillos y grilletes, como medios para asegurar a toda clase de reclusos, fuesen éstos grandes criminales, presos políticos o simples acusados.

Hoy día, las vejaciones, los malos tratos, las agresiones físicas o psicológicas y hasta la tortura, forman parte de los métodos normales empleados por los diferentes cuerpos de seguridad pública, incluso desde la etapa de su actividad indagatoria de los delitos.

IV En el derecho internacional de los derechos humanos, también impera la tendencia abolicionista tanto de la pena de muerte como de las penas que causan un dolor físico o un sufrimiento moral a la persona humana.

A este respecto, nos permitimos remitir al lector a la voz "integridad personal", particularmente en sus partes relativas al derecho a la vida y al derecho a no ser sometidos a torturas, tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes".²²⁷

Para entender los alcances del segundo párrafo del artículo 18 Constitucional, debemos remitirnos a los fines de la pena de prisión, debiendo de establecer primero que ésta es una privación de bienes jurídicos prevista en la ley, que se impone por el órgano jurisdiccional competente, al responsable de un hecho delictivo.

Constituye el recurso de mayor severidad que puede utilizar el Estado para asegurar la convivencia social y el medio más importante, dada su gravedad, de los que utiliza el Derecho Penal.

También este segundo párrafo, ordena a los gobiernos de la Federación y de los Estados organizar el sistema penal en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, capacitación para el mismo y la educación, como medios para la efectiva readaptación del sentenciado.

Las críticas que hacemos al penitenciarismo, es necesario repetirlo, tienen por objeto corregirse reformando las leyes penales a fin de que responda a los propósitos de readaptación social de los delincuentes. En nuestro concepto debe empezarse, en México, por modificar el primer párrafo del Artículo 5º. de la Constitución federal que dice:

²²⁷ Diccionario Jurídico 2000.

"Artículo 5º.- Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del Artículo 123"

Esta disposición constitucional es completamente anacrónica porque en nuestro país no hay trabajos forzados como los había antes en diversas partes del mundo y se constituían, por la clase de labor, a veces inútil, y por las horas agobiantes que se imponían un verdadero castigo.

El precepto citado es, además, contradictorio, porque al ajustarse el trabajo de los reos a las fracciones I y II del Artículo 123 de la Constitución, que limita la jornada a 8 horas, lo equipara al de las personas libres; es decir, le quita el estigma de castigo y en esas condiciones no puede considerársele como pena. El trabajo de los hombres, en general, dignifica y enaltece por humilde que sea.

Digamos también que el artículo precitado no está en consonancia con las modernas teorías penitenciarias que estiman el trabajo no como pena, sino como parte necesaria de la rehabilitación social de los presos. En consecuencia, para establecer la coordinación indispensable entre el Artículo 5º. de nuestra carta política y las teorías antes aludidas, podría formársele así:

Artículo 5º.- Nadie puede ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo señalado por las autoridades competentes a los presos en los programas de rehabilitación penitenciaria, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del Artículo 123

Por otra parte que nosotros sepamos, los jueces, en México, no señalan trabajo alguno como pena en las sentencias. A fin de eliminar, en lo posible, la disparidad entre el tiempo de la condena y el necesario para la rehabilitación de los

encarcelados, pensamos en que es factible establecer en las leyes correspondientes las modalidades que en seguida apuntamos:

Formular una clasificación provisional de los procesados con objeto de separar de los demás presos a los reincidentes y a los que por las características de los delitos que cometieron o que se les imputan, se les considere peligrosos, advirtiendo que esta clasificación no debe influir ni en el proceso ni en la sentencia por ser simplemente de carácter profiláctico.

Facultar a los jueces para agregar en toda sentencia, que además del tiempo de reclusión señalado en la misma, el reo queda obligado, al recobrar su libertad, a iniciar el programa de rehabilitación que señalen las autoridades respectivas si el tiempo de la condena fue tan corto que el sentenciado ni siquiera pasó de la cárcel preventiva a la penitenciaría o a condena, si el lapso que de la misma que debe pasar en el reclusorio definitivo, no basta para el desarrollo completo del programa citado.

Es claro que estas disposiciones, si carecen de sanción resultarían ilusorias. Lo mejor para una efectiva defensa social consistiría en la reaprehensión del liberado si no las obedece y en el aumento suplementario de la pena que se le señaló: pero si esto parece excesivo, podría precisarse en la sentencia que el rehuir los métodos de rehabilitación expone al infractor, en el caso de que reincida, a que se le aplique al máximo de la pena señalada al nuevo delito cometido.

Acaso lo indicado, de acuerdo con la corriente de bondad excesiva que caracteriza a las modernas teorías penitenciarias, sería establecer atractivos estímulos para que los reos, al obtener su libertad, sigan voluntariamente los programas rehabilitatorios que se le hayan fijado, hasta cumplirlos cabalmente.

Parece aconsejable incluir en la legislación penal correspondiente, disposiciones para que, en las llamadas cárceles preventivas destinadas a los presos que no

han sido sentenciados, se establezcan talleres y otros equipos de trabajo indicando que se tomaran en cuenta en la sentencia.

La conducta observada y las labores que desempeñen, durante el proceso respectivo, se considerarán en la sentencia para aplicar el mínimo o el máximo que señalan las leyes punitivas en caso de ser condenados. Esto adelantaría, beneficiosamente, parte del programa rehabilitatorio que se les aplique en el tercer periodo de la privación de la libertad, al que ya nos hemos referido.

4.2 LAS DIVERSAS PENAS CONTEMPLADAS EN EL CÓDIGO PENAL VIGENTE PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Para empezar a tratar de hablar de este tema podemos decir que el artículo 73 constitucional enumera las materias sobre las que corresponde legislar al Congreso de la Unión, y entre ellas no se encuentra la materia penal.

Entiéndase, entonces, que legislar sobre ella es facultad de las legislaturas estatales. Resultado de esta disposición es que las treinta y una entidades federativas y el Distrito Federal cuentan con su propio Código Penal.

Esta multiplicidad de ordenamientos punitivos ha sido objeto de frecuentes críticas por parte de doctrinarios y litigantes, críticas que, no han conducido a modificar la situación existente. Lo que sí se ha procurado es la uniformidad de los textos a partir de la adopción y adecuación voluntarias de soluciones contenidas en los ordenamientos más avanzados.

Asimismo, ha habido intentos de contar con ordenamientos tipo, a fin de consolidar un solo sistema de justicia penal, intentos que no han fructificado, y en que no se ha insistido desde el año 1963.

En la etapa del México colonial estuvo vigente supletoriamente el derecho penal castellano. Cabe a este respecto mencionar las Partidas de 1265 y la Recopilación

de las Leyes de los Reinos de las Indias, formulada en 1680. Era también un derecho penal muy primitivo, con restos de los juicios de Dios, diferenciación de tratamiento según la clase social, aplicación del tormento, confusión constante entre los conceptos de pecado y delito, y penas crueles.

El derecho canónico tenía su propia rama penal y la Iglesia se ocupaba de juzgar en sus tribunales delitos cometidos por el clero. Establecido el régimen político federal por la Constitución de 1824, fueron surgiendo lentamente tantos códigos penales como Estados integraban la federación.

El primer texto penal del México independiente fue el Bosquejo General de Código Penal para el Estado de México, en 1831, pero no alcanzó la condición de ley. El primero en alcanzarla fue el Código Penal del Estado de Veracruz de 1835, con 759 artículos y compuesto de tres partes: la primera sobre las penas y los delitos en general, la segunda sobre los delitos contra la sociedad, y la tercera relativa a los delitos contra los particulares.

Mientras terminaba de integrarse el derecho penal nacional, subsistieron muchos de los mandamientos vigentes en la época colonial. El siguiente código del Estado de Veracruz fue obra de Fernando J. Corona, en 1868, y con él desaparecieron la pena de muerte y los delitos contra la religión. Fue el Código Penal más liberal del siglo XIX, acorde con la Constitución de 1857. Dicho código es de gran significación jurídica, pues representa junto con el Código Civil y el de Procedimientos Penales de ese Estado, el principio de la unidad legislativa.

Un momento histórico en la codificación penal federal es el Código Penal de 1871, también conocido como 'Código Martínez de Castro' o 'Código Juárez'. Integrado por 1150 artículos, encabezaban la parte especial los delitos contra la propiedad, y con él aparece de nuevo la pena de muerte, fundamentada por el autor de ese texto en que 'a Constitución exigía para su abolición un verdadero sistema penitenciario, y que éste no existía.

El 30 de septiembre de 1929 fue expedido un nuevo Código Penal, debido principalmente a José Almaráz. Sancionado sin exposición de motivos, estuvo vigente desde el 15 de diciembre de 1929 al 17 de septiembre de 1931. Con él volvió a suprimirse la pena de muerte y situó en su centro al delincuente. Fue un texto muy criticado, que por su extensión y preciosismo teórico no era fácilmente manejable en su tiempo.

El Código Penal vigente para el Distrito Federal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. La comisión redactora estuvo integrada por José López Lira, José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre y Ernesto Garza. Su contenido ha sufrido profundas y variadas modificaciones. De ellas, la más significativa es la publicada en el Diario Oficial del 13 de enero de 1984.

Posteriormente se han elaborado diversos proyectos de Código Penal que nunca llegaron a ser promulgados. Entre ellos figuran, de manera importante los de: 1944, Anteproyecto del Código de Defensa Social para el Estado de Veracruz; 1949, Proyecto Federal debido a Celestino Porte Petit, Luis Garrido y Francisco Argüelles; 1958, Proyecto Federal en el que participaron Ricardo Franco Guzmán, Francisco H. Pavón Vasconcelos, Manuel del Río Govea y Celestino Porte Petit; 1963, Proyecto de Código Penal Tipo para la República Mexicana, cuya comisión redactora se constituyó con Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Olga Islas de González Mariscal, Luis Porte Petit Moreno, y Luis Garrido, como asesor, bajo la presidencia de Fernando Román Lugo; y 1983, Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal, elaborado en el Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Ahora bien el Código Penal vigente para el Distrito Federal, es de resaltar que ha tenido importantes reformas, pero en la presente investigación nos enfocaremos a las diversas penas que contempla dicho Código, ahora bien para que haya una pena que aplicar es indispensable que haya una persona que cometa una conducta antisocial y la comisión de un delito, a lo que el artículo 7 del Código

Penal señala que "delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales..."²²⁸

Es de señalar que los legisladores al establecer esa norma jurídica se refirieron a que el acto y la omisión son las dos únicas formas de manifestación de la conducta humana que pudiera constituir delito, el acto consiste en una conducta positiva, se traduce en un hacer de lo que esta prohibido hacer o realizar, en otras palabras es un comportamiento que viola una norma que la prohíbe.

La omisión es una actividad negativa, es un no hacer o dejar de hacer, es omitir obediencia a una norma que impone un deber de hacer, ambas son conductas humanas, manifestaciones de voluntad que producen un cambio en el mundo exterior o en la vida jurídica.

La acto es un hacer efectivo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, a lo que la omisión es a contrario sensu, es un no hacer activo, corporal y voluntario.

Explicado lo anterior en lo referente a la definición que el Código Penal da sobre delito, pasaremos al tema más importante a nuestra consideración el artículo 24 que es el que señala las penas y medidas de seguridad, que a continuación se transcribe "artículo 24.- las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes.
- 4.- Confinamiento.

²²⁸ Código Penal para el Distrito Federal. Ed. Jit. Sista. México. 2001. P. 12.

- 5 - Prohibición de ir a un lugar determinado.
- 6 - Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.
- 7 - Se deroga.
- 8 - Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9 - Amonestación.
- 10 - Apercibimiento.
- 11 - Caución de no ofender.
- 12 - Suspensión o privación de derechos.
- 13 - Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14 - Publicación especial de sentencias.
- 15 - Vigilancia de la autoridad.
- 16 - Suspensión o disolución de sociedades.
- 17 - Medidas tutelares para menores.
- 18 - Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito²²⁹.

Las penas se fundan en la culpabilidad, las medidas de seguridad en la peligrosidad por ello las penas su aplicación corresponde a los tribunales penales y las medidas de seguridad, correspondiendo su aplicación a la autoridad administrativa, es de resaltar que el nuestro Código Penal no es muy claro en dicho artículo ya que no señala con claridad cuales son medidas de seguridad y cuales son penas, confundiéndose en muchas ocasiones su aplicación ya que suele ocurrir que los tribunales apliquen medidas de seguridad por penas.

Del catálogo contenido en el artículo 24 del Código Penal antes transcrito, podemos decir que no todas son penas y no todas son medidas de seguridad, a esta última solamente pertenecen a nuestra consideración los apartados 3 y 17, también consideramos que hay apartados en los cuales tienen un doble carácter, es decir, que son tanto penas como medidas de seguridad, tal es el caso de los apartados 5, 8, 9, 10, 11, 15 y 16 y podemos señalar que son propiamente penas los

²²⁹ *Ibidem*, P. 17.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

apartados 1, 6, 12, 13 y 14, pues a nuestra consideración son las únicas que reúnen los requisitos de las penas.

Al respecto el artículo 22 de nuestra Carta Magna prescribe que quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, las marcas, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales... Además señala también que queda prohibida la pena de muerte por delitos políticos y que solo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves en el orden militar.

Al respecto el artículo 24 del Código Penal vigente para el Distrito Federal ya trascrito, no comprende ninguna de las penas prohibidas por la Constitución y en cuanto a la pena de muerte el propio artículo 24 del Código Penal no señala nada al respecto, por lo tanto se puede decir que dicho ordenamiento artículo 22 de la Constitución es una norma jurídica vigente pero que no es positiva.

De lo anterior sería bueno que hubiera una nueva reforma en cuanto al artículo 24 del Código Penal y se tratara de clasificar detalladamente cuales son las penas y las medidas de seguridad no dejando ninguna laguna de la ley, para evitar confusiones de quien es el que debe aplicarlas, si es un tribunal penal o es una autoridad administrativa.

El artículo 25 del Código Penal establece que "la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años con excepción de lo previsto por los artículos 315-bis, 320, 324 y 366 en el que el límite máximo de la pena será de cincuenta años y se extinguirá en los lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva".²³⁰

²³⁰ Código Penal para el Distrito Federal. Edit. Sista. México, 2001. P. 18.

Es de recordar que el artículo 18 Constitucional distingue entre la prisión preventiva o lo que es lo mismo la detención y la pena de prisión propiamente dicha. La primera consiste en la privación de la libertad para fines sólo asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritan la pena de prisión.

La segunda consiste en la privación de la libertad como retribución por el delito cometido y de acuerdo con la sentencia judicial condenatoria correspondiente. Ambas deben ejecutarse en sitios distintos según prescribe el artículo 18 Constitucional.

También tiene relación con lo que se está comentando el artículo 20 Constitucional en su fracción X. Que establece que en toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de detención, o sea el de prisión preventiva, ésta no podrá prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley, pues sería injusto que a una persona que es participe de un delito y lo sentencian digamos por diez años de prisión, se le sumen los que ya lleva en prisión preventiva, es decir, estaría por ejemplo cumpliendo una sentencia de por lo menos 12 o 13 años de prisión.

