

491
2y.



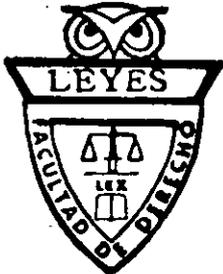
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

CONDICIONES BAJO LAS CUALES SE LEGITIMA
LA APLICACION DE LA PENA

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
JOSE MARIO MERCADO GONZALEZ



MEXICO, D. F.

1998

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

938080



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

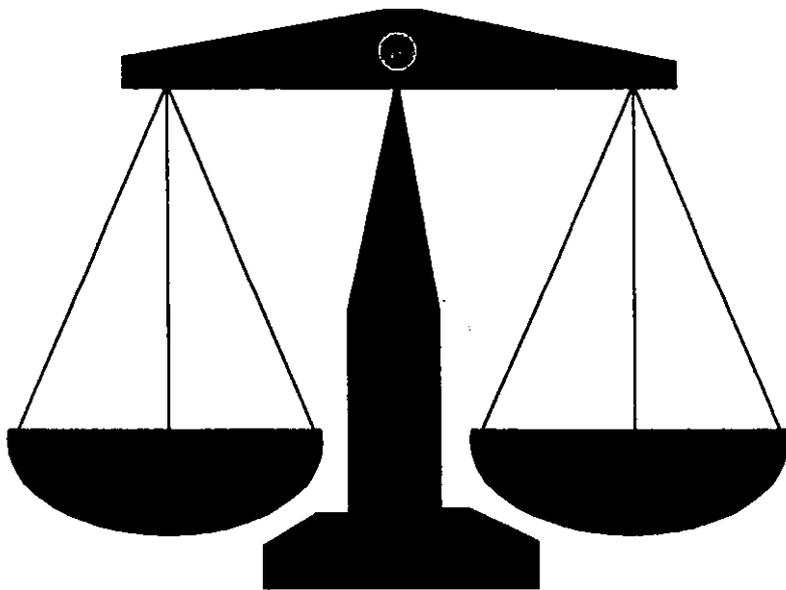
DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

*UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO*

FACULTAD DE DERECHO



A Jesús, a mi padre y a mi madre, rectores de mi vida.

La humanidad es el espíritu del ser supremo
sobre la faz de la tierra,
el mismo que predica el amor y señala rumbos de vida mejor,
pero los mortales se ríen de sus consejos y enseñanzas.

A este espíritu escuchó Jesús,

y por ello el fue crucificado,
y lo escucharon los que creen en Cristo,
sin ser sacrificados pero sí escarnecidos.

El escarnio es más cruel y amargo que la muerte.

Sin embargo, Jesús, no pudo matar al Nazareno,
porque el vive para la inmortalidad,
la moña no triunfa contra el creyente,
porque este vivirá por los siglos de los siglos.

**Gibrán Jalil Gibrán
(1838-1931)**



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS
Director del Seminario de Derecho Penal
de la Facultad de Derecho de la UNAM.
P R E S E N T E .

Por este conducto, me permito distraer su fina atención para informar a usted, que el alumno JOSÉ MARIO MERCADO GONZÁLEZ, con número de cuenta 9024349-5 ha concluido bajo la dirección del suscrito, el trabajo de investigación intitulado "CONDICIONES BAJO LAS CUALES SE LEGITIMA LA APLICACION DE LA PENA", que presentará como tesis recepcional en el examen profesional correspondiente.

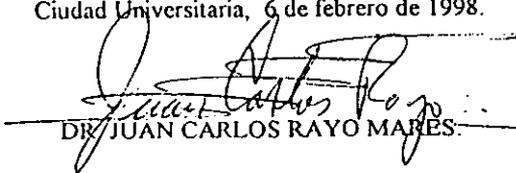
Después de las orientaciones proporcionadas al alumno y las múltiples entrevistas efectuadas, el trabajo de investigación posee un adecuado método, puntos de vista personales del autor, conclusiones particulares a las que arriba y abundante bibliografía, en consecuencia, en opinión del suscrito, reúne los requisitos exigidos para los trabajos de esa especie previstos en el reglamento aplicable de la Legislación Universitaria.

Por tal motivo, someto a la alta consideración de usted el trabajo mencionado, suplicándole su aprobación para la impresión del mismo y los trámites subsecuentes.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para enviarle un cordial saludo con la admiración de siempre.

ATENTAMENTE .

Ciudad Universitaria, 6 de febrero de 1998.


DR. JUAN CARLOS RAYO MARES.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

Cd. Universitaria, a 9 de marzo 1998.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA UNAM
PRESENTE

EL C. JOSE MARIO MERCADO GONZALEZ, ha elaborado en este seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. JUAN CARLOS RAYO MARES, su tesis profesional intitulada "CONDICIONES BAJO LAS CUALES SE LEGITIMA LA APLICACION DE LA PENA", con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

El alumno ha concluido su tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el art. 8 fracción V, del Reglamento de Seminarios para la tesis profesional, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos.

ATENTAMENTE

"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
EL DIRECTOR DEL SEMINARIO

INSTITUTO DE DERECHO
SEMINARIO DE
DR. RAUL CAMARANA YRIVAS

ÍNDICE

Introducción.....	Pág. 1
-------------------	--------

CAPITULO PRIMERO

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

1.1. Origen de las penas y medidas de seguridad.....	4
1.2. Origen de las penas pecuniarias.....	5
1.3. Origen del sistema días-multa.....	7
1.4. Las medidas de seguridad.....	9
1.5. Definición de pena y medida de seguridad.....	13
1.5.1. Concepto de pena.....	15
1.5.2. La pena para la escuela clásica.....	19
1.5.3. La pena para la escuela positiva.....	21
1.5.4. Concepto de medida de seguridad.....	22

CAPITULO SEGUNDO.

CLASIFICACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

2.1. Clasificación de las penas.....	25
2.1.1. Por su naturaleza.....	26
2.1.1.1. Penas corporales y no corporales.....	26
2.1.1.2. Penas infamantes.....	27
2.1.1.3. Penas privativas y restrictivas de libertad.....	28
2.1.1.4. Penas pecuniarias.....	29
2.1.1.4.1. Multa.....	30
2.1.1.4.2. Reparación del daño.....	32
2.1.1.4.3. Confiscación de bienes.....	32
2.1.2. Por su autonomía.....	33
2.1.2.1. Principales o accesorias.....	33
2.1.3. Por la aplicación del arbitrio judicial.....	33
2.1.3.1. Flexibles y rígidas.....	33
2.1.4. Por su división.....	34
2.1.4.1. Divisibles e indivisibles.....	34
2.1.5. Por su duración.....	34
2.1.5.1. Temporales o perpetuas.....	34
2.1.6. Por su aplicación.....	35
2.1.6.1. Centrípetas y centrífugas.....	35
2.2. Clasificación de las medidas de seguridad.....	35
2.2.1. Predelictuales y postdelictuales.....	37
2.2.1.1. Predelictuales.....	37
2.2.1.2. Postdelictuales.....	38
2.2.2. Civiles.....	39
2.2.3. Complementarias y sustantivas.....	39
2.2.3.1. Complementarias.....	39
2.2.3.2. Sustantivas.....	40
2.2.4. Privativas de libertad.....	40
2.2.5. Restrictivas de libertad.....	43
2.2.6. Personales y patrimoniales.....	43

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DEL ARTICULO 24 DEL CODIGO PENAL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

3.1. Penas y medidas de seguridad.....	47
3.1.1. Prisión.....	47
3.1.2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.....	51
3.1.3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.....	52
3.1.4. Confinamiento.....	57
3.1.5. Prohibición de ir a lugar determinado.....	58
3.1.6. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.....	59
3.1.7. Amonestación y apercibimiento.....	60
3.1.8. Caucción de no ofender.....	61
3.1.9. Suspensión o privación de derechos.....	62
2.1.10. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.....	63
3.1.11. Publicación especial de sentencias.....	63
2.1.12. Vigilancia de la autoridad.....	64
3.1.13. Medidas tutelares para menores.....	65

CAPITULO CUARTO

CONDICIONESBAJO LAS CUALES SE LEGITIMA LA APLICACION DE LA PENA.

4.1. Legitimidad.....	68
4.2. Derecho penal subjetivo (ius puniendi).....	68
4.3. Teorías de la pena.....	70
4.3.1. Teorías absolutas.....	71
4.3.1.1. Teorías de la retribución.....	71
4.3.2. Teorías relativas.....	76
4.3.2.1. Teorías de la prevención.....	76
4.3.2.2. Teoría de la prevención general.....	77
4.3.2.3. Teoría de la prevención especial.....	80
4.3.2.4. Teorías de la unión.....	82
4.4. Clases de determinación de la pena.....	85
4.4.1. Determinación de la pena.....	85
4.4.2. Determinación legal.....	87
4.4.2.1. Determinación legislativa de la pena en nuestro código penal vigente.....	95
4.2.3. Determinación judicial.....	103
4.2.4. Determinación ejecutiva.....	111
4.4.4.1. La penología como disciplina de la individualización ejecutiva.....	113
4.4.4.2. La ciencia penitenciaria como disciplina de la individualización ejecutiva.....	114
4.4.4.3. La política penitenciaria como disciplina de la individualización ejecutiva.....	115
4.4.4.4. El derecho ejecutivo penal como disciplina de la individualización ejecutiva.....	116
Conclusiones.....	120
Bibliografía.....	124

INTRODUCCIÓN

En este breve estudio se pretende destacar la participación del estado en la problemática de la legitimación y determinación de la pena, para lo cual nos dimos a la tarea de estudiar tanto las teorías de la pena, como la determinación de la misma, esta determinación es analizada desde el ámbito legislativo, ejecutivo y judicial.

Lo que se intenta en este estudio primordialmente es conocer en que momento y de que manera se da la verdadera determinación de la pena, para ello la doctrina hace una división de la individualización de la pena en 3 apartados: 1). Legal; 2). Judicial y; 3). Administrativa, en donde la primera no es otra cosa que aquella que hace la ley; la segunda es la que hace el juzgador y por último la administrativa que es aquella que se realiza durante la aplicación de la pena por la autoridad encargada de hacerla cumplir.

Por otra parte hemos empleado la terminología de "individualización de la pena", sobre la "determinación de la pena", esto en virtud de que la doctrina así lo ha manejado, aclarando que está mal empleado este término de individualización, pues al hablar de individualización es algo más que una determinación, pues ésta no corresponde a una etapa legal, una judicial y otra legislativa, sino que es tan amplia que abarca más que al mismo derecho penal, por ello debemos emplear el término de determinación de la pena, por ser el más idóneo, ya que al hablar de determinación nos estamos refiriendo a la gravedad del injusto y a la culpabilidad.

Este estudio se divide en 4 sectores, en donde el primero de ellos relata de que manera surgen las penas así como las medidas de seguridad y la forma en que han ido evolucionando desde tiempos antiguos hasta nuestros días.

Un segundo sector, el cual contempla una forma de clasificarse a las penas y medidas de seguridad, tratando de englobar todos los puntos de vista de diversos doctrinarios, pues como bien es cierto hay infinidad de clasificaciones, pues estas se dan según el enfoque de cada autor.

El tercer sector, se refiere fundamentalmente a la forma en que nuestra legislación contempla tanto a las penas como a las medidas de seguridad. También de da una explicación de cada una de las penas y medidas de seguridad establecidas y reguladas por nuestra legislación.

El último se basa básicamente en la legitimación de la pena, contemplando también tanto las teorías de la pena como su determinación, por cuanto hace a la determinación podemos señalar que dicha determinación de la pena es la que hace el juzgador al tomar en cuenta todos y cada uno de las fracciones del artículo 51 y 52 básicamente.

El deseo de esta investigación es presentar un análisis jurídico de las condiciones bajo las cuales se legitima la aplicación de la pena, teniendo la finalidad de facilitar el estudio y comprensión de este tema discutido por varios doctrinarios. Mostrando un panorama general de lo que es la determinación de la pena.

CAPITULO PRIMERO

PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

- 1.1. Origen de las penas y medidas de seguridad.
 - 1.2. Origen de las penas pecuniarias.
 - 1.3. Origen del sistema dias-multa.
 - 1.4. Las medidas de seguridad.
- 1.5. Definición de pena y medida de seguridad.
 - 1.5.1. Concepto de pena.
 - 1.5.2. La pena para la escuela clásica.
 - 1.5.3. La pena para la escuela positiva.
 - 1.5.4. Concepto de medida de seguridad.

1.1. ORIGEN DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

En todos los tiempos se ha señalado que cualquier ley que se desvíe de los sentimientos indelebles del hombre encontrará siempre una resistencia contraria, la cual predominará, de la misma manera como si se tratase de una fuerza, por muy menor que sea, esta predominará si es aplicada de una manera constante a cualquier acto considerado como violento. Asimismo podemos decir que las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, optando por ejercer todos y cada uno de ellos su libertad, sacrificando una parte de ella para así gozar la restante en segura tranquilidad; la suma de todas estas porciones de libertad, ejercidas al bien de cada uno forma la soberanía de una Nación. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, pues todos procuran obtener una porción superior a la que han aportado y así pretendían usurparse otras que no les correspondían. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes, para de esta manera contener las pretensiones despóticas de cada hombre cuando trataran de sumergir las leyes de la sociedad en un caos antiguo. Todos estos motivos sensibles los denomina Voltaire¹ como: " las penas establecidas para los infractores de las leyes". Motivos sensibles, porque la experiencia ha demostrado que la nulidad no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución, que en el universo físico y moral se observa, sino con motivos que inmediatamente hieran en los sentidos, y que de continuo se presenten al entendimiento, para contrabalancear las fuertes impresiones de los ímpetus parciales que

¹ Beccaria, Cesare. Comentario al libro de los delitos y las penas por Voltaire .Tr. Juan Antonio de las Casas. Madrid. Editorial Alianza. 1990. Pág. 27.

se oponen al bien universal: no habiendo tampoco bastado la elocuencia, las declamaciones, y las verdades más sublimes para sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes².

No fue otra cosa sino la necesidad la que obligó a los hombres a ejercer su propia libertad (es bien cierto que cada uno solo quiere ejercer su libertad de la mejor manera, o dicho de otra manera, poner su propia libertad en el depósito público, empero dicha libertad tratan que sea la mínima y que baste para inducir a los demás a defenderlo), como bien sabemos debe existir un sistema regulador de todas las conductas, el cual debe hacerse respetar, por ello es necesario aplicar los motivos sensibles, los cuales no son otra cosa que penas y medidas de seguridad.

1.2. ORIGEN DE LAS PENAS PECUNIARIAS

"El antecedente más remoto de las penas pecuniarias lo encontramos en la Sagrada Biblia, concretamente en la ley de Moyses (Exodo XXI y XXII, y Levítico XXIV), aparecen preceptos y normas, llamadas "leyes judiciales", que dejan ver sin duda la pena pecuniaria. Es evidente que tales conminaciones o sanciones tiene un carácter indemnizatorio, de la composición de las pérdidas y daños, dentro de los moldes de la reparación civil de nuestros días³.

² Beccaria, Cesare. De los delitos y las penas. Ediciones Arayú. Editorial Depalma Buenos Aires. 1995, PP. 27 y 28.

³ Cuaderno Panameño de criminología. Vol. 1. Número 2. Noviembre 1973. PP. 62 y 63.

En Roma, la pena pecuniaria estuvo presente tanto en el Derecho Público como en el Privado. No está de más señalar que la sanción tenía también aquí un carácter indemnizatorio, típico de la venganza privada. No era, y no podía ser, la pena pecuniaria de hoy, cuya esencia consiste en un pago a favor del Estado de una cantidad determinada de dinero. por lo que hace al derecho germánico, la pena pecuniaria fue más difundida, no sólo para los delitos oficiosos, sino también en los perseguibles por querrela de parte ofendida.

Uno de los tipos de las penas pecuniarias es la llamada multa, esta se aplicaba en la antigüedad, la cual resurgió con gran intensidad en la alta Edad Media siendo gradualmente substituida por un severo sistema de penas corporales y capitales, las cuales, a su vez, cedieron terreno durante el siglo XVII a las penas privativas de libertad. Algunos autores relacionan el progreso económico asociado a las grandes incursiones colonizadoras o de conquista, con la institucionalización de la pena privativa de la libertad toda vez que se descubrió que los penados conformarían la mano de obra más barata, sin reivindicaciones que manifestar, como era el caso de los condenados a los trabajos forzados, por mencionar alguno.

"La pena pecuniaria resurge finalmente, después de un lapso prolongado, en el que figuró como accesoria de la privativa de libertad. El triunfo de la pena de multa comenzó a finales del siglo XIX como consecuencia de la lucha contra las penas de privación de libertad de corta duración. Esta guerra estuvo encabezada por Von Liszt en Alemania, y Boneville en Francia"⁴.

⁴ Ibid. Pág. 63.