El artículo 25 del Código Penal establece el mínimo y el máximo para la duración de la pena privativa de la libertad, siendo ésta de cuarenta años y casos excepcionales de cincuenta años, no consagra a la pena de muerte, ya que implantándola según varias opiniones no arregla nada, pues de ella no depende de que la pena de prisión sea intimidatoria o no, sino que se señala que el aumento o disminución de la pena de muerte requiere también de otros factores., lo que consideramos para que sea intimidatoria la pena privativa de la libertad es un adecuado sistema penológico moderno, científico y correctamente administrado, ya que como sabemos el mal que aqueja a nuestro país desde hace mucho tiempo es el gran monstruo de las mil cabezas que es la corrupción, ya que

con un buen sistema penitenciario y una buena administración, podemos lograr que un delincuente sea readaptado y no vuelva a reincidir y claro no hay que olvidar otros factores externos del individuo.

"Artículo 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia. Prevención general y prevención especial".²³¹

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, al que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.

El Código Penal, fija la naturaleza de las penas correspondientes a los responsables de cada delito; invariablemente señala la prisión, la multa o las otras que cataloga el artículo 24. también fija al Código Penal la duración de las penas y sus límites mínimo y máximo. La sentencia judicial no puede fijar pena alguna de naturaleza distinta a la que la ley establece, ni puede fijar términos que sean inferior al mínimo o restringirlo. Si lo hiciera recaería en el vicio de inconstitucionalidad por violar lo dispuesto en el artículo 14, párrafo 3 de la Constitución. Que prohíbe imponer pena alguna que no esté señalada en ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

En la individualización de las sanciones corresponde importante función al juzgador. Ya en las Partidas se dispuso, catar deben los jugadores cuando quieren dar juicio de escarmiento contra alguno, e qué persona es aquel contra quien lo

²³¹ *Ibidem*, P. 126.

dan. El Código Penal, sigue el sistema de la determinación legal de la duración y la naturaleza de la pena y sólo reconocer arbitrio al juez en lo relativo al concreto quantum de aquella duración. Un sistema del todo opuesto al anterior es el de la determinación absoluta, legal, de ambas, caso en el que el juez elige la sanción entre las consignadas en un catálogo general fijado por la ley, pero no para cada delito. Y un sistema intermedio es el de las penas paralelas o sea en que el juez elige entre dos sanciones de diferentes naturaleza, ambas fijadas también por la ley

El sistema mexicano, si no acoge las más radicales soluciones propuestas por la doctrina defensista, dadas las especiales condiciones de nuestro medio, permite, no obstante, en consonancia con imperativos de nuestro régimen constitucional, individualizar en cierto grado sanción pero ello a condición de que tribunales, establecimientos penitenciarios y organismos administrativos, cuenten con la debida organización y especialización así como son los auxilios técnicos suficientes.

Se ha argumentado que la individualización judicial constituye sólo un diagnóstico; y en materia de tratamiento penal, como en terapéutica al diagnóstico no es suficiente : es preciso aplicar el remedio, variable según la persona a quien se dirija. Por ello es tan importante la individualización administrativa, que funciona en el curso de la ejecución de las sanciones fijadas judicialmente.

El arbitrio judicial consagrado en el artículo 51 se completa con la facultad reconocida a los jueces y tribunales de sustituir y conmutar las sanciones artículos 70 a 76 Código Penal, con la condena condicional artículo 90 Código Penal, con la libertad preparatoria, artículo 84 y la retención artículo 88. La especialización penal es exigida a los jueces como requisito para su designación.

En la sentencia condenatoria para aplicar la pena deberán analizarse y valorarse las circunstancias que especifican los artículos. 51 y 52 Código Penal y si no se

procede en esa forma debe concederse amparo para el efecto de que se cumpla con dicho requisito.

La Suprema Corte, no tiene facultades para sustituir el criterio de los tribunales penales cuando la han usado prudentemente de acuerdo con la ley para individualizar la pena impuesta a un acusado el juez federal no puede sustituirse en el arbitrio que la ley concede al juez natural sino, tratándose de la individualización de la pena, a condición de que sean alterados los hechos o transgredidas las normas reguladoras de la prueba o las leyes del raciocinio.

Artículo 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto.

II.- La naturaleza de la acción omisión y de los medios empleados para ejecutarla,

III.- Las circunstancias del tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;

V.- La edad, la educación la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir.

Cuando el procesado perteneciere a un grupo étnico indígena, se tomarán en cuenta, además. Sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido, Y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba la gente en el momento de la comisión del delito siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Tres vértices ofrece el artículo comentado: 1, el delincuente; 2 el ofendido; y 3, el hecho delictuoso. Al delincuente se refieren los incisos 2 y 3 denominándolo el sujeto y entre los elementos de juicio que la ley señala al juez olvidó consignar el sexo; en cuanto a las condiciones económicas. En cuanto al ofendido el inciso 3 se refiere a su calidad palabra emparentada con la idea de dignidad, nobleza y jerarquía social con olvido de sus personales condiciones, edad, sexo, educación, costumbres, niveles, cultura, económico, social. Y en cuanto al hecho delictuoso la referencia se encuentra también en el inciso 1 que aumenta las circunstancias en que el delito fue ejecutado.

En el cuadro completo de elementos de juicio, que según el artículo comentado, precisa que el juez considere, es más rico que el trazado en el artículo 51, el que sólo se concreta a las circunstancias exteriores de ejecución y las personales del delincuente. La falta de concordancia entre los artículos 51 y 52 es notoria .

No obstante, por imperio del artículo 52 se concluye que la ley considera el delito como un complejo biopsíquico, físico y social no como un ente jurídico. De aquí que el juez, destinatario de la ley penal, deba tener una adecuada preparación, no sólo jurídica, sino también antropológica, psicológica, y psiquiátrica.

En uso de su prudente arbitrio el juez solicitará dictámenes periciales o cualquier otro tipo de instrumento o información que le sean útiles, ahora bien, si lo que se busca es obligar al juez, por mandato expreso de la ley, a que requiera dictámenes periciales se olvida que así como en muchas ocasiones tales

dictámenes son punto menos que imprescindibles. En otras no lo son. La personalidad del sujeto no siempre se descifra a través de dictámenes. Y en última instancia, el único dictamen importante es el juez que valora asimismo los otros.

Artículo 54.- Circunstancias incommunicables y comunicables. El aumento o la disminución de la pena, fundadas en las calidades, en las relaciones personales o en las circunstancias subjetivas del autor de un delito, no son aplicables a los demás sujetos que intervinieron en aquel.

Son aplicables, las que se funden en circunstancias objetivas, si los demás sujetos tienen conocimiento de ellas.

Aunque el Código Penal, al consagrar el arbitrio judicial restringido en sus Artículos 51 y 52, dejó de consignar el catálogo de atenuantes y agravantes que el Código Penal de 1871 y los códigos de inspiración clásica si han consignado, valorando así abstractamente en la ley una conducta, sin embargo consigna, como es lógico, en su libro II, ciertas circunstancias cuyo efecto es modificar la sanción reduciéndola o agravándola. Esas circunstancias se clasifican en: agravante, atenuante, análogas, mixtas y calificativas.

Las agravantes tienen naturaleza predominantemente objetiva. Lo son: el precio, recompensa o promesa; la inundación o el incendio, el aumento deliberado del mal que cause el delito, el carácter profesional u público del culpable, auxiliarse de gente armada, delinquir de noche, en despoblado o en cuadrilla; o contra el cónyuge, ascendientes o descendientes, o con publicidad o con escándalos innecesarios y evasión de presos.

Las atenuantes son de naturaleza predominantemente subjetivas lo son; la vejez, la ceguera, la sordomudez, los motivos elevados de carácter moral, no haber querido la gravedad que resultó del hecho incriminado, obrar con vindicación próxima de ofensa grave para el delincuente o los suyos, o por estímulos tan

poderosos que produzcan obcecación o arrebató; el arrepentimiento espontáneo, y encubrimiento.

Las análogas participan de la naturaleza de la atenuantes según la arbitral valoración jurisdiccional, siempre reconocida por la ley.

Las mixtas tienen eficacia, ya de atenuantes, ya de agravantes, también a juicio de la jurisdicción. Lo son el parentesco ; la publicidad de mayor gravedad el resultado. oposición a que se ejecuten obra o trabajos públicos, sin o con violencia, provocación a un delito o vicio y apología de ellos, si el delito es ejecutado o si no lo es, circunstancias especiales en el robo, calificativas de alevosía, premeditación, ventaja o traición en los delitos de homicidio y de lesiones.

Las circunstancias calificativas, que son modificativas de la sanción penal en un sentido agravatorio, no deben confundirse con los elementos constitutivos del tipo delictivo. Estos son elementos que lo integran y sin los cuales no puede existir. Aquéllas son accidentales, generalmente y sólo cuando la propia ley las convierte en constitutivas cambia su naturaleza; por ejemplo, el incendio, inundación o explosión en el delito de daño en propiedad ajena causados con el empleo de ese medio operativo, los que constituyen en elementos del tipo y no una calificativa.

Artículo 55.- Cuando por haber sufrido el sujeto activo consecuencias graves en su persona o por su senilidad o por su precario estado de salud, fuere notoriamente innecesaria e irracional la imposición de una pena privativa o restrictiva de libertad, el juez, de oficio o a petición de parte motivando su resolución. Podrá prescindir de ellas o sustituirla por una medida de seguridad. En los casos de senilidad o precario estado de salud, el juez apoyará siempre en dictámenes de peritos.

Se debe decir innecesaria (femenino) e irracional, y no "innecesario (masculino) e irracional", puesto que se trata de "la imposición" de una pena. En otras palabras,

las circunstancias son las que castigan y, por lo tanto, el juez se abstiene de imponer la pena.

Esto que en principio parece por demás humanitarios y piadoso, no es en realidad un substitutivo penal. ¿Qué es entonces? Formalmente se trata de una renuncia a la facultad de castigar. ¿Pero desde el punto de vista material o esencial no significa . acaso. Que aquí hay un delito sin pena? Me acuerdo ahora de Mezger: la pena es la consecuencia jurídica del delito y, a contrario sensu, el delito es así el presupuesto jurídico de la pena.

Pero estamos en presencia, en el caso que me ocupa, de un delito sin pena; y sin pena no por substitución de la misma o imposibilidad física de aplicarla sino por renuncia explícita a la misma. Tal parece que de alguna forma se afecta el principio de legalidad consagrado en la propia Constitución: *nullum crimen sine poena, nulla poena sine crimen*. Lo que no significa que nos disguste el sentido humanitario del nuevo texto: aunque lo que proponemos es que jamás se abandone el criterio jurídico, que bien se podría conciliar con aquel sentido humanitario.

¿Por qué no hablar mejor de una pena que por su calidad y condición sea hasta una especie de estímulo moral en el dolor? Dicha pena, además, tendría sin duda el carácter de substitutivo.

Artículo 60.- En los casos de delitos culposos se impondrá hasta la cuarta parte de las penas y medidas de seguridad asignadas por la ley al tipo básico del delito doloso, con excepción de aquellos para la ley señale una pena específica. Además se impondrá en su caso, suspensión hasta de diez años, o privación definitiva de derechos para ejercer posesión, oficio, autorización, licencia o permiso.

La culpa o imprudencia es grave cuando el resultado ha podido ser previsto por el común de los hombres, por ser normalmente previsible. Es leve cuando la capacidad de prever el resultado sólo es posible en hombres diligentes. Y es levisima cuando sólo lo es en los extraordinariamente diligentes.

Los grados de la culpa, como se advierte. Son necesariamente individualizables, pues su adecuación va de lo abstracto a lo concreto. La especie consistente en la culpa levisima, según la comunis opinio. Debe pasar sin sanción penal. Pues rebasa la capacidad normal humana media de previsión. Las otras dos, según las soluciones clásicas, deben ser objeto de sanción inferior a la que correspondería al delito doloso, siendo mayor la de la culpa grave que la de la leve.

En la redacción primitiva del Artículo 60 se hablaba de imprudencia leve o grave. En el texto ahora vigente se ha suprimido esta clasificación. Quedan, por tanto, dos especies de imprudencia con efectos en la pena: la imprudencia con representación y la sin representación. En la primera el agente se presenta el resultado esperando que no ocurra: en la segunda no se lo representa tales son las dos especies que el juez debe considerar a su prudente arbitrio.

La doctrina moderna sostiene la necesidad de acudir a sanciones reeducadoras y no propiamente penales, para los delincuentes culposos o imprudenciales, pues su conducta obedece a un defecto psicofisiológico que reduce la capacidad de previsión, de atención de precaución.

Artículo 61.- En los casos a que se refiere la primera parte del primer párrafo anterior se exceptúa la reparación del daño siempre que al delito doloso corresponda sanción alternativa que incluya una pena no privativa de libertad aprovechará esa situación al responsable de delito culposo.

Dado el sistema de mínimos y máximos que el Código Penal adopta al fijar las penas, y el arbitrio judicial reconocido en los Artículos 51 y 52 "las tres cuartas

partes" en relación con la pena que correspondería al delito de ser doloso, no pueden ser fijadas sin antes colocarse en la hipótesis de que, en efecto, lo es y que pena lo correspondería.

Como la proporcionalidad artificiosa nada aclara, en la práctica se fija la pena que se considera adecuada con sólo tomar como simple referencia el mínimo y el máximo legales y se establecen las tres cuartas partes de la duración de la pena, con lo que se obtiene el máximo; y obtenido se fija el término que no debe rebasarlo.

El Artículo comentado carece así, de razón de ser, dada la sistemática del Código Penal y sólo obedece a su antecedente: los Artículos 199 y 200 Código Penal 1871, que sí tenían justificación en este código dado que en él se siguieron los lineamientos clásicos, por lo que se estableció una métrica penal basada en un arbitrio judicial mínimo y en el juego contradictorio de agravantes y atenuantes que obliga al juez a fijar matemáticamente la pena obtenida de una ecuación, en cada caso concreto.

4.3 COMO SE REGLAMENTA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN LA LEY DE EJECUCION DE SANCIONES PARA EL DISTRITO FEDERAL

Ahora toca el turno de hablar acerca de como se reglamenta la aplicación de penas en la Ley de Ejecuciones y Sanciones para el Distrito Federal, ésta ley entra en vigor siendo jefe de gobierno del Distrito Federal Cuauhtemoc Cárdenas Solórzano, y es publicada en la Gaceta del Diario Oficial del Distrito Federal y en el Diario Oficial de la Federación el 17 y 30 de septiembre de 1999 respectivamente.

La corrupción en los centros de readaptación social podría evitarse si se privatizan los sistemas de seguridad y custodia, y la iniciativa privada participa en la creación de empleos y apertura de escuelas para los internos.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

La nueva Ley de Ejecuciones y Sanciones Penales para el Distrito Federal, exige trabajo y educación para los reclusos en centros penitenciarios, no obstante, los talleres están cerrados o las escuelas no tienen la capacidad instalada para atenderlos.

Los principales males del sistema carcelario: sobrepoblación, corrupción, deshumanización y falta de profesionalización del personal que desde 1980 –año en que se abrió el último reclusorio preventivo en la capital– hasta la fecha, sufre la carencia de personas capaces de enfrentar la readaptación social, lo cual es una constante.

En este contexto, la necesidad de que el personal encargado de vigilancia y custodia cuente con amplio conocimiento en materia de seguridad carcelaria, derechos humanos, trato a las personas, relaciones humanas y psicología del criminal, es notable no podemos tener 'robots' para intimidar a los presos.

Además, se requiere también la participación interdisciplinaria de profesionistas, como son los trabajadores sociales, psicólogos, pedagogos, criminólogos y médicos, entre otros, para proporcionar tratamiento integral a los presos.