1.3. ORIGEN DEL SISTEMA DIAS-MULTA

"Algunos penalistas tales como Cuello Calón, Soler y Jescheck, entre otros afirman que el criterio días-multa es de origen sueco y Thyrés en el año de 1961, empero el Código Penal del Imperio Brasileño de 1830, aludía a los días-multa, sistema que fue mantenido por el Código penal Brasileño de 1890 en la Consolidación Pirágibe. Se advierte pues que la legislación brasileña, en este sentido, se adelantó no solo a la propuesta de Von Liszt expresada en el Congreso de la Unión Internacional de Derecho Penal de 1890, sino también al proyecto nórdico de Thyrés"⁵.

Lo que ocurrió verdaderamente fue que en Suecia (1931), Finlandia (1921) y Dinamarca (1939) adoptaron, desarrollaron y perfeccionaron el sistema en cuestión. De ahí que se le conozca como un proyecto de creación nórdica. Es más, el propio legislador brasileño, equivocadamente, lo reconoció expresamente como escandinavo en la Exposición de Motivos del Código de 1969 que adopta también el sistema días-multa.

El Código Brasileño de 1940, abandona el criterio de días multa. Pero el proyecto "Nelson Hungría" proclamaba su regreso repetido, asimismo, por el inaplicado Código de 1969. La legislación especial, entre otras leyes 4.737/65 (Código Electoral) y 6.368/76 (Ley antitóxicos), adoptan el sistema que nos ocupa, empero con una reglamentación propia.

⁵ Ibid. Pág. 66.

Para 1984 se hace una reforma penal a dicho Código en donde al adoptar el sistemas días-multa retoma el antiguo camino preservando el sentido afflictivo de la multa, haciéndola más flexible e individualizable, ajustando su valor aparte de la gravedad del delito, a la situación económica del delincuente. Sustentando la validez de ese criterio, Jescheck ha expresado "con la aceptación del sistema días-multa, de acuerdo con su amplia función en el nuevo sistema penal debe ser tanto más justa y comprensible para el delincuente y la sociedad, cuando más sensible y controlable"⁶.

Es forzoso reconocer que aún el criterio de días-multa no elimina todos los inconvenientes de la pena pecuniaria: "el mayor inconveniente de la multa reside en el tratamiento desigual respecto de ricos y pobres; inconveniente que no se puede evitar totalmente aunque consideren las circunstancias económicas del reo, y éstas aparezcan claramente, cuando se impone la prisión subsidiaria por falta de pago. Igualmente desfavorables son, también, las consecuencias negativas de la multa en la familia del condenado, aún y cuando éstas sean mucho más graves en la pena privativa de libertad"⁷.

Asimismo podemos agregar que en la instrucción penal, la evaluación de la situación socioeconómica del autor del delito pasa a tener importancia vital. Además que los elementos que la policía y el ministerio fiscal pueda proporcionar con su investigación, el juez deberá interrogar al acusado sobre su situación económica y financiera. El Ministerio Público podrá recabar las informaciones pertinentes teniendo en cuenta el tabulador

⁶ Jescheck, Hans Heinrich, Tratado de Derecho Penal, Parte General, traducción de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Dc. Bosch, Barcelona, 1981. pág. 1074.

⁷ Idem, pág. 1076.

fiscal federal, estatal o municipal, para una mejor evaluación de la situación real del acusado siempre y cuando las circunstancias lo exijan.

El Código Penal para el D. F. en materia común y para toda la República en materia federal hace alusión en su artículo 29 sobre los días-multa, el cual menciona que el día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumar el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos, que el límite inferior del día-multa será el equivalente al salario mínimo diario vigente en el lugar donde se consumó el delito, por cuanto hace al sentenciado que acredite no poder pagar la multa impuesta por el juzgador o solamente pueda cubrir parte de ella, la autoridad judicial podrá sustituirla, total o parcialmente, por prestación de trabajo en favor de la comunidad, en donde cada jornada de trabajo saldrá un día multa.

1.4. ORIGEN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En lo tocante a las medidas de seguridad es dable destacar que desde que Carl Stoos propuso en 1894 en el anteproyecto de Código Penal suizo el cual pasó a ser Código vigente en 1942, de ese país contenía un sistema doble de consecuencias jurídicas del delito, unas condicionadas por la culpabilidad del autor y otras que no presuponen dicha culpabilidad, se habla de sistema dualista o de doble vía, queriéndose subrayar con esto que, junto a las penas, el sistema prevé también medidas de seguridad y corrección. Tal sistema dualista por oposición al monista que sólo prevé penas o medidas.

La existencia de un sistema dualista sólo es comprensible en una perspectiva histórica que presupone una ampliación del derecho penal moderno frente al que podemos llamar clásico. El derecho penal clásico sólo admitía la legitimación de la pena en la medida en que el autor hubiera actuado culpablemente, es decir, de tal manera que el ejercicio impropio de la libertad por parte del autor del delito fundamentara el reproche expresado en la pena. La extensión del poder penal del Estado a otras situaciones que se caracterizaban precisamente por no ser reprochables al autor y que procuraban simplemente "ya sea la adaptación del individuo a la sociedad o la exclusión de la misma de los que no son susceptibles de tal adaptación" ⁸ no podía tener idéntico fundamento que la pena. Mientras la pena encontraba su fundamento en la culpabilidad, las medidas la encontraban en base a su peligrosidad del autor. Mejor dicho para un derecho penal fundado en la idea de las teorías absolutas de la pena, la otra vía solo era posible en tanto se reconociera que junto al principio legitimante de la justicia era posible admitir otras intervenciones del Estado basadas en la utilidad.

El objetivo de Stoos fue el de colocar, junto a la pena considerada de naturaleza retributiva, otros medios para combatir el delito.

Desde un principio, Stoos trazó las diferencias entre penas y medidas de seguridad con muy definidos conceptos: A) La pena se establece e impone al culpable en virtud de su delito; las medidas de seguridad se imponen por el carácter dañoso o peligroso del agente, o de una cosa cuyo carácter está en relación con el acto punible; B) La pena es

⁸ Cfr. Bacigalupo, Enrique. Principios de derecho penal. Editorial Akal. Madrid. 1990. Pág. 25.

un medio de producir un sufrimiento al culpable; la medida de seguridad es un medio asegurativo que va acompañado de una privación de libertad o de una intromisión en los derechos de una persona, pero cuyo fin no es producir un sufrimiento al culpable; C) La pena se determina conforme a la importancia del bien lesionado, según la gravedad de la lesión y según la culpabilidad de su autor; entre los términos que la ley establece, el juez fija la duración de la pena; en cambio, las medidas de seguridad se determinan en la ley conforme a su fin; su duración se establece solamente en términos generales, de tiempo indeterminado, y como depende éste del resultado obtenido, la medida cesa cuando se ha logrado la resocialización, la enmienda o la inocuidad.

Una estricta separación entre penas y medidas sólo es posible en tanto la pena se entiende desde el punto de vista de las teorías absolutas. Por el contrario la fundamentación se torna especialmente discutida cuando la pena se concibe según las teorías de la unión.

Se dice que las teorías relativas de la prevención especial a partir de Von Liszt carecían de la posibilidad conceptual de distinción, porque pena y medida tenían el mismo fin: incidir sobre el autor para evitar su reincidencia. Desde ese punto de vista es comprensible que Von Liszt afirmara que " si la medida de seguridad se conecta a la comisión de una acción punible, es posible que asuma en ella la esencia de la pena (un mal vinculado a un juicio de disvalor), y esto inclusive desde el punto de vista de la teoría de la retribución. En tanto esa teoría admite, aunque sólo sea secundariamente, la persecución de la corrección y la seguridad, cabe afirmar que la pena penetra en el terreno de la medida de seguridad"⁹. Este

⁹ Ibid. pág. 25.

mismo pasaje de Von Liszt explica porque motivos las teorías de la unión encuentran dificultades conceptuales en fundamentar una distinción entre penas y medidas. En la teoría moderna las teorías de la unión pueden sólo diferenciar ambos conceptos mediante el criterio limitador a que responden pena y medidas de seguridad.

El criterio limitador de la gravedad de la intervención del estado en la forma de pena o medida deja de cumplir su muy precaria función si esta limitación se concibe de una manera unitaria en base al principio de proporcionalidad¹⁰. Si no hay diferencia entre la limitación y el fundamento es evidente que no caben formas posibles de distinción.

Desde otro punto de vista la distinción parece altamente dificultosa si se sostiene, como Welzel¹¹, que el criterio utilitarista no es suficiente para fundamentar las medidas de seguridad, y siempre habrá que investigar su admisibilidad moral frente al individuo. Sin embargo Welzel pretende que este fundamento legal sea lo que legitima al Estado en la aplicación de la medida sin que implique, como presupuesto, la reprochabilidad del autor: " Toda libertad externa o social se justifica en última instancia a partir de la libertad interior o moralmente obligada. El que no es capaz de autodeterminación por carecer de libertad (como el enfermo mental) o no es suficientemente capaz como consecuencia de sus malas aptitudes, taras o hábitos, no puede pretender una total libertad social"¹² La argumentación de Welzel deja muy poco margen para distinción satisfactoria, pues también las medidas operarían aquí represivamente.

¹⁰ Ibid. Pág. 26.

¹¹ Cfr. Bacigalupo, Enriq. Ob. cit. Pág. 26.

¹² Idem.

La distinción entre penas y medidas, por lo tanto, la base del sistema dualista, tiende a perder sostén legal en las legislaciones modernas por la aceptación cada vez más difundidas del llamado principio vicarial, según el cual el tiempo de cumplimiento de una medida de seguridad privativa de libertad (Proyecto Argentino 1974/75; Proyecto español 1980).

En razón de las dificultades teóricas y de las tendencias legislativas apuntadas, resulta en la actualidad sumamente problemático el futuro del sistema dualista o de doble vía. Sin embargo no parece que el sistema monista se valla a imponer en forma inmediata.

1.5. DEFINICION DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD

Es de mera lógica que si se pretende estudiar algo se debe comenzar por su origen, evolución, sin dejar a un lado su concepto y definición. Aquí es donde se presenta el problema que todos los autores tienen su propia definición y que precisamente lo difícil de toda definición es que ésta abarque todos los puntos de vista.

1.5.1. CONCEPTO DE PENA.

Comencemos diciendo que el Diccionario de la Lengua Española, editado por la Real Academia, define, así: "Castigo impuesto por

autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta¹³. Subrayemos que aquí se le atribuye a la pena la idea de castigo.

Entre los romanos ella tuvo el carácter de una venganza por el mal infligido: así Ulpiano la define diciendo que "la pena es la venganza de un delito". Franz Von Liszt la define como "el mal que el juez inflige al delincuente, a causa del delito", para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor.

Para Guiseppe Maggiore es "un mal conminado e infligido al reo dentro de las formas legales, como retribución del mal del delito para reintegrar el orden jurídico injuriado". Como se observa, para Maggiore la naturaleza y el contenido de la pena resaltan en la idea de la retribución. Cabe señalar que dentro de la teoría de la retribución, la pena responde esencialmente a la realización de la idea de justicia, y no tiene un fin, sino que es un fin en sí misma, la esencia y sentido de la pena es la compensación de la culpabilidad del autor através del mal que la pena representa.

De igual manera Eduardo Novoa Monreal, ilustre Profesor de la Universidad de Chile define la pena, afirmando que "ella es un mal jurídico conminado por la Ley a todos los ciudadanos e infligido a aquellos que delinquen, como retribución del delito, que cumple un fin de evitar hechos delictuosos"¹⁴. De la anterior definición se deduce que para el Profesor Novoa además de que la naturaleza de la pena es un mal jurídico,

¹³ Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española, Madrid 1947. Pág. 969.

¹⁴ Novoa Monreal, Eduardo. Ob. cit. Pág. 316.

que tiene su fundamento en la Ley y por fines el evitar la comisión de hechos delictuosos, también resalta en la idea de la retribución.

Por su parte, Enrique Pessina la define así "el acto de la sociedad que en nombre del derecho violado somete al delincuente a un sufrimiento como medio indispensable para la reafirmación del Derecho¹⁵. Por eso el mencionado autor comenta que la pena "es también remedio dirigido a hacer que el Derecho reine como inviolable en la humana convivencia, y por ello podemos integrar la noción de la pena jurídica viendo en ella una retorción del derecho por obra del Estado por la individualidad humana, a causa del delito por ésta cometido, la cual pena consiste en hacer sufrir alguna privación en nombre del Derecho, proponiéndose reconstruir la violada soberanía, jurídica, como elemento esencial del organismo ético de la sociedad". De la anterior definición Pessina infiere: que la pena debe contraponer la fuerza del Estado a la fuerza del individuo, reprimiendo aquella actividad individual de la que el hombre abusó y así el hombre que fue sujeto activo del delito pasa a ser sujeto pasivo de la pena; que la pena debe ser calidad correspondiente al delito cometido y por lo tanto, debe negar la actividad en cuanto se ha abusado de la misma al delinquir; que la pena debe limitarse a la persona del culpable; que aquella debe aparecer como un hecho derivado del Derecho y no del capricho de los hombres y que debe tender a redimir al delincuente, conduciéndole de nuevo al camino del Derecho, borrando de su mente las causas productoras del delito y creando en él los hábitos que previenen la recaída.

¹⁵ Pessina, Enrique. Elementos de Derecho Penal. Trad. de Hilarión González del Castillo. Edit. Reus Madrid 1936. Pág. 603.

El profesor español Antonio Quintano Ripollés dice que la pena "consiste en la privación de un bien, impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinado por la ley"¹⁶. Esta estupenda definición de la pena, modelo de síntesis, nos hace resaltar que ella es esencialmente la privación de un bien (libertad, patrimonio, etc.); que sólo surge o puede surgir mediante un proceso previo y que se impone al reo por la comisión de un delito o falta, establecido previamente en las leyes.

El Profesor también de origen español Federico Puig Peña, en su obra Derecho Penal nos dice que la pena es "mal impuesto por el estado al culpable de una infracción criminal como consecuencia de la misma y en virtud de sentencia condenatoria al efecto"¹⁷. De esta definición de la pena se deduce:

- a) Que sobre todo la pena es un mal, a diferencia de otros pensadores que afirmaban entre ellos Platón y Roeder, que la pena es un bien, un remedio que tiende a enderezar la voluntad criminal desviada y supone, por lo mismo, la privación de bienes jurídicos;
- b) Que ese mal es impuesto solamente por el estado, ya que solo este es poseedor del denominado *ius punendi*, tesis universalmente no discutida hoy en nuestro Derecho Penal moderno. Es importante resaltar aquí que el Estado determina la pena en la ley, que la impone por medio de los órganos jurisdiccionales y que la ejecuta por medio de la administración penitenciaria;
- c) Que el Estado impone la pena al individuo declarado culpable de una infracción de tipo penal, es decir, que no se puede imponer la pena más que

¹⁶ Quintano Ripollés, Antonio. Compendio de Derecho de Derecho Penal. Tomo I. Volumen. I. Editorial. revista de Derecho Privado. Madrid. Pág. 412.

¹⁷ Puig Peña, Federico. citado por N. Vicra, Hugo. Ob. cit. Pág. 20.

al autor del delito; hecho punible aquel que debe ser previamente definido en la ley como tal; y

d) Que el Estado ha de imponer la pena en virtud de sentencia condenatoria, de lo cual se deduce que sólo se imponen penas por órgano del poder judicial, o sea, por los órganos jurisdiccionales y estos sólo las impondrán através de una sentencia condenatoria.

José Antonio Antón Oneca señala que "pena es un mal que el Estado impone, por medio de sus órganos jurisdiccionales y con las garantías de un proceso destinado a este fin, al culpable de una infracción criminal como retribución de la misma y con la finalidad de evitar nuevos delitos"¹⁸.

Ipallomeni la entiende como "perdida o disminución de bienes jurídicos-personales, impuesta por el Estado a los autores de un delito, en conformidad con sus leyes". Sebastián Soler, el eminente profesor de Córdoba la define diciendo que "es un mal amenazado primero, y luego impuesto al violador de un precepto legal, como retribución consistente en la disminución de un bien jurídico, y cuyo fin es evitar los delitos".

Para el profesor Eugenio Cuello Calón, "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"¹⁹. De esa distinción el profesor Cuello Calón infiere: que toda pena, aún ejecutada con un hondo sentido humanitario, siempre es un mal, para el que la sufre, siempre es una aflicción para el que la padece porque al privarlo o

¹⁸ Cfr. Revista de derecho Salvadoreño. Ob. cit. Pág. 3.

¹⁹ Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit. Pág. 87.

restringirlo de bienes jurídicos causa el sufrimiento que es su característica; que la pena sólo nace de la ley: *nulla poena sine lege*, y este principio requiere que aquella en calidad y cantidad se infiera en todo de acuerdo con la ley, lo que evidentemente constituye una garantía para todos, haciendo resaltar el hecho de que aún la pena indeterminada nace y se regula por la ley; que la imposición de la pena está reservada a los órganos jurisdiccionales, es decir, a los tribunales de justicia y habrán de imponerla estos de acuerdo con las normas procesales y como consecuencia de un previo proceso penal; que sólo será impuesta a los declarados culpables de una infracción de tipo penal, culpabilidad que deberá ser declarada previamente; y que ella debe recaer solamente sobre el culpable del delito, no pudiendo ser sancionado por el hecho de otra persona.