Cuando un individuo ingresa a la cárcel hay que saberlo canalizar, porque se enfrenta a un mundo desconocido. Estos lugares son considerados la parte oscura de la sociedad y, por ende, quienes ahí laboran también forman parte de ese mundo.

Es primordial que los reclusos tengan ocupación laboral, porque les permite dignificarse y contribuir al gasto familiar.

La misión en las prisiones, sostuvo tal ley, es lograr la readaptación del interno, sin embargo, no se logra porque la capacidad instalada está desfasada y no brinda seguridad ni vigilancia.

Hay que eliminar el trato preferencial a quienes cuentan con recursos económicos. La corrupción en los centros penitenciarios, es recurrente, porque es la 'llave' para satisfacer cualquier requerimiento de los internos.

Esta ley si se aplica correctamente puede tener los siguientes beneficios a reclusos

La ley penitenciaria vigente en el país data de 1971, por lo se plantea la Ley del Sistema Penitenciario cuyo antecedente es la Ley de Ejecución de Sanciones Penales donde exponemos la necesidad de regular la vida interna de los reclusos así como su administración.

Se puede destacar el tratamiento en externación, un beneficio que pueden obtener las personas sentenciadas a una pena de cinco a siete años de prisión, que sean primodelincuentes y que hayan trabajado y estudiado durante la reclusión.

Los beneficiados podrán salir durante el día a trabajar o estudiar y recluirse en centros de externación que actualmente se están acondicionando. La intención de hacer esto es que hay personas que cometieron un delito no grave: por ejemplo. chocaron en su automóvil y en el accidente murió alguien y no han estado antes en prisión.

Al permanecer en las cárceles se contaminan, en lugar de readaptarse.

Una de las características de esta Ley de Ejecución de Sanciones Penales es que establece los requisitos para obtener estos beneficios. Además, si algún interno los cumple pero la autoridad ejecutora le niega el derecho a recibirlos, el recluso puede impugnar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Esto es algo que antes no se podía hacer, el otorgar o no este beneficio quedaba al libre arbitrio de la autoridad.

En cuanto al procedimiento para realizar las visitas, se pide que en los centros femeniles y varoniles, el personal sea del mismo sexo que los internos para que haya respeto.

Una de las quejas que está relacionada con la detección de droga en los reclusorios las familiares de las internas y éstas mismas son sometidas a revisiones vaginales por medio del tacto, lo que es incorrecto. Deben usarse métodos modernos para detección de drogas.

También un grave problema es sobre la *fajina* (una práctica común en los reclusorios que consiste en hacer la limpieza, generalmente de los sanitarios, con un pequeño pedazo de franela).

Proponemos que esta se termine porque es un problema de corrupción, ya que alguien que no quiere hacer el trabajo que debe hacer sólo da un dinero y ponen a otro a hacerlo.

Estamos conscientes de que este problema tiene muchos años de rezago, pero pensamos que con esta ley vamos a contribuir a sentar las bases para que mejore el sistema penitenciario, lo que va a tardar un buen tiempo. Tiene que haber disposición y mucha voluntad política de las autoridades para que esto pueda ir cambiando.

La ley también contempla que los enfermos de SIDA (que están en fase terminal), cáncer o cualquier otro mal, puedan retirarse a sus casas.

Claro que esto tiene que ser valorado por la instancia correspondiente que sería el Instituto de Salud del Distrito Federal, que determinará qué caso es procedente o no.

Se está buscando la manera de proponer que no estén sufriendo. A partir de que están pagando su condena, procurar que haya medicinas suficientes -en el caso de los portadores del Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH)-, aunque sabemos que el presupuesto es bajo y que los medicamentos para el VIH son muy caros (el

tratamiento cuesta entre 11 mil y 12 mil pesos, aproximadamente) pero hay que hacer algo importante en este sentido.

Los graves problemas de inseguridad que agobian a la sociedad mexicana, imputables, entre otros muchos factores, a las visibles deficiencias del Estado en la prevención, persecución, procesamiento y castigo de los delitos, ha colocado nuevamente, como tema de discusión, a la pena de muerte.

La añeja polémica se reduciría a un debate meramente intelectual, si no fuera porque en él participan los diputados al Congreso de la Unión, con la pretensión de reinstalar esta sanción en el Código Sustantivo Penal del Distrito Federal y la Federación, para aquellos delitos a que se refiere el artículo 22 Constitucional.

Nuestra Carta Magna prohíbe la pena de muerte por delitos políticos y, en cuanto a los demás, señala claramente que sólo podrán imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los reos por delitos graves del orden militar.

Si tuviéramos que aplicar el principio de la retribución, tendríamos que concluir que la pena de muerte sólo puede corresponder al homicidio calificado y, de ninguna manera, a los daños por incendio, al plagio, al asalto o a la piratería marítima o aérea, a menos que estas últimas hipótesis fueran medios alevosos para cometer homicidio.

El argumento predilecto de los clásicos según Barbero Santos, que aún en nuestros días goza de favor, es el de que para la seguridad de los ciudadanos es necesaria, en determinados casos, la eliminación del delincuente, sobre todo, cuando sea irrecuperable y su peligrosidad incompatible con la paz social. Sin embargo, la seguridad colectiva no puede erigirse en el único factor legitimante de una pena eliminatoria, impuesta por el Estado a causa del delito.

Si los factores que impulsan al hombre criminal derivan de las muchas injusticias sociales o de las deficiencias del Poder Público en materia de prevención de los delitos, entonces la pena de muerte constituye una nueva injusticia y un reconocimiento implícito de la incapacidad estatal para impedir la delincuencia.

César Bonesana, Marqués de Beccaria, sostuvo durante el Siglo de las Luces, que la protección social no puede obtenerse por medio del terror, porque en la misma proporción en que el castigo se vuelve más cruel "los espíritus de los hombres se endurecen, se amoldan por sí mismos, como fluidos, al nivel de los objetos que los rodean

El terror obedece a su propia ley de pérdida de energía: En una época en que están en uso castigos excesivos, los individuos no temen más la horca que la prisión bajo un régimen más humano. Advierte que la barbarie legal puede convertirse en una barbarie común porque "el mismo espíritu de ferocidad que guía la mano del legislador guía la del parricida o del asesino".

Beccaria advirtió, por otra parte, que "La severidad de las penas engendra la impunidad de los delitos", porque los hombres vacilan en infligir a sus semejantes los castigos excesivos previstos en leyes inhumanas, ya que éstos son menos eficaces para prevenir el crimen que los castigos moderados, pues estos últimos se aplican sin demora y sin vacilación.

A los que sostienen que la pena de muerte es ejemplar y, por lo tanto, intimidatoria, el mismo autor responde que "si las pasiones han enseñado a derramar la sangre humana, las leyes, moderadoras de la conducta de los mismos hombres, no debieran aumentar este fiero documento, tanto más funesto cuando la muerte legal se da con estudio y pausada formalidad. Parece un absurdo - sostiene Beccaria- que las leyes, esto es, la expresión de la voluntad pública, que detestan y castigan al homicidio, lo cometan ellas mismas y que, para separar a los ciudadanos del intento de asesinar, ordenen un público asesinato.

La pena de muerte podrá tener efectos intimidatorios para algunas personas, pero el homicidio al que va vinculada no es siempre premeditado y sí, en cambio, producto de la emoción violenta que no analiza ni le preocupa las consecuencias jurídicas del hecho ilícito. Por otra parte, el homicida, amenazado de muerte por el Código Penal, se vuelve el más peligroso de los delincuentes porque no tiene nada que perder.

Pero independientemente de las muchas razones en contra de la ejemplaridad, intimidación y justicia de la pena de muerte, son dos los argumentos que lastiman la conciencia de cualquier hombre justo: la oportunidad de readaptación que cualquier humano merece, por muy grave que sea su delito, y la reparabilidad o suspensión de la pena cuando se demuestre que la sentencia condenatoria se basa en un error judicial.

Admitamos, sin embargo, que la pena de muerte sería necesaria, cuando el delincuente no pueda ser rehabilitado, manifieste la máxima peligrosidad social y no haya temor de cometer una injusticia.

Para que un individuo sea calificado como irrecuperable, se requiere que sea sometido primero a un tratamiento que hubiera rehabilitado a un hombre normal pero que en él no tuvo efectos, lo que significa que el Sistema Penitenciario Mexicano es, en principio, capaz de readaptar al delincuente y que la pena de muerte sólo se aplicaría a reincidentes.

La peligrosidad que haría procedente esta sanción, no se mediría sólo por el delito de homicidio cometido, sino además, por el temor fundado de que el sujeto atente nuevamente contra la vida de otros ciudadanos, lo que sólo es posible por un diagnóstico de personalidad clínicamente inatacable.

Ante la irreparabilidad de la pena de muerte, debe excluirse absolutamente la posibilidad de errores judiciales, es decir, garantizar que la administración de justicia es infalible en sus resoluciones.

Si fuera cierto que el Sistema Penitenciario es incapaz de readaptar al delincuente, que el pronóstico de peligrosidad no es absoluto y que las resoluciones judiciales en México no son confiables, entonces la pena de muerte aplicada a pesar de estas realidades, no puede ser otra cosa que una medida injusta, vindicativa e irreparable, por lo que debe rechazarse a pesar de la permisión constitucional.

Es posible que la comunidad que representamos reclame la exclusión de los delincuentes de alta peligrosidad social, sin atender las discusiones filosóficas o morales sobre la pena de muerte, pero también es cierto que no es la exterminación física del delincuente la única sanción con efectos eliminatorios, esta misma característica se encuentra en la prisión perpetua o presidio vitalicio, que sí tiene efectos intimidantes porque en palabras de Ovidio Casio *Majus exemplum esse viventis miserabiliter criminosi quam occisi* (Mayor ejemplo es un criminal más miserablemente vivo que muerto).

Es por eso que, para evitar los desaciertos de una muerte ordenada por el Estado, sugerimos a los respetables miembros de esta Cámara de Legisladores, que exploremos los beneficios de aplicar, en los casos extremos, la pena de muerte pero sólo desde el punto de vista legal.

La prisión perpetua impuesta a los delincuentes contra la vida, que presenten antecedentes penales por delitos de la misma inclinación, calificados pericialmente como altamente peligrosos, constituye una medida punitiva que sí permite la reparación de los errores judiciales y muestra a la sociedad un triste ejemplo de vida orgánica privada de libertad y de derechos civiles y políticos, más dolorosa que la muerte misma y, por lo tanto, de mayor efecto intimidatorio.

La pena de muerte virtual que proponemos, supone consecuencias en los derechos de familia, laboral y político, entre otros, ya que el juez, además de condenar al delincuente a la reclusión por vida en centros penitenciarios especiales, deberá privarle de todo derecho personal y patrimonial, reservándole solamente sus garantías a la vida, la integridad corporal y la dignidad humana.

La prisión perpetua con efectos de muerte legal deberá disolver el matrimonio, concluir la patria potestad, abrir la sucesión que corresponda y todos los demás efectos legales que produciría la muerte real, tanto en el campo laboral como en el de los derechos políticos, entre otros, sin derecho a visitas y, menos todavía, a beneficios de libertad.

Para que el delincuente así condenado no constituya una carga excesiva para el Estado y la sociedad, el régimen penitenciario debería incluir el trabajo jurídicamente obligatorio como condición de beneficios al interior del centro penitenciario, entendido como un sistema progresivo pero sin oportunidad alguna de libertad, a no ser la declaración de inocencia o indulto necesario, cuando el interno compruebe su inocencia, caso en el cual será puesto en libertad y rehabilitado en sus derechos.

Cualesquiera que fueran las críticas y las dificultades para instrumentar una sanción como la descrita, seguramente serían menos graves y perjudiciales que la aplicación de la pena de muerte, ya que incluso los gastos mantenimiento no guardan proporción con el costo social del delito.

Por eso proponemos respetuosamente a los integrantes de esta H. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión que, con fundamento en lo dispuesto por la fracción II del artículo 71 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como en la fracción II del artículo 55 del Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso se someta a consideración de esta asamblea la Iniciativa que adiciona un párrafo al artículo 25 y un artículo 46 bis, así como la modificación del encabezado correspondiente al capítulo IX, título segundo, del Código Penal y un artículo 714 bis al Código Civil, ambos aplicables en el Distrito Federal, en lo que toca al fuero común y en toda la República en la materia federal, además de un párrafo al artículo 7° de la Ley que establece la Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados, observando la siguiente redacción:

Decreto que adiciona el Código Penal y el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, así como la Ley de Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados

Artículo 1° Se adiciona el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar en los siguientes términos:

Artículo 25. La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia se computará el tiempo de la detención.

La pena de prisión podrá ser perpetua y cumplimentada en centros especiales, cuando el responsable de un homicidio calificado por las circunstancias previstas en los artículos 315, 315 bis y 323 de este Código, tenga uno o varios antecedentes penales por delitos de la misma inclinación y a juicio del Juez, después de escuchar el dictamen pericial, se trate de un individuo altamente peligroso.

Artículo 2°. Se adiciona un artículo 46 bis al Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, así como el título correspondiente al capítulo IX, del título segundo para quedar como sigue: Pérdida y Suspensión de Derechos

Artículo 46 bis. La pena de prisión vitalicia hará perder al responsable todos los derechos de familia, civiles y políticos, en los mismos términos que la presunción de muerte, conservando el reo sus garantías a la vida, la integridad corporal y la dignidad humana.

Artículo 3. Se adiciona un artículo 714 bis al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, para quedar en los términos siguientes:

Artículo 714 bis. La pena de prisión perpetua tendrá los mismos efectos que para la presunción de muerte se prevén en este capítulo, pero todos ellos tendrán carácter definitivo, a menos que el sentenciado obtenga la declaración de inocencia.

Artículo 4. Se adiciona un último párrafo al artículo 7° de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, con el siguiente contenido:

Artículo 7°. El régimen penitenciario tendrá carácter progresivo y técnico y constará, por lo menos.

Se procurará iniciar el estudio de personalidad del interno desde que éste quede sujeto a proceso.

Cuando se imponga la pena de prisión perpetua no se aplicará el tratamiento preliberacional, ni se otorgará ningún beneficio, pero el interno gozará de mayor libertad dentro del establecimiento y participará en las actividades recreativas y culturales, en función de resultado de los estudios de personalidad y su comportamiento.

Los condenados a prisión perpetua serán reclusos en centros especiales y tendrán la obligación de trabajar dentro de la institución y cooperar, en la proporción que imponga la Dirección General de Prevención y Readaptación Social, con los gastos de mantenimiento.

4.4 DE LA REGULACIÓN DE LA PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD EN LEGISLACIONES SECUNDARIAS.

Al hablar de diversas penas contempladas en las legislaciones secundarias que son de aplicación en el Distrito Federal, las que tratan de materia local y otras que son de aplicabilidad federal, nos estamos refiriendo a la pena de prisión y la de multa, en muchas legislaciones aunque no son de carácter penal señalan penas

de prisión y de multa, esto tiene su razón de ser, pues aunque se supone que la única legislación encargada de contener normas jurídicas que sancionan conductas que se consideran delitos son los Códigos Penales, tan bien es cierto que es imposible que un Código contenga todas las conductas que se consideran como delitos y en todas las materias.

Es por lo que en el presente inciso trataremos de señalar las legislaciones más conocidas, en las cuales se contienen disposiciones que establecen penas como la de prisión o la multa.

Empezaremos por hablar sobre la Ley reglamentaria del artículo 5° Constitucional, en la cual se norma como debe de ser el ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal.

En su artículo 61 señala que: "los delitos que cometan los profesionistas en ejercicio de la profesión serán castigados por las autoridades competentes con arreglo al Código Penal"²³², y el artículo 62 establece que: "el hecho de que alguna persona se atribuya el carácter de profesionista sin tener título legal o ejerza los actos propios de la profesión, se castigará con la sanción que establezca el artículo 250 del Código Penal vigente"²³³

Es de observar que en este caso la Ley reglamentaria del artículo 5° Constitucional establece una conducta que posiblemente pueda constituir un delito pero al no fijar el mínimo y máximo de la pena, remite al Código Penal vigente para el Distrito Federal, este último en su capítulo VII tiene reglamentado lo relativo a la usurpación de funciones públicas o de profesión y el uso indebido de condecoraciones, grados, divisas e insignias.

²³² COMPILA 2000.

²³³ Idem.

Es de observarse que el anterior artículo mencionado, es decir, el artículo 250 del Código Penal señala propiamente una pena de prisión que es de uno a seis años y también señala una multa que es de cien a trescientos días de salario mínimo, aclarando que el anterior artículo ha tenido reformas, siendo estas últimas las realizadas el 17 de septiembre de 1999.

Esta ley también le da facultad a la Dirección General de Profesiones, de imponer multas, independientemente de las sanciones penales que se han comentado.

Esta ley reglamenta la debida práctica de cada una de las profesiones, resaltando que solamente incurren en responsabilidad aquellos que realizan una actividad y ésta necesite cédula profesional para su práctica, no ocurriendo en aquellas profesiones que sea necesario saber únicamente el arte u oficio.

Ahora hablaremos de la Ley del Servicio Militar Obligatorio, en la cual en su artículo 50 señala que: "todo acto por el cual se pretenda eludir la inscripción de algún individuo de edad militar, ya sea que provenga de él mismo o de terceras personas, será consignado a los tribunales del orden federal, y el responsable, castigado con pena de un mes a un año de prisión"²³⁴

El artículo 53 establece: "todo el inscrito en las listas del contingente destinado a formar parte del activo, y hecha la publicación en su lugar de residencia o por medio de citas, no se presente a la autoridad respectiva sin causa justificada dentro del plazo de tres días siguientes al plazo establecido, será castigado con treinta días de prisión"²³⁵

La anterior ley establece sus propias penas, en este caso es la de prisión, no señalando ninguna de multa, hasta cierto punto se puede decir que la imposición

²³⁴ Idem.

²³⁵ Idem.

de penas es autónoma pues no acude a ninguna legislación secundaria como el Código Penal para la aplicación de penas ya como lo hacen otras legislaciones.

Continuando con nuestra exposición, señalamos que en la Ley Federal del Trabajo, se establece, un gran número de multas superando las conductas que se castigan con penas de prisión, la imposición de multas se hace tomando en cuenta el salario mínimo general vigente, en el momento en que se cometa la violación a la Ley Federal del Trabajo, al respecto los artículos que hablan del tema que se esta tratando es del 992 al 1010.

Como ejemplo de una sanción pecuniaria se puede señalar el artículo 997 "que señala que: al patrón que viole las normas protectoras del trabajo del campo y del trabajo a domicilio se le impondrá multa equivalente de 15 a155 veces el salario mínimo general"²³⁶

Señalando como máxima pena pecuniaria la cantidad de 315 días de salario mínimo general vigente en el área en donde se encuentre y una pena mínima de 3 días de salario.

Un claro ejemplo de que esta ley establece, como ya se mencionó, pena de prisión es el artículo 1004 que reza: "al patrón de cualquier negociación industrial, agrícola, minera, comercial o de servicio que haga entrega a uno o varios de sus trabajadores de cantidades inferiores al salario fijado como mínimo general o haya entregado comprobantes de pago que amparen suma de dinero superiores a las que efectivamente hizo entrega, se le castigará con penas siguientes:

I.- Con prisión de tres meses a dos años de prisión y multa que equivalga hasta 20 veces el salario mínimo general, cuando el monto de la omisión no exceda de un mes el salario mínimo general en la zona correspondiente.

²³⁶ Agenda Laboral. Ediciones Fiscales ISEF. P.261.

II.- con prisión de tres meses a dos años y multa que equivale hasta 50 veces el salario mínimo general, cuando el monto de la omisión sea mayor al importe de un mes, pero no exceda de tres meses el salario mínimo general en la zona correspondiente.

III.- Con prisión de tres meses a tres años de prisión y multa equivalente a 100 veces el salario mínimo general, si la omisión excede a los tres meses de salario mínimo general de la zona correspondiente".²³⁷

Cuando un patrón incurre en tales circunstancias y si el trabajador lo puede acreditar, se hará saber a la Junta de Conciliación y Arbitraje ya sea local o Federal según el caso y también se pedirá que se de intervención al Ministerio Pública para la investigación de dichas anomalías.

Otra ley que establece pena privativa de prisión es la ley de vías generales de comunicación, que en su artículo 536 establece que: "se impondrá de quince días a seis años de prisión, y multa de diez a cinco mil pesos, al que de cualquier modo destruya, inutilice, apague, quite o cambie una señal establecida para la seguridad de las vías generales de comunicación o medios de transporte".²³⁸

Si el delito fuere cometido por imprudencia y con motivos de tránsito de vehículos por carretera, aquél sólo se perseguirá por querrela, la cual únicamente podrá formularse cuando no se repare el daño en un plazo de treinta días naturales, en este caso, el delito se sancionará con multa hasta por el valor del daño más la reparación de éste.

Al igual que las anteriores leyes, esta señala penas privativas de la libertad y penas pecuniarias, es decir, multas, a lo anterior es de aclarar que no nada más se mencionan en las diversas legislaciones uno o dos artículos que hablan de

²³⁷ Ibidem P. 281.

²³⁸ COMPILA 2000.

pena de prisión o de multas, sino que para fines prácticos solamente se están tomando algunos artículos, transcribiendo lo más importante.

Otra ley que se apoya a las disposiciones de otro Código es la Ley de Amparo, si bien es cierto y es menester recalcar que la ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es publicada el día diez de enero de mil novecientos treinta y seis en el Diario Oficial de la Federación entrando en vigor el mismo día de su publicación.

A partir de entonces se ha venido reformando y modificando a las necesidades básicas de nuestra sociedad, sin embargo en todo tipo de leyes y tratándose de materia distintas cabe mencionar que siempre se encuentran previstos la comisión de delitos, de tal suerte que esta Ley no es la excepción y en el contenido de su articulado se encuentran insertos algunos que se harán mención.

Y así el artículo 198 señala: "Los jueces de Distrito, las autoridades judiciales de los Estados, del Distrito Federal, en función de aquellos, los presidentes de las Juntas de Conciliación y Arbitraje y Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, son responsables de los juicios de amparo por los delitos de faltas que cometan, ya en la substanciación de estos, ya en las sentencias, en los términos que los definen y castigan el Código Penal para el Distrito Federal y la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como este capítulo".²³⁹

Ahora bien, el artículo 199 establece: "El Juez de Distrito o la autoridad que conozca de un juicio de amparo o del incidente respectivo, que no suspenda el acto reclamado cuando se trate de peligro de privación de la vida, o alguno de los actos prohibidos por la Constitución Federal, si se llevará a efecto la ejecución de aquél, será castigado como reo del delito de abuso de autoridad, conforme a las disposiciones del Código Penal aplicable en materia federal"²⁴⁰

²³⁹ Idem.

²⁴⁰ Idem.

Como ya se ha mencionado esta legislación al igual que otras señala castigos como destitución de su puesto a un Juez de Distrito si ha incurrido en alguna conducta anormal, pero en la imposición de pena de prisión y de multa recurre al Código Penal tanto en materia local como en materia Federal según el caso.

Tipificándolos en delitos de abuso de autoridad, o también contempla delitos contra la administración de justicia cometida por servidores públicos, así es que tenemos que recurrir a otras legislaciones para saber cual es el tipo penal y cual es la pena que le corresponde a tal acto u omisión.

Otro claro ejemplo de legislaciones que establecen sus propios delitos y por obviedad sus propias penas, es la ley federal de juegos y sorteos que señala en su artículo 12 que: "se impondrá prisión de tres meses a tres años y multa de quinientos a diez mil pesos y destitución de su empleo o cargo a los empresarios, gerentes, administradores, encargados y agentes de lotería o sorteos que no cuenten con autorización legal, no quedan incluidos en esa disposición los que hagan rifas sólo entre amigos y parientes".²⁴¹

A los dueños, organizadores, gerentes o administradores de caso o local, abiertos o cerrados, en que se efectúen juegos prohibidos o con apuestas, sin autorización de la Secretaría de Gobernación, así como los que participen en empresas de cualquier forma.

Está ley aplica también sanciones que van desde un mes a dos años y multas de cien a cinco mil pesos a los que arrienden un local para que se lleven acabo juegos prohibidos, apuestas, o cualquier otra similar sin el permiso de la Secretaría de Gobernación, también es aplicable a los jugadores y espectadores que asistan al local en donde se juegue de forma ilícita.

²⁴¹ Idem.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

De lo que se puede señalar que muchas ocasiones no importa que haya esta ley, pues hay muchos eventos en donde se apuesta dinero clandestinamente, tal vez una de las causas de que existan estos centro de vicio es la misma corrupción, siendo que los dueños de esos lugares al estar en contacto con una persona con poder o como vulgarmente se le llama "palanca" se siente protegido pues sabe que nadie le va a hacer algo, pues tiene el apoyo de el que da los permisos, por lo anterior no le intimida estas disposiciones ni mucho menos ir a la cárcel o pagar una multa.

Otra de las leyes que establece sus propias leyes pero también se apoya en el Código Penal Federal, es la Ley Federal de Armas y Explosivos de Fuego, en la cual en sustancia establece las penalidades y multas por la portación, al acopio, a la transmisión de la propiedad o a quien posean una arma prohibida por la ley.

Como ejemplo podemos señalar el artículo 81 de la ley que estamos tratando que señala: "se sancionará con pena de dos a siete años de prisión y de cincuenta a doscientos días multa, a quien porte un arma de las comprendidas en los artículos 9 y 10 de esta ley sin tener expedida la licencia correspondiente. En caso de que se porten dos o más armas, la pena correspondiente se aumentará hasta en dos terceras partes".²⁴²

De esta ley estamos de acuerdo que la portación de arma sea un delito considerado grave y de índole Federal, pero para que fuese la pena más intimidante aún, propondríamos que la pena se aumentara y fuera más difícil los requisitos para la portación o tenencia de un arma, y que también se subsanara una gran laguna que hay en la Constitución, pues no define que se entiende por portación y que se entiende por tenencia, pues muchos de ahí se agarran para desvanecer datos y lograr que una persona que la detuvieron por portación de arma salga libre.

²⁴² Idem.

Un ley más que establece sus propias penas es la Ley Federal de monumentos y Zonas Arqueológicas artísticas e Históricas. Uno de los principales artículos que se menciona es el artículo 48 de dicha ley, pues, establece que "al que valiéndose del cargo o comisión del Instituto Nacional de Antropología e Historia o de la ejecución de éste para la ejecución de trabajos arqueológicos, disponga para sí o para otro de un monumento arqueológico mueble, se le impondrá prisión de uno a diez años y multa de tres a quince mil pesos".²⁴³

Si los delitos previstos en esta ley los cometen funcionarios encargados de la aplicación de la misma, las sanciones relativas se aplicarán independientemente de las que correspondan conforme a Ley de Responsabilidades de Funcionarios y Empleados Públicos.

Una de las cosas que se ve bien de esta ley es que independientemente de la pena que establece, también recurre a otras leyes para agravar más la pena cuando se trate de personas que cometan el delito y que sean funcionarios.

Al igual, esta ley también trata sobre los que aún no siendo funcionarios cometen los delitos, en lo que respecta a monumentos y zonas arqueológicas, pero pensamos que más que aumentar la penalidad se debería tipificar como delito autónomo, pues al saber el Ministerio Público de la comisión de un delito, por decir un ejemplo, del saqueo de una zona arqueológica, lo tipifica como robo, siendo que debería ser una causa de agravación, por tratarse de zonas arqueológicas o monumentos y al ser considerados como patrimonio de la humanidad, deberían tener un trato más severo.

Una legislación más que se relaciona con el Código Penal Federal, es la Ley Federal de Derechos de Autor, que impone multas como pena de prisión, lo que es criticable es que esta última ley impone multas y pena de prisión demasiadas bajas, a comparación de los daños y perjuicios que se pueden ocasionar al

²⁴³ Idem.

creador de una obra de arte, a la creación de una melodía, a una marca determinada o cualquier otro producto que sea susceptible de copiar sin autorización.

Pensamos que esta ley deberían depurarla y aplicar penas más severas, pues como es sabido y como se vive en la actualidad, el mayor porcentaje de las cosas que se venden en la calle son productos piratas, y pensamos que este tipo de gentes que se da a la tarea de copiar casi todo como si fueran originales, se les debe de aplicar una penalidad muy severa, como si fuera un delito grave, pues no solamente daña a la industria o artista, sino que también daña a la sociedad en conjunto pues son productos de mala calidad y que no tienen la vida que podría tener un producto original.

Posiblemente es una causa también por lo que la pena ya no resulta ser intimidatoria, pues las penas en este caso son muy leves y pensamos que la ley debería proteger más al derecho de autor.

4.5 COMO REGLAMENTA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS EN LA LEY DE NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SENTENCIADOS.

Es de resaltar la profunda preocupación que hay en la organización del sistema penitenciario a nivel nacional, cifándose a los lineamientos que señala la constitución política del país, consciente de que la obra que realiza en materia de política penitenciaria esta incompleta y no alcanza sus mejores resultados, no se debe de olvidar la prevención del delito y el tratamiento de los delincuentes. y fue precisamente esto lo que genero la expedición de la ley de normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados.

Estas normas, que indudablemente han acogido los más modernos criterios teóricos y técnicos sobre readaptación social, llevan consigo la recomendación del congreso

de la unión para que se realice también en cada entidad federativa una verdadera reforma penitenciaria.

Esta ley que establece los normas mínimas sobre readaptación social de sentenciados, a la impostergable necesidad de estructurar un sistema penitenciario acorde con nuestros mandamientos constitucionales y con el grado de desarrollo alcanzado por cada entidad, que, sin dejar de ser eficaz instrumento para proteger a la sociedad, alcanza otros objetivos; readaptar el delincuente, favorecer la prevención de los delitos, la reforma y educación de los reclusos y la necesaria reincorporación social del excarcelado.

Es importante decir, que hay que adoptar los lineamientos esenciales de la ley de normas mínimas mencionada, con las modificaciones y adaptaciones que las necesidades locales requieran, pero que, de todas formas, permitan llevar a los reos condenados que sufren reclusión en diversos establecimientos penitenciarios de la entidad, los beneficios y tratamiento que la ciencia penal moderna aconseja.

En esta ley se establecen reglas de carácter general para el tratamiento de los infractores, tendientes a organizar el trabajo, la capacitación y educación de los reclusos, como medios para su readaptación social, y contempla, además, instituciones de preliberación, remisión parcial de la pena, permisos de salida y asistencia al liberado.