Para el Profesor José Rafael Mendoza, la pena es "un mal de privación de libertad y de bienes que establece la ley contra el delito"²⁰.

Para Carranca la pena "es de todas suertes un mal que se inflige al delincuente; es un castigo; atiende a la moralidad del acto. Al igual que el delito, la pena es el resultado de dos fuerzas: la física y la moral, ambas subjetivas y objetivas; su fin es la tutela jurídica de los bienes y su fundamento la justicia. Para que sea consecuente con su fin, la pena ha de ser eficaz, activa, ejemplar, cierta, pronta, pública y de tal naturaleza que no pervierta al reo; y para que esté limitada por la justicia ha de ser legal, no equivocada, no excesiva, igual, divisible y reparable"²¹.

²⁰ Mendoza T. José Rafael. Citado por N. Viera, Hugo. Ob. Cit. Pág. 42.

²¹ Carranca y Trujillo Raúl, carranca y rivas Rúl. Derecho penal: Parte general. edición 15. Editorial Porrúa. México. 1986.

Señalamos que dicha definición transcrita con antelación aportada por el Doctor Carranca es acertada, pues esta contiene todas las características que debe contener cualquier sanción para que cumplan con su finalidad, la cual consiste en una plena readaptación del reo para con la sociedad.

En consecuencia, la pena, no es otra cosa que un tratamiento que el Estado impone al sujeto infractor de la ley penal, para su readaptación a la sociedad.

1.5.2. LA PENA PARA LA ESCUELA CLÁSICA

Para la escuela clásica la pena es la retribución del Estado hacia el delincuente por el mal que éste ha causado. Los clásicos no conciben la pena sino absolutamente determinada y en absoluta proporción entre ella y el delito cometido.

Por otra parte, los clásicos exigieron para la pena requisitos referentes a su legitimidad y requisitos referentes a su idoneidad.

Desde el primer punto de vista, es decir, desde el ángulo de la legitimidad la pena ha de ser: 1. *afflictiva*, o sea, que ella debe producir un sufrimiento físico, o si no, moral. Ella ha de constituir un dolor, un sufrimiento, una privación y llegan hasta afirmar, como Pessina, que la pena es un bien como negación del mal del delito porque es una expiación que

redime²²; 2. proporcional, lo que significa que debe equivaler al delito; equivalencia que debe ser cualitativa, o sea, que delitos de distinta naturaleza se castiguen con distintas clases de penas y cuantitativas, es decir, que a cada infracción delictiva se aplique la pena correspondiente, según la gravedad del hecho. Esta proporcionalidad en la pena es bastante difícil, porque el delito envuelve un proceso de la psiquis y un resultado material y tomar el medio justo es casi imposible. Más complejo todavía sería medir la pena por la perversidad del delincuente, porque lo psíquico no se puede mensurar aritméticamente; 3. individual, es decir, que la pena sólo deberá recaer sobre la persona del reo sin caer en las confiscaciones tan repugnantes a Beccaria y otros procedimientos ya superados. Sin embargo, no obstante lo dicho, la personalidad de la pena es relativa, ya que es imposible que al castigar al reo no sufran las consecuencias de ese castigo su familia, los que lo rodean. Como muy elocuentemente lo expone el Profesor Luis Carlos Pérez: "En encarcelar al padre es sancionar a la familia que de él depende"²³. Condenar a muerte al hijo es matar a la madre; 4. ejemplar, es decir, que "genere en los ciudadanos la persuasión de que el reo ha sufrido un mal", al decir del Maestro Pessina²⁴. Como decía Beccaria la pena debe impedir al culpable que agravie de nuevo a la sociedad y convencer a sus conciudadanos de no intentar semejantes crímenes y 5. igual, o sea, que debe aplicarse a todos los que violen la ley, sin ninguna clase de distinción, bien por rango, jerarquía, posición social, etc.

Desde el punto de vista de la idoneidad la escuela clásica, exige en la pena: 1) publicidad, para que todos se impongan de la conducta de los jueces y para que ella pueda ejercer su idea de la prevención; 2)

²² Pessina, Enrique. Ob. cit. Pág. 609.

²³ Cfr. N. Viera. Ob. cit. Pág. 22.

²⁴ Pessina, Enrique. Ob. cit. Pág. 603.

certeza, o sea que la propia ley no debe admitir medios para sustraerse a la pena cuando se ha cometido el delito; por ello con sobrada razón dijo alguien que " la fuerza moral objetiva de la pena está más en razón de su certeza que de su severidad"; 3) prontitud, porque mientras más rápido sea el castigo más útil será la pena; 4) moralización. es decir, que no pervierta al delincuente y 5) fraccionabilidad, para que corresponda a la imputación y reparabilidad, para poder corregirse los errores judiciales.

1.5.3. LA PENA PARA LA ESCUELA POSITIVA

Para la escuela positiva la pena tiende a la defensa social, los positivistas ven en la pena una medida de prevención del delito y no una retribución, porque sostienen que la misma debe servir para evitar la comisión de los delitos en lugar de reprimirlos; ha de servir para la reeducación y readaptación del delincuente a la vida social. La pena para la escuela positiva no es un sufrimiento o un mal que la ley impone al reo, sino que la misma ha de tender hacia la resocialización del inadaptado y su función ha de ser, como ya se hizo notar, la defensa social, por todo esto los positivistas prefieren evitar la palabra pena, que significa: aflicción, castigo, y más bien utilizan el término sanción, en el cual están comprendidas todas las medidas que el derecho penal aplica a los autores de hechos punibles.

Para lograr los fines de la pena, esto es, la defensa social y la resocialización de los inadaptados, los positivistas proclaman: 1) el trabajo obligatorio de los reos como medio de evitar el pernicioso ocio, de conseguir la subsistencia del penado y de ser posible, de su familia y el resarcimiento

de los daños. No está demás señalar aquí que hay quienes sostienen que el Estado no está obligado a mantener a los delincuentes. Ferri en este sentido era tajante y sostenía además que, dar al recluso una vida ociosa, era inmortal; 2) La reparación de los daños que el delito produce; 3) La segregación indeterminada de los reos peligrosos, es decir, hasta que estén aptos para su libertad y 4) La adopción de la pena a la personalidad del delincuente o sea, la individualización penal.

1.5.4. CONCEPTO DE MEDIDA DE SEGURIDAD

Las medidas de seguridad son medios dirigidos a readaptar el delincuente a la vida social, promoviendo su educación o bien su curación y poniéndolo, en todo caso, en la imposibilidad de hacer daño. Y en el además, la finalidad de completar el tradicional sistema de penas, en aquellos casos en que ellas no son aplicables o bien, donde siendo aplicables, no son reputadas suficientes para prevenir la comisión de nuevos delitos²⁵.

Federico Puig Peña, define las medidas de seguridad como aquellos medios o procedimientos por virtud de los cuales el Estado trata de obtener la capacitación del individuo a la sociedad (medidas educadoras o correccionales) o la eliminación de los inadaptables (medidas de protección en sentido estricto).

²⁵ Viera, Hugo. Ob. cit. Pág.

Sieverta, citado por Cuello Calón las entiende como "especiales medidas preventivas del estado contra criminales crónicos peligrosos cuyo fin es proteger la comunidad del pueblo contra ulteriores peligros de elementos asociales mediante su adaptación a la comunidad popular (medidas educativas o correctivas), o mediante la separación de los incapaces de adaptación fuera de dicha comunidad"²⁶. Por su parte, Maggiore define la medida de seguridad, así: "es una medida no penal que, después de haberse cometido de delito, se aplica con fines defensivos, no retribuidos; es decir, no a título de castigo, sino para prevenir que el agente cometa delitos posteriores, exponiendo a peligro el orden jurídico"²⁷.

Para Bettiol, las medidas de seguridad responden a una idea preventiva. Abandonando el antiguo concepto del castigo, se trata, mediante un tratamiento idóneo, actuar sobre las causas de la infracción, en base a la peligrosidad social.

Francisco Felipe Olesa Muñido a manera de conclusión señala que: " Las medidas de seguridad son medios substantivos de prevención especial aplicable jurisdiccionalmente en los casos y formas previstos en la Ley, a las personas adultas que constituyen un peligro no transitorio de infracción del orden jurídico penal por su condición moral, social o psíquica, son incapaces de sentir la eficacia preventiva de la pena. La imposición de medidas de seguridad es correlativa a la existencia, jurisdiccionalmente declarada, de estado peligroso, debiendo aplicar el juez las que sean legalmente adecuadas a sus características"²⁸.

²⁶ Cuello Calón, Eugenio. Ob. cit. pág. 88 y sgs.

²⁷ Guisspe Maggiore. Citado por Vicra, Hugo. Pág. 127.

^{*} Grispigni define la peligrosidad como: la capacidad de una persona para devenir probablemente autora de un delito.

²⁸ Francisco Felipe Olesa Muñido. Las medidas de seguridad. Bosch Casa Editorial. Barcelona. 1951.

CAPITULO SEGUNDO.

CLASIFICACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

- 2.1. Clasificación de las penas.
 - 2.1.1. Por su naturaleza.
 - 2.1.1.1 Penas corporales y no corporales.
 - 2.1.1.2. Penas infamantes
 - 2.1.1.3. Penas privativas y restrictivas de libertad
 - 2.1.1.4. Penas pecuniarias
 - 2.1.1.4.1. Multa
 - 2.1.1.4.2. Reparación del daño
 - 2.1.1.4.3. Confiscación de bienes.
 - 2.1.2. Por su autonomía
 - 2.1.2.1. Principales o accesorias
 - 2.1.3. Por la aplicación del arbitro judicial
 - 2.1.3.1. Flexibles y rígidas
 - 2.1.4. Por su división
 - 2.1.4.1. Divisibles e indivisibles
 - 2.1.5. Por su duración
 - 2.1.5.1. Temporales o perpetuas
 - 2.1.6. Por su aplicación
 - 2.1.6.1. Centrípetas y centrífugas
 - 2.2. Clasificación de las medidas de seguridad
 - 2.2.1. Predelictuales y postdelictuales.
 - 2.2.1.1. Predelictuales.
 - 2.2.1.2. Postdelictuales.
 - 2.2.2. Civiles.
 - 2.2.3. Complementarias y sustantivas.
 - 2.1.2.3.1. Complementarias.
 - 2.2.3.2. Sustantivas.
 - 2.2.4. Privativas de libertad.
 - 2.2.5. Restrictivas de libertad.
 - 2.2.6. Personales y patrimoniales.

2.1. CLASIFICACIÓN DE LAS PENAS.

Para hacer una clasificación de las penas existen infinidad de criterios, tanto por la doctrina como por las legislaciones.

De acuerdo con la doctrina y tomando en cuenta el bien jurídico del cual privan al delincuente, se puede dividir en penas de vida, privativas de libertad, restrictivas de libertad, privativas de otros derechos y penas pecuniarias. También se pueden clasificar, tomando en cuenta la autonomía o no de que gocen las mismas, en: principales y accesorias. También podrían clasificarse en aflictivas y no aflictivas, según que la pena se tome o no como un mal jurídico que se inflige al que la padece. También se puede dividir en corporales y no corporales y antes se hablaba de las denominadas infamantes. La anterior clasificación considera el Profesor Novoa Monreal que son "las que tiene mayor importancia sustantiva"²⁹.

El Profesor Rafael Mendoza "clasifica las penas atendiendo al fin que se proponen, en: penas de intimidación, de corrección y de eliminación o al móvil y a la naturaleza del delito, honroso o deshonroso, en penas deshonorosas y no deshonorosas o penas llamadas paralelas"³⁰.

Por tal motivo haremos una clasificación de las penas, pretendiendo abarcar la mayoría de los criterios que se ven en la doctrina.

²⁹ Novoa Monreal, Eduardo. Citado por N. Vicra. Ob. cit. pág. 66.

³⁰ Mendoza, José Rafael. También citado por N. Vicra. Ob. cit. pág. 66.

2.1.1. POR SU NATURALEZA.

Al hablar de la naturaleza de las penas nos estamos refiriendo al bien jurídico que afectan, estas a su vez se clasifican en: penas corporales, no corporales, infamantes, privativas de libertad, restrictivas de libertad y privativas de derechos.

2.1.1.1. PENAS CORPORALES Y NO CORPORALES.

José Enrique Silva señala que las penas corporales "son las que recaen sobre la vida, integridad o salud del reo, como las de muerte, mutilación, tortura, marcación de fuego y azotes"³¹.

Son penas corporales aquellas que producen en el que las padece un dolor físico, las cuales han sido abolidas en la mayoría de países.

Las penas corporales son repudiadas por doctos y legos, los cuales están en contraposición con los sentimientos humanitarios de los países cultos, siendo sólo el residuo de tendencias de otras épocas, estas no son útiles para la seguridad material ni para la readaptación o reeducación de los delincuentes, por lo que se considera que no llenan los

³¹ Revista de Derecho Penal Salvadoreño. Dr. José Enrique Silva. Cuaderno 4. Pág. 7.

fines de las penas^{*}. El artículo 27 de la Constitución de la República italiana dice "Las penas no pueden consistir en tratamientos contrarios al sentido de humanidad" y el artículo 5 de la Declaración de los derechos del hombre, proclamada por las Naciones Unidas dice: "nadie será sometido a torturas ni a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes", dichas penas a que nos estamos refiriendo Hugo N. Viera las considera como infamantes^{**}.

Si bien es cierto que nuestra legislación no hace una división expresa de las penas corporales y las no corporales, basta con la interpretación jurídica del artículo 22 constitucional para identificar las penas corporales, las cuales se encuentran prohibidas por este mismo ordenamiento legal.

2.1.1.2. PENAS INFAMANTES

Dichas penas son aquellas que afectan el honor del reo, como las marcas, azotes, los palos, el tormento, etc. Todas estas penas están prohibidas por la Constitución en su artículo 27, señaladas en su párrafo primero, el cual a la letra dice: "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

^{*} Señala Manuel de Lardizabal y Uribe en su obra titulada: "Discurso sobre las penas", en el capítulo III. Pág. 88., que uno de los objetos y esenciales fines de las penas es, la seguridad y tranquilidad de los ciudadanos, y el resarcimiento reparación del perjuicio causado al común y a los particulares.

^{**} Las penas infamantes son aquellas que afectan el honor del reo, las cuales se encuentran prohibidas por nuestra Constitución en su artículo 22.

Al respecto, Manuel de Lardizabal y Uribe "señala que la infamia es una pérdida del buen hombre y reputación, que un hombre tiene entre los demás hombres con quienes vive: es una especie de excomunión civil, que priva la que ha incurrido en ella de toda consideración, y rompe todos los vínculos civiles, que le unían a sus conciudadanos, dejándolo como aislado en un medio de la misma sociedad, asimismo señala que hay infamia de hecho y de derecho, en donde la primera depende única y privativamente de la opinión y concepto de los hombres, por tal motivo no se le puede denominar pena, porque no se impone por la ley, en cuanto hace a la segunda, es decir la de derecho, esta es necesario que sea conforme a las relaciones y naturaleza de las cosas, pues si se declaran por infames acciones, se disminuye la infamia de las que son verdaderamente tales"³².

2.1.1.3. PENAS PRIVATIVAS Y RESTRICTIVAS DE LIBERTAD

Un claro ejemplo de las penas privativas de libertad es la pena de prisión, la cual se encuentra contemplada en el Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la república en materia federal, en su artículo 25, el cual señala ... que la prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cuarenta años,...

³² De Lardizabal y Uribe, Manucl. Ob. cit. Pág. 220 y 221.

Señala Enrique Silva, que antes existían en el Salvador penas privativas de libertad tales como: "presidio, prisión mayor, prisión menor y arresto"³³.

Por cuanto hace a las penas restrictivas de libertad podemos señalar como tales al confinamiento y la prohibición de ir a lugar determinado, agregando que estas se encuentran comprendidas en título segundo de nuestro código penal en el artículo 24 apartados 4 y 5 así como en el artículo 28 del mismo ordenamiento legal.

2.1.1.4. PENAS PECUNIARIAS

Estas son también llamadas patrimoniales y son las que afectan el patrimonio del delincuente mediante el pago de una suma de dinero en favor del Estado, por ende "ellas imponen un mal al delincuente de carácter meramente patrimonial"³⁴.

Manuel de Lardizabal señala al respecto que dichas penas en cuestión tienen una íntima y necesaria dependencia del aprecio y estimación de la moneda, que se aumenta o disminuye a proporción de la abundancia o escasez que hay en un país, y por esto ninguna pena tiene tanta necesidad de alterarse de tiempo en tiempo como las pecuniarias.

³³ José Enrique Silva. Derecho Penal Salvadoreño. Cuaderno 4. Pág. 7.

³⁴ Novoa Monreal, Eduardo. Ob. cit. Pág. 382.