Por ello será posible que con todo empeño y dedicación de parte de los estados y con el concurso de la ciudadanía, en la medida de sus posibilidades, pueda implantarse y aplicarse en favor del grupo social que por alguna circunstancia ha perdido uno de los más preciados valores como es la libertad, un adecuado sistema, que en atención a la conducta del recluso, el auxilio del estado y de la sociedad, al obtener su libertad legítimamente, se reincorpore al seno de su familia y el conglomerado social sin perjuicio alguno.

Ley que establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados del 10 de enero de 1973. En la actualidad, como resultado de un proceso de largo tiempo las penas o sanciones que reciben los sentenciados han venido humanizándose, es por eso que la readaptación social y en todo el país es de gran interés. Dentro de este marco, la finalidad de la pena en los sentenciados debe ser la readaptación del preso y con esto evitar que el delincuente al quedar en libertad reincida en la comisión de delitos.

Retomando lo anteriormente dicho esta ley organiza el sistema penitenciario, y de la misma forma se hace conveniente la creación de instalaciones con capacidad adecuada y suficiente, de tal forma que permita llevar acabo la readaptación por medio del trabajo, la capacitación y educación de los internos. Y además donde se pueda brindar tratamiento especializado a los mismos, como son los espacios de seguridad máxima, media y mínima; colonias y campamentos penales, así como hospitales psiquiátricos y para infecciosos.

De tal forma que una vez que recobren la libertad puedan incorporarse a la sociedad transformados en individuos útiles y provechosos. Entre otros aspectos relativos a esta Ley encontramos los de separar los sitios para prisión preventiva y los de extinción de las penas, de la misma manera las mujeres quedarían recluías en lugares separados a los de los hombres y de los menores de edad, en instituciones distintas.

4.6 LA DEFICIENCIA DE LA PENA EN CUANTO A SU INTIMIDACIÓN

Para comenzar podemos señalar que desde la antigüedad la pena ha sido intimidatoria, pero a través del tiempo y más en nuestro días la pena privativa de la libertad resulta deficiente y por obviedad carente de intimidación.

El problema radica en nuestro país, en la deficiente seguridad pública que aqueja a los habitantes de la República debido a la gran descomposición social, pero para que se de esta descomposición social es fruto de varios factores, pues sería

injusto que únicamente al gobierno se le echara la culpa de todos los males que nos aquejan hoy en día.

Dentro de las demás causas de esa descomposición que se mencionó anteriormente se encuentra la exclusión de espacios de desarrollo para cada vez más amplia mayoría de habitantes del país, cuyo aceleramiento responde a la implementación de políticas restrictivas económicas.

Uno de los factores en que todos participamos y es el mal de la corrupción que cada vez se generaliza en la instancias o dependencias gubernamentales encargadas de salvaguardar la seguridad pública, cuya cadena inicia desde el policía auxiliar o preventivo, hasta los Ministerios Públicos y lo que es peor culminando con los integrantes de los que se supone son los más altos tribunales, es decir, los Jueces como encargados de la impartición de justicia.

Lo dicho en el párrafo anterior, produce un alto grado de impunidad, lo que se traduce en que los integrantes de una cierta ciudad o población se sientan protegidos por los funcionarios y demás personal que imparte justicia y realizar conductas muchas veces delictuosas, y al estar protegidos no les pasa nada, y por lo tanto resulta nula la intimidación que podría causar la pena privativa de la libertad.

Ahora bien, la procuración de justicia del estado, parte de la prohibición absoluta en México a toda persona de hacerse justicia por sí misma y de ejercer violencia para reclamar su derecho. La función de procuración de justicia consiste en la persecución ante los tribunales de todos los delitos que se cometan en el país. ésta, recae sobre una institución que se denomina Ministerio Público, dependiente del Poder Ejecutivo Federal o estatal, según sea el caso y que se encuentra presidida por un procurador general de justicia que tiene la responsabilidad de solicitar, siempre y cuando reúna los requisitos establecidos en la Constitución y

Códigos Penales, las órdenes de aprehensión ante el órgano jurisdiccional correspondiente de los inculcados por delitos.

Le corresponde también al ministerio público sustentar su acusación a través de la aportación de pruebas y otros elementos necesarios para comprobar la responsabilidad del indiciado, así como hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita, pedir la aplicación de las penas e intervenir en todas las negociaciones que la ley determine.

El respeto a la garantía de la libertad personal es una premisa y no un obstáculo para preservar la seguridad pública en México. la militarización de los cuerpos policiacos y la politización de los cuerpos militares del país no son remedio a la inseguridad pública que se da en el país. por el contrario, la cultura de la impunidad en la sociedad es un factor que sí incrementa los niveles de inseguridad pública.

Son cada vez más alarmantes y escandalosos los casos en que se demuestra la existencia del crimen organizado y coludido con la autoridad, y su operación en todos los niveles del gobierno.

Se parte del supuesto de que la procuración y la administración de justicia son dos elementos fundamentales en la vida social del país por dos razones. primera: ambas son funciones exclusivas del estado. segunda: son instituciones que garantizan algunos de los derechos fundamentales de las personas que viven en México; si fallan ambas se arriesga la elemental convivencia social porque algunas personas podrían creer justificado el hacerse justicia por su propia mano.

La inoperancia de la procuración de justicia ha sido admitida por el propio procurador general de la república, y ha llevado al ejecutivo federal a crear nuevas corporaciones policiacas al margen de la ley. tal es el caso de la policía federal

preventiva, corporación dependiente de la secretaría de gobernación que entre sus facultades sobresale la de auxiliar al ministerio público en la persecución de los delitos, acción que, según la constitución mexicana, únicamente debería ser competencia de la policía judicial.

Sobresale la incapacidad de los órganos investigadores para resolver delitos del orden común los cuales, en la mayoría de los casos, quedan en la impunidad debido a la incapacidad y corrupción que permea al interior de los ministerios públicos y policías judiciales, producto de inadecuadas políticas de selección y capacitación.

El sistema de justicia penal en México es de naturaleza inquisitiva. en este tipo de sistema, se parte de la presunción de que la persona indiciada es culpable de la comisión de un delito en tanto no se pruebe lo contrario. en el sistema acusatorio, toda persona es inocente hasta que se demuestre que no lo es ante el juez que resuelve la causa.

La naturaleza inquisitiva de nuestro sistema de justicia, tiene también como consecuencia, un uso excesivo de la prisión preventiva que se traduce en sobrepoblación penitenciaria. esta sobrepoblación consiste principalmente de individuos que no cuentan con los recursos suficientes para salir bajo fianza. esta situación se ha agravado a raíz de las reformas legales que aumentan el número de delitos graves por los que no puede aplicarse un sustitutivo de prisión.

De acuerdo con las reformas aprobadas en 1993, el artículo 16 constitucional establece que el ministerio público podrá ordenar una aprehensión sin orden judicial en "casos urgentes". la definición de casos urgentes es sumamente amplia incluye cualquier situación que involucre un delito definido como grave por la ley, en la que exista un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y cuando el ministerio público no pueda recurrir a la autoridad judicial por razones de tiempo, lugar o circunstancia.

El artículo 16 señala también que la policía judicial o cualquier otra persona podrán aprehender a alguien en caso de delito flagrante. sin embargo, la definición de flagrancia se ha ampliado también de manera excesiva, comprendiendo el ser señalado por la víctima en un plazo de 48 horas a partir de la comisión del delito, que se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto de un delito o que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

Con las reformas constitucionales de mayo de 1999, el ministerio público únicamente necesita establecer el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sospechoso, dejando a un lado la figura del tipo penal. con esto se busca retirar los casos de la jurisdicción exclusiva del ministerio público más rápidamente, llevándolos a la supervisión del poder judicial sin reunir los requisitos necesarios que permitan acreditar los elementos tanto objetivos como subjetivos del ilícito. estas reformas reducen la garantía de seguridad jurídica con el objetivo de facilitar las consignaciones de los ministerios públicos a los jueces y la sujeción a proceso de los probables responsables

En relación con la garantía de tener una comunicación inmediata con un abogado de su elección, se presentan varios problemas: en primer lugar, se ha interpretado que el derecho a contar con un abogado defensor es a partir de cuando el acusado rinde su declaración ministerial, por lo que no tiene acceso a éste mientras es detenido e interrogado por la policía judicial. además de esto, el ministerio público, una vez que ha interrogado al detenido, podrá regresarlo a la policía judicial para ser interrogado nuevamente.

La excesiva dependencia de la procuradurías de justicia hacia el ejecutivo (tanto a nivel estatal como federal) ha tenido como consecuencia la negativa de los ministerios públicos para investigar graves violaciones a los derechos humanos en las que existen claras evidencias de la participación de agentes del estado como,

por ejemplo, el caso de la conformación, adiestramiento y dotación de armas a los grupos paramilitares en Chiapas.

El derecho a la verdad es uno de los requisitos para acabar con la impunidad, tanto los responsables de delitos como de violaciones a derechos humanos, que no son más que delitos con responsabilidad estatal, no deben escapar de la justicia, la sociedad tiene derecho a saber quienes son y qué delitos cometieron. Por ello, debe existir transparencia y profesionalización en la investigación y prevención del delito, y un marco legal amplio que de certeza a las víctimas en sus derechos. Para ello creemos necesario:

También se puede decir que existen algunas acciones en contra de la administración de justicia que constituyen una serie de violaciones al derecho, a la legalidad y la seguridad jurídica. En torno a la administración de justicia, los problemas más comunes son: negligencia o dilación administrativa en el proceso jurisdiccional, por el que los plazos dentro de los procedimientos duran más tiempo que el permitido por la ley, sin dictar resolución que le ponga fin; la extorsión; la falsificación de documentos; la negativa a la reparación de daño por parte del estado; la omisión de imposición de sanción legal; el tráfico de influencias, y la negativa al derecho de petición.

Por otra parte, las decisiones del poder judicial federal y local no gozan de autonomía plena, principalmente, porque no está establecida la inamovilidad de los jueces del fuero común. es evidente que el poder judicial depende de las decisiones políticas que le son trazadas desde el poder ejecutivo. en muchos casos, las sentencias emitidas por los juzgados han sido reiterativas en eximir de responsabilidad alguna a autoridades señaladas claramente como responsables de graves violaciones a los derechos humanos, sin tomar en consideración recomendaciones de órganos nacionales e internacionales de derechos humanos, e inclusive de la suprema corte de justicia de la nación.

Así mismo, existen graves deficiencias en la labor de los defensores de oficio, cuya función se ve disminuida, entre otras cosas, por el exceso de trabajo, la colusión que existe con los juzgadores, falta de preparación y despreocupación por la situación de los procesados.

A pesar de que la constitución mexicana establece en su artículo 133 que todo tratado o convención firmado y ratificado por el estado mexicano es ley suprema en el país, los jueces y magistrados del poder judicial, a nivel estatal y federal, desconocen la existencia y contenido de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. ejemplo de esto es que cuando se hace mención de algún precepto establecido en una ley internacional, el juzgador omite analizarlo. es decir, no existe una capacitación adecuada de los miembros del poder judicial sobre la legislación internacional de derechos humanos vigente en nuestro país

El consejo de la judicatura tiene entre sus facultades la administración, vigilancia y disciplina del poder judicial federal. sin embargo, sus funciones se han visto severamente limitadas por la misma conformación del consejo, dado que, de los siete miembros que la integran, cuatro de ellos, incluyendo al presidente —que a su vez es presidente de la suprema corte de justicia de la nación— provienen del mismo poder judicial federal y son nombrados directamente por los ministros de la scjn. por lo tanto, existe una tendencia a encubrir y justificar las faltas que cometen los magistrados y jueces federales en el desarrollo de su trabajo. por tal motivo, los juzgadores incompetentes o corruptos gozan de la impunidad que les facilita la ineficacia de este órgano de vigilancia.

Un segundo requisito para acabar con la impunidad y dar mejores garantías de seguridad ciudadana, es contar con un poder judicial efectivamente independiente que defienda a las víctimas y que procese con justicia a los responsables, lo cual constituye uno de los pilares de la democracia.

Por ello, las posibles soluciones a estos problemas deben ser planteadas desde una óptica integral, que tome en cuenta todos los aspectos que en ellos intervienen y que permitan generar propuestas de importantes transformaciones estructurales.

Creemos que el recto ejercicio de la autoridad tiene por fin la realización del Bien Común, que simultáneamente implica la justicia y la seguridad. Ellas son elementos esenciales que le corresponde garantizar y fortalecer al Estado, y que sólo puede hacerlo en la medida que encamine el conjunto de las acciones de la sociedad y de sus propias acciones a generar el conjunto de condiciones sociales, económicas, culturales y políticas que los posibiliten.

Para acceder a la justicia, resulta esencial un adecuado conjunto de normas legales que reflejen auténticamente la realidad que vive la sociedad, cuya necesidad de una vida cotidiana armónica, pacífica y estable se ha transformado en un reclamo nacional.

Además, se requiere de hombres y mujeres capaces de administrar y mantener vigente el régimen de gobierno que impone el Derecho. Se requiere de jueces, agentes del Ministerio Público y de policías capaces, expertos, probos, honestos e imparciales que hagan realidad los postulados máximos de la nación en forma expedita, pronta, completa e imparcial.

Es indispensable redimensionar el papel de las instituciones de seguridad pública y fortalecer la participación ciudadana en esta materia. Ellas constituyen el factor clave para hacer más eficiente la estrategia estatal que logre resolver o atenuar sustancialmente el problema.

Resulta inaplazable la necesidad de establecer un nuevo concepto sistémico de la seguridad pública bajo una perspectiva integral y no solamente del quehacer policial. Esta nueva perspectiva precisa de la reconceptualización de las

responsabilidades que deben atribuirse a cada una de las partes involucradas, así como de la elaboración de nuevos esquemas competenciales y funcionales para la formulación de políticas, programas, estrategias y acciones que los involucren de manera homogénea.

Una visión integral de la seguridad pública requiere, además de políticas legislativas y judiciales, de la coordinación entre las áreas de revención, procuración e impartición de justicia y readaptación social, así como la coordinación entre los tres niveles de gobierno: federación, estados y municipios. Asimismo, se requiere una mayor participación social. Mientras esto no se logre, no se podrá resolver el problema de fondo, puesto que ninguna política o estrategia aislada servirá para atender y resolver los problemas de seguridad pública.

La seguridad pública y la justicia deben contemplar necesariamente la promoción y defensa de los derechos humanos, tanto de víctimas como de agentes antisociales. Los derechos humanos son anteriores y superiores al Estado y, por tanto, debe reconocerlos y garantizarlos plenamente; constituyen un límite natural y necesario al poder público, sin su respeto escrupuloso el Estado no se justifica, ni la autoridad tiene razón de ser.

Por ello es obligación del Estado promoverlos y garantizarlos sin distinción de sexos, credos religiosos, convicciones políticas, rangos o categorías sociales, clases o ideologías.

Se reitera que el derecho a la vida es uno de los derechos fundamentales de la persona humana. Por lo tanto, el Estado debe garantizar la protección de la persona desde que es concebida. Afirmar el derecho a la vida significa reforzar la base de una verdadera democracia, que lo mínimo que exige es el respeto irrestricto a cada ser, único e irrepetible.

El concepto de derechos humanos debe ser integral, esto es, debe abarcar los económicos, sociales, culturales, civiles y políticos de los ciudadanos.

El Estado de Derecho no sólo es aquel que se ajusta a un orden jurídico, sino que reconoce y respeta los derechos del hombre y se autolimita en virtud de ellos. Además, exige que el poder público garantice a las personas la impartición de justicia, la protección de su vida, salud y bienes, además de salvaguardar el orden público.

Para que la convivencia humana sea ordenada y permita el desarrollo de todos, exige atender y respetar mutuamente los derechos y los deberes; para cada derecho existe un deber de reconocer y respetar el de los demás.

La seguridad en general, que incluye a la seguridad pública, junto con la justicia y el bien común, son los fines propios del Derecho.

La inadecuada formación y capacitación de los cuerpos de seguridad pública, así como el abandono que este servicio sufrió por décadas, tanto en su diagnóstico como en su planeación, ejecución y supervisión han sido las causas de su ineficiencia e ineficacia, aumentando así su vulnerabilidad ante la delincuencia que cada vez está más organizada y cuenta con mejores recursos.

Los requisitos para ser miembro de un cuerpo de policía son mínimos, por lo que esta profesión recibe una remuneración que no refleja la responsabilidad que se tiene ante la sociedad ni el riesgo profesional que tiene el policía.

Es necesario establecer parámetros objetivos y claros para que el policía cuente con seguridad social y tenga los medios laborales, académicos, personales y familiares necesarios para poder desarrollarse adecuadamente.

La corrupción e ineficiencia de las instituciones policiales en nuestro país es notoria. Su falta de profesionalización, la carencia de controles en su selección y

capacitación, la falta de orden dentro de las corporaciones, además de los "cotos de poder" existentes, provocan, en muchas ocasiones, que en lugar de servir a la ciudadanía la extorsionen y agredan.

También existe una franca desconfianza hacia las instituciones, los programas y los responsables de la seguridad pública. El desempeño policial carece de método, técnica, ética y compromiso.

Es necesario revertir la política de represión delictiva que solamente contiene medidas policiacas, para que se conciba como una actitud nueva de todos para impulsar, consolidar y practicar una cultura de prevención, que se sustente en el compromiso de fortalecer la seguridad pública, disminuyendo los efectos nocivos de las conductas antijurídicas y erradicar la impunidad.

El costo de la prevención del delito siempre será menor al costo humano, económico y material de la represión de las conductas delictivas. En México, es necesario un marco legal que regule la prevención del delito.

Ninguna estrategia de prevención puede funcionar sin el apoyo, comprensión y ayuda de la comunidad.

La seguridad pública necesita reactivar la relación de la ciudadanía con las dependencias encargadas de esta función. Hace varios años las autoridades menospreciaron esta participación, por lo que se dio la separación de ciudadanía y autoridad, ocasionando una profunda desconfianza y falta de credibilidad en la autoridad. Entre más se quebranta la relación entre sociedad y autoridades, más se fortalece la delincuencia.

La colaboración de la ciudadanía que desean fomentar las autoridades, no tiene la orientación adecuada, ya que la sospecha y el descrédito siguen siendo actitudes recurrentes al referirnos a quienes tienen la responsabilidad de la seguridad pública.

A ello hay que agregar que no existe certeza de la ciudadanía en la atención de sus quejas y denuncias, que la prevención, principal tarea de la seguridad pública, no ha sido generada como cultura ni fomentada como práctica con la promoción adecuada en la comunidad.

La sociedad no cambiará su valoración de la policía de la noche a la mañana, pues han sido muchos años de padecer corrupción, burocratismo y negligencia, y la sociedad exige ser respetada y tomada en cuenta en la elaboración, ejecución, supervisión y evaluación de las acciones de seguridad pública y no quedar reducida solamente a números de estadísticas.

En todo el país se le pide a la sociedad que participe en la lucha contra la inseguridad y en la prevención del delito, pero se carece de los conductos adecuados para fomentar y hacer efectiva esta participación. La Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública no define claramente ninguna obligación para crear conductos de participación de la sociedad.

La política criminológica se plantea como un intento de hacer frente a la gravísima crisis que padece en general el sistema de justicia. Necesitamos nuevas respuestas, no sólo a nivel legislativo, sino a nivel judicial, penitenciario, administrativo, policiaco, en todos los niveles.

El incremento de criminalidad en México se deriva, entre otros aspectos, de la falta de un ataque frontal al crimen organizado que funciona impunemente ante la carencia de una legislación adecuada que lo combata, aunado a la complicidad de autoridades que procuran e imparten justicia.

Dentro de la legislación contra el crimen organizado no se tipifican todas las actividades que realizan las organizaciones criminales, como lo son: el tráfico de

órganos humanos, contrabando de automóviles, comercio ilegal de animales, robo y tráfico de objetos culturales y artísticos, robo de derechos de propiedad intelectual, piratería informática; así como las actividades de la delincuencia económica, como la malversación de fondos, actividades ilícitas que afectan a las instituciones de inversión y financieras, lavado de dinero, entre las principales. Por sus características, el combate a estas actividades criminales requiere de una acción multinacional coordinada que hasta ahora ha sido incompleta.

El Sistema Penal Mexicano ha descuidado la atención a la víctima, incumpliendo así, la reforma del artículo 20 constitucional. Por lo que toca a sus derechos, la víctima debe ser tratada en la misma proporción en que se trata al delincuente.

Para que la asesoría jurídica, la reparación del daño, la coadyuvancia con el Ministerio Público y la atención médica cumplan con su función asistencial, es necesario establecer los tiempos de recuperación, las condiciones de asistencia integral, así como el tiempo necesario para que la víctima pueda aspirar a restablecerse del daño sufrido.

La reforma constitucional quedó incompleta, porque mientras se describen los derechos del procesado solamente se enuncian los derechos de la víctima, lo que hace necesario que dentro de este artículo existan dos apartados, el A), donde queden establecidos los derechos del procesado y el B), que establezca los derechos de la víctima, lo que hace necesaria su ley reglamentaria.

En México, el Sistema Penitenciario se ha convertido en un sistema represor de quien cometió algún delito. Es por ello que la readaptación social no ha logrado sus objetivos por la falta de controles adecuados, un anacrónico tratamiento penitenciario, el hacinamiento de internos, la corrupción, el tráfico de drogas, alcohol y armas en las penitenciarías.

Los principios rectores del Sistema Penal Mexicano -trabajo, capacitación para el trabajo y educación- no se cumplen en los centros de reclusión de nuestro país, principalmente por su sobrepoblación, corrupción y la carencia de proyectos viables para su desarrollo.

En México la investigación criminológica es deficiente, el fracaso en la prevención y la persecución de los delitos ha provocado la desconfianza de la ciudadanía hacia las autoridades.

Han sido intereses facciosos los que han generado presiones políticas y económicas que, sustentadas en la corrupción y el abuso del poder, han propiciado la distorsión de instituciones y prácticas generando tensiones estructurales desde hace décadas, en las que la impunidad permanece en un alto porcentaje.

La impunidad ha alcanzado diversos ámbitos que van desde el delincuente común hasta servidores públicos. Esta impunidad representa un gran costo social. En este sentido existe un vacío sobre la responsabilidad de los actos de gobierno del Presidente de la República y demás servidores públicos, dando lugar a una absoluta irresponsabilidad en términos políticos.

No existe un control adecuado de fiscalización y vigilancia en el cumplimiento de los programas de gobierno. La Contaduría Mayor de Hacienda de la Cámara de Diputados no tiene las facultades legales adecuadas para una verdadera fiscalización.

Los tribunales no siempre son expeditos, es decir, libres de obstáculos y prontos en su actuación: la maquinaria judicial camina despacio a pesar de lo establecido en el artículo 17 constitucional que reconoce como garantía de la persona el que la justicia sea pronta y expedita. La dilación de la misma produce frustración, aún tratándose de sentencias favorables.

Si se aspira a alcanzar una impartición de justicia pronta y expedita, es necesario modificar los criterios jurisprudenciales para adecuarlos a las necesidades reales que se presentan a diario en los tribunales del país. Por otra parte, es necesario dotar de facultades para iniciar leyes a la Suprema Corte de Justicia de la Nación en materias de su competencia.

Por medio del juicio de Amparo, los órganos judiciales federales tienen la facultad de invalidar o dejar sin efectos las leyes o actos de autoridad que violen derechos fundamentales, o que restrinjan la esfera de atribuciones de las autoridades federales o estatales en agravio de los gobernados. Sin embargo, el principio de generalidad en la declaración de inconstitucionalidad de las leyes y reglamentos debería lograrse con mayor facilidad y no únicamente con la intervención del Congreso.

CONCLUSIONES

Primera.- Se puede concluir, que la historia de la humanidad ha sido una historia de crueldad y deshumanización, pues como se señaló, las principales penas en la antigüedad, iban encaminadas a la inutilización o eliminación del delincuente, no obstante es de señalar la importancia que tuvo la figura a la que se denominó la "ley de talión " que se resume en la fórmula "ojo por ojo y diente por diente " siendo esta, la figura que predominaba en las antiguas clanes, tribus y en épocas más cercanas en verdaderas sociedades como en el pueblo de Israel, Egipto, Grecia, entre otros.

Además de lo anterior se puede concluir, que no aceptamos que en las tribus o clanes o cualesquiera otra forma de reunión de hombres se pueda hablar de pena y mucho menos de la llamada pena privativa de la libertad, pues consideramos, que las penas se dan a partir de que un grupo de personas reunidas en una sociedad, forman un Estado y este último es el encargado de sancionar a un sujeto cuando haya realizado alguna conducta, que se considera antisocial, pues antes de que existiera el ente jurídico llamado Estado consideramos que no eran penas, sino era una forma de reacción social por parte de los integrantes de una tribu o clan contra un individuo de otra tribu o clan o podría ser también de su propio grupo.

Aclarando que como se dio en la antigüedad, no solamente puede ser el Estado, sino que también podía ser los representantes religiosos los encargados de imponer penas, que como vimos en ésta investigación, a los sentenciados en su gran mayoría, se les aplicaba la pena de muerte. La misma iba acompañada de una tortura o suplicio, las cárceles o prisiones, solamente eran lugares de paso para asegurar que el delincuente que no se fuera a escapar.

No obstante, algunos autores señalan, que el primer caso de pena se presenta cuando un miembro de una comunidad (se llame clan o tribu), comete alguna

conducta que se consideraba delictuosa, era expulsado de su comunidad, como lo manifestamos en líneas arriba, estamos en desacuerdo, pues consideramos que no era una pena en sí, pues en esos momentos no había nada legislado, y solamente se trata de la reacción colectiva ante el sujeto trasgresor

Posteriormente aparece la figura de la composición, que hasta cierto punto, consideramos, que fue la forma más correcta de arreglar las cosas mediante el pago por el daño que se había causado, considerando que esta figura es el antecedente directo de lo que actualmente es la reparación del daño.

Segundo.- De la historia de los pueblos que se trataron en la investigación, es decir, Israel, Egipto, China, India, entre otros, es de concluirse que la mayoría de ellos fueron pueblos eminentemente sangrientos, en los que reinaba la pena de muerte, acompañada de algún tormento.

Fueron épocas en que por el grado de inmadurez y el nivel tan bajo de evolución que tenían, las penas que imponían eran muy severas, habiendo muchas injusticias pues en la mayoría de esos pueblos lo que era común era que por la culpa de algún integrante de una familia, por ejemplo el hijo que había cometido un delito, la pena se le aplicaba a él, a su padre, o algún otro miembro de la familia y lo que era peor que esa imposición de la penalidad se extendía por generaciones.

El único pueblo en la antigüedad que es un ejemplo a seguir y que se nota el grado de evolución que tenía es el pueblo de la India, en el que sus penas iban desde un simple apercibimiento, pasando por una multa y finalizando con la pena corporal, rechazando la idea de la imposición de la pena de muerte o de la ley del talión, pues les bastaba con expulsar de la comunidad al individuo que había cometido un delito al considerarlo nocivo para la misma.

Hoy en día en nuestra sociedad, resultaría imposible aplicar la pena de expulsión a un individuo de una sociedad o poblado, pues el número de habitantes y la forma de gobierno no lo permiten.

A nuestro parecer, hay que también reconocer a algunos pueblos como el de Grecia y el Romano, pues distinguieron plenamente entre los delitos públicos y privados, pues podría ser el antecedente más remoto de lo que ahora son considerados los delitos que se persiguen de oficio y delitos que se persiguen por querrela, pues los primeros son los que atañen a una comunidad, en su conjunto y los segundos solamente afectan la esfera jurídica de un particular.

Hay una característica en los anteriores pueblos mencionados, en todos ellos reinaba la idea en que si se cometía un delito, el culpable debía ser castigado para aplacar la ira de sus dioses, afortunadamente con el paso del tiempo la evolución de los pueblos y la civilización, se fue individualizando la pena, se fueron suavizando las penas y aboliendo la imposición de la pena de muerte, o al menos si era impuesta, ya no era con tormentos como lo era en la antigüedad.

Por lo anterior consideramos que las penas tenían un alto grado de intimidación, pues como se estableció, eran penas muy severas que concluían con la muerte del sentenciado. La aplicación de las penas tenía la característica de ser pública, es decir, un individuo que iba a ser ejecutado, era exhibido en plazas o en lugares a donde todos los habitantes tenían acceso, sin confundir el concepto que se le da en la actualidad a las penas en cuanto que sean públicas, pues no quiere decir que actualmente se lleve a cabo la ejecución de una pena en una plaza o en un lugar en donde todos tengan acceso, pues simplemente se trata, de que las penas sean conocidas por todos los habitantes en cuanto a la ejecución de la misma.

Tercero - Todo lo que se había conseguido a través del tiempo en cuanto a que la pena fuera más justa, individualizada y abolida casi por completo la pena de muerte, es en la Edad Media en donde se derrumban todos esos logros,

consideramos que en esa época hay un gran retroceso, se empieza a aplicar de nuevo la pena de muerte, acompañada con atroces formas de ejecución, ya que se deja de lado la humanización de la pena y se agravan más las penas ya que a veces por muy leve que fuera el delito era castigado con pena de muerte, es de resaltar que la pena privativa de la libertad era casi nula y si llegó a existir era únicamente como un lugar de paso, es decir, para retener al que con posterioridad iba a ser ejecutado, de tal forma concluimos que en la Edad Media existía un derecho tan cruel, que el objetivo principal era provocar el miedo colectivo, ya que se castigaba por ser hereje y otras conductas que iban en contra de la religión, y por lo anterior eran juicios eminentemente ordálicos, es decir, juicios de Dios, según el Derecho Canónico.

Eran juicios muy imperfectos e injustos, pues las confesiones de los que habían cometido algún delito, se obtenía por medio de la tortura, y eran tan severas que los reos acababan por aceptar algo que posiblemente no habían hecho, tan enfermas estaban esas sociedades pertenecientes a la Edad Media que todo lo achacaban a la divinidad, ya que aparte de aplicar una tortura y posteriormente la pena de muerte a un delincuente, hacían con posterioridad procedimientos tendientes a la purificación de los lugares donde el delincuente vivía o había cometido el delito, supuestamente para evitar malignas influencias.

Es de destacar que independientemente que existían los juicios de Dios, también existía una justicia sealar, pero en líneas más arriba señalamos que los juicios eran eminentemente ordálicos, juicios de Dios, pues había una gran confusión, sobre cuales conductas eran consideradas como delitos y cuales eran estimados como pecados y generalmente los que se castigaban eran por lo segundo, pues aclaramos que la figura del delito es eminentemente jurídica y la figura del pecado es religiosa, por tal no existía una clara definición de lo anterior, y lo más común era confundir los conceptos y como predominaba que la imposición de sanciones la realizara la iglesia, es por eso que se consideraba como pecado.