El Código Penal Venezolano incluye como penas pecuniarias: la multa, la caución de no ofender o dañar, la confiscación de no ofender o dañar, la confiscación especial y el pago de las costas procesales.

Nuestra legislación comprende dentro de la sanción pecuniaria: la multa y la reparación del daño.

2.1.1.4.1. MULTA

Nuestro Código de la materia señala en su artículo 29 párrafo segundo en que consiste la multa, es decir esta se basa en el pago de una cantidad de dinero al Estado, la cual se fijara por días multa, los cuáles no podrán exeder de quinientos, salvo los casos que la propia ley señale. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos (V. origen del sistema días-multa).

Ha sido duramente criticada el punto de vista que tomó el legislador, en cuanto al día multa, el cual será equivale a la percepción neta diaria del sentenciado, alegándose que al pobre, puede representar un cruento sacrificio, en tanto que al que tiene fortunas, la multa no le afecta mayor mente.

De ahí que las legislaciones y la doctrina se hayan esforzado en encontrar medios de adecuar el monto de la multa a la capacidad

económica del condenado, para evitar la tremenda injusticia a que llevaría fijar una pena de multa uniforme para todos los individuos que cometen un delito similar

En este sentido, Franz Von Liszt propuso que la ley debe regular la multa en un tanto por ciento de la renta del condenado, mientras que Carlos Stoos propició un método semejante, fijando diversas categorías de renta con topes máximos y mínimos, para cada una de las cuales se fijará una renta cotidiana dentro de la cual el juez debía determinar el monto de la multa. Sin embargo el sistema que ha obtenido mayor aceptación en la doctrina y en varias legislaciones modernas es el llamado sistema de los días-multa, propuesto por Tayrén en el proyecto preliminar suizo de 1916 y aceptado por los códigos finlandés, danés y peruano, como así también por las leyes suecas de 1931 y 1937 y los proyectos alemán de 1958 y argentino 1960 (V. origen del sistema días-multa en este cuerpo).

Asimismo, para adecuar la pena a la situación económica del condenado, el juez puede autorizar al reo a amortizar la multa en cuotas o mediante el trabajo en favor de la comunidad, siempre que cumpla con determinados requisitos. Tiene que tener en cuenta, también, aquella situación para la fijación del plazo dentro del cual el condenado debe pagar la multa³⁵.

³⁵ Cfr. Mario I. Chichizola. La individualización de la pena. Buenos Aires. 1967. Abeledo-Perrot. Pág. 92 y 93.

2.1.1.4.2. REPARACIÓN DEL DAÑO

Se encuentra regulada por los artículos 30, 30 bis, 31, 31 bis, 32, 33, 34 en relación al 28 de nuestro Código Penal vigente; de lo cual se desprende que la reparación del daño comprende:

- I. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma, y
- II. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito, sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima; y
- III. El resarcimiento de los perjuicios ocasionados³⁶.

2.1.1.4.3. CONFISCACIÓN DE BIENES.

Manuel de Lardizabal y Uribe señala "que dentro las penas pecuniarias, debe contemplarse también a la confiscación de bienes. Es un problema no muy difícil de resolver, si de este género de pena atiende a su naturaleza y efectos, se siguen más perjuicios que utilidad a la República. Lo cierto es que las confiscaciones hacen sufrir al inocente la pena del reo, y conducen tal vez a los inocentes mismos a la comisión de delitos³⁷.

³⁶ Código Penal. Editorial Sista. Edición 1997. Pág. 30

³⁷ De Lardizabal y Uribe, Manuel. Ob. cit. Pág. 235.

2.1.2. POR SU AUTONOMIA

2.1.2.1. PRINCIPALES O ACCESORIAS

Por cuanto hace a las primeras podemos señalar cuya aplicación no esta subordinada a la aplicación de otras y a contrario sensu son accesorias las que son inherentes a otra pena principal.

2.1.3. POR LA APLICACION DEL ARBITRO JUDICIAL

2.1.3.1. FLEXIBLES Y RÍGIDAS

Las flexibles son las que permiten al juez cierta amplitud par su fijación, siguiendo el sistema de penas relativamente determinadas, o sea fijando un máximo y un mínimo, que por otra parte permite un criterio de individualización.

Una variedad de penas flexibles la constituyen las paralelas y las alternativas. Son penas alternativas, las que no se pueden aplicar acumulativamente, sino, siendo de diversa naturaleza, es decir el juez aplicará una: prisión o multa, toda vez que estamos en presencia de una disyunción. Por otro lado son penas paralelas, aquellas penas alternativas de la misma naturaleza , de las cuales el juez aplicará una: reclusión o prisión.

Las rígidas no permiten el arbitrio judicial y siguen el sistema de penas absolutamente determinadas.

2.1.4. POR SU DIVISIÓN

2.1.4.1. DIVISIBLES E INDIVISIBLES

Señala Enrique Silva en su obra denominada "Derecho Penal Salvadoreño", que son divisibles las penas conminadas por escalas penales determinadas por un máximo o un mínimo, entre los cuales el juez elige la pena aplicable al caso concreto, se caracterizan por ser penas elásticas o flexibles, como la prisión y la multa; en cambio, son penas indivisibles, las fijas por su naturaleza, como la de muerte o por la forma de imposición absolutamente determinada: tantos años de prisión y cierta cantidad de multa.

2.1.5. POR SU DURACIÓN

2.1.5.1. TEMPORALES O PERPETUAS

Esta división se aplica a las penas privativas de libertad. Son perpetuas las que duran toda la vida del condenado (no contempladas en nuestra legislación), y temporales, las que duran por algún tiempo, es dable mencionar que nuestra legislación señala que la duración de las penas

temporales será de tres días a cuarenta años, con sus excepciones establecidas en la propia ley; a manera de ejemplo señalaremos el artículo 320 de nuestro Código Penal, el cual a la letra dice: "Al autor de un homicidio calificado se le impondrá de veinte a cincuenta años de prisión".

2.1.6. POR SU APLICACION

2.1.6.1. CENTRIPETAS Y CENTRIFUGAS

Son penas centripetas, siguiendo la regla de la física, las que dirigen o impelen hacia el centro, o sea aquellas que privan de la libertad (prisión), en el territorio del lugar en que se cometió el delito.

Son penas centrífugas aquellas que alejan del centro, vale decir, las que alejan del territorio en que se cometió el delito verbigracia confinamiento.

2.2. CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Debemos señalar que nuestra legislación no hace distinción entre penas y medidas de seguridad, y menos una clasificación de las mismas. Empero Olesa Muñido señala que no es simplemente un problema sistemático de racionalización de materias. Su resolución, íntimamente ligada con el concepto y naturaleza jurídica, se proyecta directamente en la propia Ley Penal.

El concepto de estado peligroso, eminentemente jurídico se afirma al individualizarse y al hacerse patente por las determinantes e índices de su existencia³⁸, manifestándose más como un fenómeno psíquico o social que como un juicio pronóstico de criminalidad legitimado por un estado del hombre.

Todo esto ha motivado que el antecedente lógico de las medidas de seguridad se haya buscado más en lo psiquiátrico y sociológico que en lo específicamente jurídico, y así la vagancia y la enajenación fueron estados peligrosos con sustantividad plena y no determinantes o índices de la existencia de un concepto único de estado peligroso exteriorizado en diversas formas.

Es evidente que si la determinante del estado peligroso de un individuo es su vagancia, estando ésta calificada por la aversión al trabajo, el medio específico de prevención es la sumisión a un régimen de trabajo y así también podría afirmarse la necesidad de un adecuado régimen de internamiento curativo, frente al indicado por una enfermedad mental; asimismo el estado peligroso se tipifica de diversas formas en la Ley por sus índices y determinantes al señalar su origen y características y permite fijar los medios adecuados para cumplir el fin de prevención especial que les compete.

Para entender el estudio sobre la clasificación de las medidas de seguridad ver anexo 1.

³⁸ Cfr. Olcsa Muñido. Ob. cit. 138.

2.2.1. PREDELICTUALES Y POSTDELICTUALES.

2.2.1.1. PREDELICTUALES.

Tal como su nombre lo indica, las primeras son aquellas aplicables al estado peligroso anterior y las segundas son aplicables con posterioridad de una infracción penal.