Cuarta.- Ahora bien consideramos que el concepto y orígenes de la prisión ó cárcel no se da en la antigüedad ni en la Edad Media, pues recordemos que únicamente eran lugares de paso para retener al delincuente, pero no cumplía con su principal objetivo que era la readaptación social, no obstante que las penas eran intimidatorias pero no readaptadoras, pues terminaban generalmente con la muerte.

Es por lo que a mediados del siglo XVI encontramos, los primeros antecedentes de las prisiones, es decir, lugares en donde se recluían a personas para su readaptación y así señalamos las casas de corrección, que surgieron en Londres por el año de 1552 en donde se recluía a vagabundos para que aprendieran un oficio, no era una cárcel para delincuentes, sino era un asilo para vagos, mendigos, prostitutas en donde el principal objetivo era su rehabilitación, por lo que concluimos que es el antecedente más remoto de lo que actualmente es una cárcel.

Así se fueron creando otros asilos en diferentes países y épocas, pero todos tenían un fin común, la rehabilitación, teniendo su máximo esplendor en Europa por los siglos XVII y XVIII, ahora bien para aquellas épocas había mucha repulsión por la pena de muerte y se creía que era necesario remplazarla por una pena menos cruel y es cuando se piensa en la prisión y se le da tal carácter, siendo en principio un tipo de asilo pero en donde eran reclusos delincuentes.

Quinta.- Concluimos que en el presente trabajo también fue importante hablar de los antecedentes de la prisión en el México antiguo, como fue en el derecho Azteca y Maya, en donde los primeros se caracterizaron por tener un derecho terriblemente severo, y en donde pensamos que eran demasiado intimidantes las penas que se aplicaban, de las cuales la más frecuente era la pena de muerte, pero aún así, fue un pueblo adelantado en el aspecto carcelario, pues tenían diferentes tipos de cárceles en donde encerraban a los prisioneros dependiendo de lo que habían hecho, pensamos que sería una buena opción crear lugares mas

especializados para un tipo determinado de delincuente, es decir, un lugar destinado a delincuentes de mediana peligrosidad, otro para delincuentes de alta peligrosidad, pues en la mayoría de nuestras cárceles conviven todo tipo de individuos, ya que en una cárcel se llegan a encontrar sujetos que cometieron delitos graves como el de homicidio, conviviendo con sujetos que cometieron un simple robo por hambre, pero no le quitamos crédito a las cárceles de alta seguridad, pues ahí se encuentran individuos de alta peligrosidad.

En el derecho maya no había cárceles, pues sus principales penas eran la muerte, la esclavitud y el resarcimiento del daño que se causaba, era un derecho muy sangriento y severo, ya que lo anterior se puede comprobar en el catalogo de delitos que se mencionaron en el presente trabajo, en donde se puede observar que las penas eran muy severas y crueles, en donde las penas resonaban intimidantes, la pena de prisión no existía para este pueblo, solamente había cárceles que al igual que otros pueblos del antiguo oriente eran usados como lugares de paso en donde aguardaba al delincuente, mientras llegaba el día en que fuese ejecutado.

Se puede observar que nuestros antepasados en sus comunidades no vivían en la anarquía, sino que eran pueblos civilizados con una correcta aplicación de leyes, pero todos esos logros después de la conquista se caen y se da paso al sometimiento de estos pueblos mediante la fuerza por parte de los españoles en donde la principal pena consistía en la esclavitud que muchas veces era una pena más inhumana que la propia pena privativa de la libertad, lo anterior atiende a que a los que se les consideraba como esclavos eran tratados de una forma tal que no eran considerados como seres humanos, sino como animales y como tal se les trataba, y en la mayoría de los casos esta pena duraba por todo la vida del esclavo.

Sexta.- En el desarrollo del presente trabajo de investigación, en el que se han tomado aspectos históricos, doctrinales, conceptuales, en donde se trata de

establecer la relación entre delito, delincuente y pena, se podría concluir que muy pocos autores toman en cuenta estos tres elementos, pero es la consecuencia lógica pues uno no se da sin el otro, es decir no puede haber pena sin que antes un sujeto que haya realizado una conducta que se considera como delito, ahora bien la mayoría de los autores en lo que respecta a la definición de delito, no están en desacuerdo pero casi todos concluyen en que el delito es una conducta antijurídica desplegada por un sujeto llamado delincuente, esa conducta antijurídica tiene que ser contraria al derecho, es decir, tiene que estar normada en una legislación el autor del delito tiene que obrar con dolo o culpa, al respecto en nuestro código vigente no hay problema alguno, en lo que se refiere a la definición de delito pues lo define de una manera sencilla en su artículo 7° al decir que el delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, o de una manera más completa podemos decir lo que señaló Edmundo Mezger: delito es aquella conducta, típica, antijurídica y culpable.

En cuanto al tema del delincuente consideramos que en las legislaciones actuales no es necesario dar una definición, pues es aquel sujeto que comete una conducta antijurídica o ilícita, consideremos que no solamente es delincuente el que materializa una conducta, sino también aquel que sigue como cómplice, es de señalar que estamos de acuerdo en que al participe o a los instigadores, por el hecho de serlo se agrave aun más, pues a veces resulta más peligroso aquel que planea un delito que aquel que lo ejecuta.

Séptima.- Como lo mencionamos, fue importante hablar de la figura del delincuente en el transcurso de la historia, pues pocos son los autores que hacen una verdadera crítica y estudio al delincuente, uno de los que habló al respecto fue Lombroso, pero consideramos que su teoría era errónea, pues no se puede juzgar a un individuo por el solo aspecto de su apariencia física, es necesario hacer un minucioso estudio de personalidad del delincuente para determinar el grado de peligrosidad, ahora bien, la figura del delincuente, consideramos que ha existido desde que hubo más de dos hombres sobre la tierra, claro no se llamaba como tal

aquel que realizaba una conducta en perjuicio de otra persona, sino que simplemente se empieza a estudiar más al delincuente a partir de que se empiezan a observar en la antigüedad las penas que se imponían a los que habían infringido con una ley.

Al hablar del delincuente, consideramos que está íntimamente ligado a la palabra o mejor dicho con el concepto de autor, ya que se puede tomar este último como el creador de un hecho, a lo que le podríamos decir, que el autor y delincuente son sinónimos.

Concluimos que la figura del delincuente abarca, no solamente aquel individuo que realizó un hecho considerado como antisocial y que trasgredió alguna ley penal, sino que también puede considerarse a aquellos que son partícipes, cómplices, y los llamados autores intelectuales, que no efectúan el delito materialmente pero lo hacen al planear un delito valiéndose de otro, de lo anterior señalamos que en muchas ocasiones el delincuente más peligroso es el autor intelectual que el que ejecuta el delito, tal es el caso de los llamados delincuentes de cuello blanco que son los que planean el delito, pero no lo ejecutan directamente.

También no debemos olvidar que dentro de este tema se encuentran las asociaciones, que en la mayoría de los delitos se recurre a las asociaciones delictuosas con el objetivo de tener más eficacia al momento de cometer el delito, el anterior ejemplo nos sirve, es decir, el de los delincuentes llamados de cuello blanco, pues es casi imposible que en el caso de un defraudador, él cometa solo el delito y tiene que recurrir a más personas para perfeccionarlo, aunque hay sus excepciones y hay delincuentes que en cuanto al anterior delito lo realizan solos, no valiéndose de nadie para efectuarlo, lo que quiere decir que a toda regla general hay sus excepciones..

Dentro de la trilogía delito, delincuente pena, en cuanto esta última, estamos en desacuerdo que el concepto de pena como tal sea considerada desde la

antigüedad, es decir, no concebimos la idea de que en las tribus o clanes haya existido la figura de la pena consideramos que era una venganza llámese divina o pública pero no una pena.

Somos de la idea que no hay pena sin ley, y esta última se empieza a dar cuando se forman verdaderas sociedades con un sistema jurídico y un gobierno, sin quitarle crédito que esa facultad para ejecutar penas se otorgó durante mucho tiempo y por varios pueblos a la iglesia, que era la encargada de ejecutar en nombre de Dios, resaltando que en un principio la pena privativa de la libertad era casi nula pues la prisión era solamente un lugar de paso, que aguardaba al delincuente para posteriormente darle muerte, como se puede ver las penas en la antigüedad eran muy severas, la individualización y la humanización de las penas se fue dando poco a poco sin tocar el tema de la Edad Media en la cual se sufre un retroceso en la aplicación o ejecución de las penas, posteriormente a esa época se tiende a una humanización o individualización, por lo tanto concluimos que en general todas las penas desde la más antigua hasta las más recientes, su principal objetivo es ser intimidante, y como consecuencia de lo anterior correctiva, no importando cuantas clasificaciones o tipos de penas haya, es decir no importa que una pena sea principal o accesoria, sean perpetuas o temporales, corporales o pecuniarias, y en consecuencia de lo anterior lograr la paz y el equilibrio social, logrando la prevención del delito.

Concluimos que los fines que se aseguran a la pena, presuponen que ésta es un mal para quien la sufre, como lo es en todos los ordenamientos jurídicos positivos, pues toda pena significa una supresión o restricción de los bienes jurídicos de que goza el condenado, ya sea que recaiga sobre la vida, la libertad, el patrimonio o el honor.

Ahora bien en nuestra sociedad, es bien sabido que existen leyes en exceso, por lo que es necesario una depuración ya que un aumento inmoderado de legislaciones y penas no solamente muestra una tendencia políticamente tiránica, sino que

constituye un error psicológico pues las penas psicológicamente más eficaces resultan las penas justas, que son al mismo tiempo el reflejo de una sociedad sensible y muy fina.

Octava.- Dentro del capítulo segundo del presente trabajo se señaló que en cuanto a las penas, hay diversos principios como el principio de necesidad de justicia, de prontitud, de utilidad, entre otros, de los cuales cada uno tiene sus cualidades específicas, de lo que podemos concluir que las penas serán más intimidantes si las mismas son más justas porque estarían ahorrando al reo posibles sufrimientos inútiles, es decir, todo proceso se debe concluir con la mayor prontitud posible, también es de destacar que si las penas cumplieran con los anteriores principios serían realmente efectivas y más intimidantes, pues como nos pudimos dar cuenta en el presente trabajo algunos pueblos en la antigüedad tenían todos los principios mencionados y tenían grandes resultados en cuanto a evitar que se cometieran delitos, y lo más importante que el sentenciador se de cuenta y sea precavido en el sentido de que la pena que se va imponer sea vigente, es decir, que este reglamentada en alguna legislación y que sea positiva, sino de nada sirve que exista una ley, pues de cumplirse todos los supuestos anteriores lo que se estará logrando es que los miembros de una sociedad no delinca que es el objetivo principal.

Novena.- Al tratar este tema de la pena privativa de la libertad, es común encontrarse con términos como arresto, reclusión, presidio, cárcel, en estricto sentido todas ellas tienen ciertas diferencias y similitudes, pero concluimos que en todos esos términos el principal común denominador es que son lugares que sirven para la guarda de personas que han cometido un delito, o han cometido una falta administrativa, pues es importante que haya diferentes tipos de lugares que sirvan para la guarda y corrección de los que hayan cometido una conducta considerada antisocial, pues sería imposible que hubiese solamente cárceles para recluir a todos los delinquentes o infractores.

Décima.- Ahora bien nos podemos hacer la pregunta de ¿para que fueron creadas las cárceles?. Nosotros señalamos que es para una protección del delincuente, tal vez sorprenda la respuesta dada, pero si recordamos los antiguos cuáqueros de Pennsylvania, fueron los que se preocuparon de los que habían cometido un delito, y que no se les diera muerte, y procuraban su arrepentimiento mediante la oración y alejándolo de la sociedad, claro en un establecimiento especial llamado cárcel, lo que las hacía intimidantes era el régimen tan duro que predominaba en esas cárceles, pues en algunas a los presos se les prohibía hablar con los demás internos o hacer determinadas actividades, y sobre todo que eran sometidos a largo tiempo de estar leyendo la Biblia y a realizar oraciones hasta conseguir el arrepentimiento.

Décima primera Todas las conclusiones anteriores sirven de referencia para hacer una crítica con lo que en la actualidad pasa con la pena privativa de la libertad, pues consideramos y tal vez dando un giro muy radical, que en nuestros días si es intimidante la pena privativa de la libertad, tan es así que los delincuentes o personas que cometen una conducta antisocial recurren a mecanismos para no caer en una cárcel, tales mecanismos podríamos señalar la corrupción, la impunidad, entre otros elementos, no metiendonos en cuestiones sociológicas como el aspecto de la educación de una persona, el nivel cultural que tenga, y el status social en que se desenvuelva o viva.

Ahora bien, dicha intimidación de la pena privativa de la libertad es en términos generales, pero como en toda regla general hay sus excepciones así podemos señalar que hay ciertos individuos en nuestra sociedad a los que ya no les causa ningún temor el hecho de que puedan caer en una cárcel, pues seguramente son individuos que no son primodelincuentes, sino que por el contrario son delincuentes habituales y que cada vez que salen de una prisión lo que buscan es perfeccionar el delito, siendo cada vez más perfecto, pues su propósito es seguir cometiendo delitos, sin que sean descubiertos.

Décima segunda.- Es de concluir que en cuanto a la aplicación de las penas señaladas en nuestra Carta Magna, a estas le hace falta una reforma urgente, pues como es sabido en el artículo 22 constitucional se señala ciertas penas y entre ellas la pena de muerte, a nuestro parecer debe de desaparecer del texto legal, pues la pena de muerte no nos lleva a nada bueno, sino que al contrario significa una deshumanización y un retroceso en la sociedad, y también es de destacar que en países en donde se aplica la pena de muerte en lugar de que bajen los índices delictivos, al contrario aumentan.

De lo anterior podemos señalar que una sociedad con una adecuada aplicación de penas, las cuales sean justas, y que su aplicación sea pronta y expedita, puede ser más intimidante que la propia pena de muerte.

Otra de las conclusiones a la que hemos llegado en que se el artículo 5° Constitucional que trata lo referente a la prestación de trabajos, al señalar que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123, señalamos que esto último es erróneo, pues no se le pueden otorgar a un reo las mismas garantías que a los hombres libres, pues de lo contrario se le estaría quitando el estigma de castigo y en esas condiciones no se le puede considerar como pena y en consecuencia no se podría estar hablando de una verdadera readaptación.

Décimo tercera.- Aún no se ha definido el porvenir de la prisión; pues poderosas corrientes proponen su abolición, e incluso sugieren, la supresión del Derecho Pena. Sin embargo, esta posibilidad parece remota. A falta de relevo suficiente - no lo es, por supuesto, la pena de muerte-, la privación de libertad sigue siendo una sanción predilecta en el arsenal de las penas. Se ha sustituido en muchos casos, pero persiste en otros muchos, e incluso se incrementa el tiempo de reclusión en las nuevas disposiciones contra la delincuencia organizada.

Ha crecido notablemente la población penitenciaria. Su incremento es notorio día con día. En realidad, hoy en día se modera la tasa de incremento neto de ésta, mientras sube sin cesar la correspondiente a la población penitenciaria. El Primer Censo Nacional Penitenciario, levantado en 1976, hizo saber que había 42,943 reclusos en 399 instituciones para varones y mujeres, reos federales y comunes. En junio de 1991, la población penitenciaria era de 93,524 individuos. En marzo de 1996 había subido a 98,375. Poco más de un año después, en julio de 1997, la cifra era de 106,682.

En el futuro habrá que definir claramente el sentido de la privación penal de libertad, y actuar en consecuencia. El artículo 18 de la Constitución mantiene vigente la readaptación social; es preciso que los hechos se subordinen a ese propósito, que en nada pugna con la seguridad pública y la defensa social. Sobre aquella base se eleva y desarrolla, bajo las condiciones que sugiere cada etapa de la historia, el sistema penitenciario.

En nuestra opinión, los elementos esenciales de un sistema penitenciario son: normas idóneas, establecimientos adecuados y personal competente. Disponemos de leyes modernas y suficientes; no es necesario llevar a cabo reformas mayores, sino adecuaciones menores por la fuerza de los cambios que naturalmente ocurren en este ámbito, como en todos. Se han elegido numerosos establecimientos modernos. No sobra la revisión de los proyectos rectores, para ajustarlos a las imperiosas necesidades del tratamiento penitenciario; además, es preciso que estas instituciones sean siempre funcionales y suficientes. No hay duda, sobre la necesidad de llevar adelante, en forma sostenida, la construcción de reclusorios que permitan evitar la sobrepoblación de los actuales, que milita contra la readaptación social de los reclusos. Asimismo, deberemos recuperar la mejor tradición mexicana en materia de selección y preparación del personal penitenciario, a sabiendas de que el sistema de tratamiento será lo que hagan de él quienes lo tengan a su cargo: desde las autoridades más elevadas hasta los modestos custodios, que cumplen, sin embargo, un papel descollante, porque

conviven minuto a minuto, día tras día, año tras año -siempre, en fin de cuentas- con los internos.

Esos son los grandes "retos", como se suele decir, que enfrenta el desarrollo penitenciario de México: desde la idea misma de la privación de libertad, hasta sus aplicaciones pormenorizadas en todo género de establecimientos y para diversas categorías de infractores. Es verdad que en este campo la realidad suele tirar hacia abajo; pero también lo es que la voluntad, el talento y la esperanza tienen la costumbre de apuntar siempre hacia arriba. La historia contiene ejemplos de ambas tendencias. El hecho de que los haya de la segunda, permite afirmar con certeza -por encima de la retórica y la doctrina- que el desarrollo de instituciones penitenciarias dignas y eficaces no es sólo un sueño, a pesar de todo.

PROPUESTAS.

PRIMERA.. Después de las conclusiones a las que hemos llegado, en el sentido que actualmente la pena privativa de la libertad si es intimidante, tan es así que se recurren a otros medios como el cohecho, el peculado o el soborno para evitarla, no obstante lo anterior, consideramos que para que sea más intimidante es necesario la depuración de algunos artículos de nuestras legislaciones que nos rigen actualmente y en especial en el campo del Derecho Penal, pues algunas figuras jurídicas contempladas, en el Código Penal o en la Constitución, son figuras que ya cayeron en desuso y por lo tanto ya están caducas, como ejemplo podemos señalar el artículo 22 de nuestra Carta Magna que establece la pena de muerte, la cual es una figura que es vigente pero no positiva, no metiendonos con el fuero castrense, pues en la presente investigación no se tocaron situación del Derecho Militar.

SEGUNDA. Señalamos anteriormente el artículo 24 del código penal, consideramos que dicho numeral tiene que sufrir una reforma en el sentido de que actualmente dicho artículo 24, no señala claramente cuales son penas y cuales son medidas de seguridad.

La anterior reforma va encaminada a tratar de clasificar detalladamente cuales son las penas y las medidas de seguridad.

De lo anterior nosotros consideramos que el artículo 24 se debe de tomar en cuenta lo siguiente:

Del catálogo contenido en el artículo 24 del Código Penal antes transcrito, podemos decir que no todas son penas y no todas son medidas de seguridad. Dicho artículo 24, podría quedar de la siguiente manera:

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

a) Son penas.

I. Prisión.

II. Tratamiento de libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.

III. Confinamiento.

IV. Prohibición de ir a un lugar determinado.

V. Sanción económica que comprende multa, la reparación del daño y la sanción económica.

VI. Decomiso de instrumentos.

VII. Suspensión o privación de derechos.

VIII. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

IX. Publicaciones especiales de sentencias.

X. Suspensión o privación de las sociedades.

XI. Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

b) Son medidas de seguridad.

I. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan la necesidad de consumir bebidas embriagantes.

II. Amonestación.

III. Apercebimiento.

IV. Caucción de no ofender.

V. Vigilancia de la autoridad.

VI. Medidas cautelares para menores.

Ahora bien, consideramos, como ya lo dijimos en multitudes de ocasiones, que la pena privativa de la libertad en la actualidad es intimidante, por lo que para hacerla más intimidante, proponemos una reforma a la parte especial del Código Penal, es decir, a los capítulos señalados para delitos en particular, en donde se propone agregar a parte de la pena privativa de la libertad y multa que algunos delitos

contemplan, la adición de una medida de seguridad, lo anterior tal vez resulta un poco laborioso para los legisladores, pues se tendría que estudiar cada tipo penal que describe nuestro Código Penal para así poderle agregar una medida de seguridad, lo anterior también deberá atender a la naturaleza del delito y a la naturaleza del sujeto que comete el delito.

Con la anterior reforma se estaría haciendo más intimidante la pena privativa de la libertad de lo que ya lo es, pues un sujeto que comete un delito estaría cumpliendo con una pena privativa de la libertad, en su caso con una multa y con una medida de seguridad, lo anterior teniendo su propio fundamento en el artículo 24 del Código penal, pues ahí es precisamente en donde se señalan las penas y las medidas de seguridad y no se estarían imponiendo ninguna pena que no estuviese contemplada en la ley.

|

BIBLIOGRAFIA

1. ABARCA, Ricardo, El Derecho Penal en México Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Editorial. Jus. México, 1999.
2. ARBIGAY MOLINA, José Fernando, Derecho Penal Parte General, 1ª. Edición, Editorial. Ediar, Argentina, 1972.
3. AZZOLINI, Alicia y Luis de la Barreda Solórzano, Derecho Penal Mexicano, Ayer y Hoy, Editorial Osuna de Cervantes, México, 1993.
4. BAMFORD, Frank, Poison, Their Isolation And Identificación, Editorial Swaine, Inglaterra, 1940.
5. BECARIA, Cesare, De Los Delitos y Las Penas, Editorial Aguilar Tolle, Lege, Francia, 1764.
6. BICIGALUPO, Enrique. Principios de Derecho Penal Parte General. Cuarta Edición, Editorial. AKAL. España. 1997.
7. CÁRDENAS, Raúl F., Obra Jurídica Mexicana, Procuraduría General de la Republica, 2ª. Edición, México, 1987.
8. CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Derecho Penitenciario (Cárcel y Penas en México), 2ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1981.
9. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal. Decimoctava Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
10. CENICEROS, José Ángel, Derecho Penal y Criminología. Editorial Botas, México, 1954.
11. CENICEROS, José Ángel, Tres Estudios de Criminología, Editorial Cuadernos Criminalia, México, 1944.
12. CID, José, y Elena Larrauri, Penas Alternativas a la Prisión, Editorial Bosch, 1ª. Edición, 1997.
13. CORTÉS IBARRA, Miguel Ángel, Derecho Penal Parte General, 4ª. Edición. Editorial, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
14. COUSIÑO MAC IVER, Luis. Derecho Penal Chileno Parte General. Editorial Jurídica de Chile. Chile, 1975.
15. CUELLO CALÓN, Eugenio, Derecho Penal Parte General, Tomo 1. Volumen I, Editorial Bosch, Casa Editorial S.A., 18ª. Edición, España, 1980.

16. CUELLO CALÓN, Eugenio, La Moderna Penología: Represión del Delito y Tratamiento de los Delincuentes y Medidas. Su Ejecución. Reimpresión 1974, Editorial Bosch, España, 1974.
17. CUELLO CALÓN, Eugenio. Penología. Editorial Reus, Madrid, España, 1920.
18. DE LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. Discurso sobre las Penas. México, 1982.
19. DELGADO MOYA, Rubén, Antología Jurídica Mexicana. Editorial, Colección de Obras Industrias Graficas Unidas Maestras de Derecho, México, 1993.
20. DONNA, Eduardo Alberto. Teoría del Delito y de la Pena. Editorial. Astrea. Argentina. 1992.
21. FERREIRA DELGADO, Francisco José, Teoría General del Delito. Editorial Temis, Colombia, 1988.
22. FONTÁN BALESTRA, Carlos, Derecho Penal. Introducción y Parte General. 13 a. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Argentina, 1993.
23. FONTÁN BALESTRA, Carlos. Tratado de Derecho Penal Parte General. Tomo I. Segunda Edición. Editorial. Abeledo-Perrot. Argentina, 1990.
24. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal. 4ª. Edición, Editorial Porrúa, México, 1983.
25. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Panorama del Derecho Penal Mexicano. 1ª. Edición, Editorial McGraw.hill, México, 1998.
26. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Justicia Penal (estudios). Editorial. Porrúa. México, 1982.
27. GARCÍA VALDÉS, Carlos, Introducción a la Penología. Publicaciones del instituto de criminología de la universidad de Madrid. España, 1978.
28. GARCÍA VALDÉS, Carlos. Teoría de la Pena. Tercera Edición. Editorial Tecnos. Madrid, España. 1987.
29. Jiménez de Azua, Luis, Lecciones de Derecho Penal. Editorial Pedagógica Americana; México, 1995.
30. KENT, Jorge. Sustitutivos de la prisión, Penas sin Libertad y Penas en Libertad. Editorial. Abeledo-Perrot. Argentina. 1987.

31. LABATUT, GLENA, Gustavo, Derecho Penal, Tomo V, 9ª. Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1992.
32. LARDIZÁBAL Y URIBE, Manuel, Discurso Sobre las Penas, Editorial Porrúa, México, 1982.
33. MANCILLA OVANDO, Jorge Alberto, Teoría Legalista del Delito, Editorial Porrúa, México, 1989.
34. MARCÓ DEL PONT, Luis, Derecho Penitenciario, 2ª. Reimpresión. Editorial Cárdenas y Distribuidor, México, 1995.
35. MARCÓ DEL PONT, Luis. Penología y Sistemas Carcelarios, Editorial Depalma. España. 1982.
36. MARTÍN DEL CAMPO, Carlos, La Rehabilitación Desde Procesados, Editorial Ortiz Rubio, México, 1966.
37. MENDOZA BREMAUNT, Emma. Derecho Penitenciario. Editorial Mcgraw-Hill, México, 1998.
38. MEZGER, Edmundo. Derecho Penal Parte General. Editorial. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1985.
39. MIR PUIG, Santiago, Función de la Pena y Teoría del Delito, en el Estado Social y Democrático de Derecho, España, 1982.
40. N. VIERA, Hugo. Penas y Medidas de Seguridad, Editorial. Universidad de los Andes. Venezuela.
41. OBREGÓN, Esquivel, Apuntes para la Historia del Derecho en México, Editorial Polis, México, 1937.
42. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto. Curso de Derecho Penal Parte General. Editorial. Porrúa. México, 1999.
43. OSORIO Y NIETO, César Augusto, Síntesis del Derecho Penal Parte General, Editorial Trillas, 1ª. Edición, México, 1984.
44. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; 12ª, Editorial Porrúa S.A., México, 1995.
45. PÉREZ GALAZ, Juan de Dios, Derecho y Organización de los Mayas, Editorial UNAM, 1943.

46. PORTE PETIT, Celestino. Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. Tomo I. Quinta Edición. Editorial. Porrúa. México, 1980.
47. RAMÍREZ DELGADO, Juan Manuel, Penología. 3ª. Edición, Editorial Porrúa, Estudios de División, Penas y Medidas de Seguridad, México, 2000.
48. RANIERI, Silvio, Manual de Derecho Penal. Tomo II, parte General, Editorial Temis, Colombia, 1975.
49. RANIERI, Silvio. Manual de Derecho Penal Tomo II Parte General. Editorial. Themis. Bogota, Colombia. 1975.
50. REYNOSO DÁVILA, Roberto, Historia del Derecho Penal y Nociones de Criminología. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1992.
51. RIVERA SILVA, Manuel, Naturaleza, Cultura y Derecho Penal, Editorial Imprenta Universitaria, México, 1993.
52. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Criminología, 13ª. Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1998.
53. RODRÍGUEZ MANZANERA, Luis, Introducción a la Penología, Editorial Porrúa, México, 1978.
54. ROSAS ROMERO, Sergio, Criminología, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México., México, 2000.
55. ROSAS ROMERO, Sergio, El Ministerio Público, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
56. SÁINZ CANTERO, José. Lecciones de Derecho Penal Parte General. Tercera Edición. Editorial. Bosch Casa Editora. España. 1990.
57. SALDAÑA, Quintiliano. Nueva Penología (Penas y Medidas de Seguridad) Librería y Casa Editora Hermanos S.A. Madrid, España. 1931.
58. SAVER, Guillermo. Derecho Penal Parte General. Editorial. Bosch Casa Editora, España, 1956.
59. SILVA, José Enrique, Derecho Penal Salvadoreño, Parte General, Teoría de las Penas y Medidas de Seguridad, Editorial Tipográfica Comercial Santa Ana. 1978.
60. SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis, Penas Sustitutivas de Prisión, 1ª. Edición, Editorial UNAM, México, 1995.

61. SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. Tomo I, Octava Reimpresión. Editorial. TEA. Argentina. 1978.
62. VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia, Sustitutivos Penales y Proyectos de Reforma en el Derecho Español, Editorial, Centro de Publicaciones Ministerio de Justicia, España, 1990.
63. VIERA M. , Hugo, Penas y Medidas de Seguridad, Talleres Gráficos Universitarios, Venezuela, 1972.
64. VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte General. Quinta Edición. Editorial. Porrúa. México. 1990.
65. ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General. 1ª. Reimpresión, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1991.

DICCIONARIOS, y REVISTAS

1. Díaz León, Marco Antonio, DICCIONARIO DERECHO PROCESAL PENAL, Tomo I, UNAM. 1985
2. Diccionario Jurídico 2000.
3. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXI.
4. Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo XXII
5. GARCÍA PELAYO Y GROSS, Ramón. Diccionario Enciclopédico Ilustrado Larousse. Edición 1997. Editorial. Larousse.
6. LAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN, Tapia, Año, 15, número 92, enero-febrero, 1997.
7. REVISTA DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE ARGENTINA, diciembre, Tomo 50, numero 3, 1990, Argentina.

LEYES

1. AGENDA LABORAL. Ediciones Fiscales ISEF.

2. CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Versión cosida, editorial, ISEF, México, 2001.
3. CODIGO PENAL FEDERAL, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Versión cosida, editorial, ISEF, México, 2001.
4. COMPILA 2000.
5. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 7ª. Edición, editorial Mc Graw-Hill, México, 2000.
6. LEY DE EJECUCIÓN DE SANCIONES PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, Editorial Porrúa, México, 2001.
7. LEY QUE ESTABLECE LAS NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACION SOCIAL DE SENTENCIADOS, AGENDA PENAL FEDERAL, Compendio de leyes, reglamentos y otras disposiciones conexas sobre la materia, Versión cosida, editorial, ISEF, México, 2001.