Al analizar su estado peligroso y sus formas, y al estudiar el concepto de medida de seguridad, se destacan opiniones de diferentes penalistas que consideran del concepto de éstas las providencias aplicables a los estados de proclividad criminal anteriores al delito. Cuello Calón, de acuerdo con este criterio "distingue las medidas preventivas aplicables a sujetos peligrosos no delincuentes, de las medidas de seguridad. Pues es innegable la diferencia que existe entre el individuo que ha cometido un hecho previsto en la Ley como delito, y el no delincuente por lo que se refiere al acto y a la relación delito-pena que esencialmente concreta, del mismo puede derivarse. Su eventual estado peligroso por el contrario, no queda circunscrito al hecho delictivo ni se sustenta en él sino en juicio pronóstico"³⁹.

Se dice que la realización de un hecho delictuoso con anterioridad a la imposición de una medida de seguridad indica una relación con la personalidad del sujeto, una efectividad en el peligro cuya relevancia exige o justifica en unos casos, la aplicación de especiales medidas de

³⁹ Cuello Calón. Citado por Olcesa Muñido. Ob. Cit. Pág. 141.

seguridad, y en otros su especial ejecución teniendo, por lo tanto, trascendencia en el formulación.

2.2.1.2. POSTDELICTUALES.

Señala Olesa Muñido, que la imposición de medidas de seguridad predelictuales, contrariamente a la opinión de un importante sector científico, no supone una violación de los derechos del individuo, antes por el contrario es una tutela no solo de la sociedad sino de éste frente a la reacción social, necesaria pero casi biológica que aplica al sujeto peligroso no delincuente medios coercitivos que gozan como máximo de la garantía administrativa del Estado o de sus comunidades inferiores.

La vagancia y la alineación peligrosa quedan hoy sometidas a la acción de la pública beneficencia, en nombre de la cual se conculcan y se desconocen sagrados derechos individuales y se imponen y ejecutan internamientos sin declaración previa de privación, afirmación o restricción de derechos, sin que exista decisión de la autoridad judicial, única competente y apta para imponer medidas que supongan una restricción de la capacidad jurídica del hombre⁴⁰.

⁴⁰ Olesa muñido. Ob. cit. Pág. 142

2.2.2. CIVILES.

Saltelli y Romano⁴¹ señala: que este concepto de normas y supuestos civiles y penales, es adoptado en Italia por un amplio sector doctrinal, induce a confusión ya que se incluyen en él propias y verdaderas medidas de seguridad predelictuales que no precisan nota distintiva, junto a providencias que por su carácter y condiciones son en absoluto ajenas al concepto que motiva el presente estudio, ya que el necesario supuesto estado peligroso, es en estas últimas inexistente como, por ejemplo, ocurre en la aplicación de la curatela.

2.2.3. COMPLEMENTARIAS Y SUSTANTIVAS.

2.2.3.1. COMPLEMENTARIAS.

Por cuanto hace a esta clasificación podemos señalar que es aplicable al delincuente y debe ser aplicada por deber de justicia y para cumplir su fin de tutela jurídica, pero en cuanto es prevención especial la pena se muestra insuficiente y el tratamiento penal es por ello completado con el especial inocularizador destinado a lograr lo que la reacción jurídica media no puede conseguir por la anormalidad en las condiciones psíquicas, morales o sociales del sujeto. La medida de seguridad complementaria se impone junto a la pena.

⁴¹ Cfr. Olcsa Muñido. Ob. cit. 142-143.

2.2.3.1. SUSTANTIVAS.

Esta clasificación es más que insuficiente, es decir es inaplicable, por carecer de capacidad para ello al autor del hecho delictuoso, realizándose la sustitución de la pena por la medida de seguridad en cuanto es medio de prevención especial.

Olesa señala que la presente distinción se refiere a medidas de seguridad personales, ya que las de carácter patrimonial son aplicables en caso de insuficiencia y de sustitución.

2.2.4. PRIVATIVAS DE LIBERTAD.

Durante la segunda Conferencia Internacional para la Codificación del Derecho Penal celebrada en Roma en 1928 se acordó dentro de sus resoluciones la clasificación de las medidas de seguridad en: Privativas de libertad, restrictivas de libertad y otras medidas, en donde las primeras están constituidas por internamiento en asilos de los alienados criminales; internamiento de asilos de los anormales, psíquicos o físicos delincuentes; retención de los reincidentes delincuentes habituales e incorregibles en establecimiento especial; colocación especialmente de vagos, mendigos y ociosos inveterados, en un establecimiento de trabajo obligatorio; y colocación de los menores delincuentes en un establecimiento de educación o corrección.

Señala Olesa Muñido que. "la enumeración de medidas de seguridad aprobadas en esta conferencia no responde exactamente a las necesidades de adaptación de índices y determinantes, pues agrega que no parece acertado incluir entre las medidas privativas de libertad el internamiento de los anormales físicos. Pues considerar la anormalidad anatómica o fisiológica causa de estado peligroso sólo puede ser fruto de una concesión a las concepciones antropológico-criminales o una imperfecta referencia a la sordomudez"⁴².

Rocco al respecto señala: "ésta es una anomalía psíquica que tiene como antecedente necesario una especial anomalía física. La causa del estado peligroso de un sordomudo está en su retraso psíquico y en su consecuencia los medios de prevención especial no consisten en tratamiento médico dirigido a eliminar la anomalía física sino en un tratamiento educativo destinado a superar su estado mental"⁴³.

Está comprobado que el sordomudo psíquicamente normal no será sometido a medida de seguridad aplicable a los de su clase. De aquí se deriva que su estado peligroso es eminentemente psíquico.

Haciendo una subclasificación de las medidas de seguridad privativas de libertad estas pueden subdividirse: de acuerdo a su finalidad mediata, según tiendan primordialmente a la segregación, curación o corrección del sujeto peligroso.

⁴² Olesa muñido. Ob. cit. Pág. 144.

⁴³ Rocco. Citado por Olesa Mudido. Ob.cit. Pág. 144 y 145.

Es necesario señalar que los medios de prevención especial adecuados por la Sociedad en cuanto a una subclasificación son diversos: por cuanto a la primera subclasificación podemos señalar que el fin mediato tiende preponderantemente a la segregación, en cuanto a la segunda subclasificación podemos destacar que esta busca la corrección y readaptación que inhabilite moralmente al peligroso para la comisión de delitos, siendo los establecimientos apropiados el de custodia para los antisociales y el de trabajo y casa de templanza para los asociales, debiendo distinguirse de estos últimos si son delincuentes peligrosos o no, pues el tratamiento debe diferenciarse en la ejecución del internamiento tratándose de sujetos peligrosos.

Por otro lado debemos señalar que bajo el genérico nombre de establecimiento de trabajo se comprenden dos tipos de instituciones que correspondiendo a una finalidad única de readaptación y asimilación social la ejecutan con medios adecuados al particular núcleo social del peligroso. La colonia agrícola y la casa de trabajo acogen a individuos pertenecientes o adaptables a ambientes campesinos e industriales respectivamente, siendo esta distinción imprescindible para el éxito del tratamiento asegurativo por ser diferentes las características de los índices de estado peligroso en uno u otro supuesto.

La reforma del hombre por la tierra y la tierra por el hombre, postulado básico del sistema de colonización penitenciaria interior o exterior, no ha producido, aplicado como norma general, los resultados pretendidos por multitud de razones, entre las que no están ausentes las

derivadas del factor hombre, y no han tenido mejor suerte los sistemas penitenciarios de orientación exclusivamente industrial⁴⁴.

Por cuanto hace a la casa de templanza, podemos señalar al respecto que ésta simultáneamente correccional y curativa, ya que su tratamiento tiende a curar la tendencia a la embriaguez y a crear hábitos de sociabilidad y trabajos que sean a su vez obstáculos para el vicio y medio para elevar socialmente al internado eliminando así las causas sociológicas de proclividad al delito, ya que de ser éstas psiquiátricas (delirio, síndrome de Korsakow) debería aplicarse el internamiento en un manicomio.

2.2.5. RESTRICTIVAS DE LIBERTAD.

Estas medidas constituyen obligaciones que afectan a la libertad psíquica y volitiva restringiendo la esfera de actividad social del hombre, sin por ello segregarle del medio ambiente, mientras las privativas de libertad impiden la convivencia con el cuerpo social, las cuales se aplican como medios de coacción física.

2.2.6. PERSONALES Y PATRIMONIALES

"Las personales se dividen según se apliquen a personas físicas o personas jurídicas.

⁴⁴ Olesa Muñido. Ob. cit. Pág. 146.

A las personas físicas se aplican medidas privativas de libertad y medidas restrictivas de libertad. Ambas se dividen en pre-delictuales y post-delictuales.

Son medidas de seguridad personales pre-delictuales: el internamiento en establecimientos para anormales y en casas de trabajo y post-delictuales: el internamiento en casa de custodia, de trabajo o en manicomio judicial.

A las personas jurídicas se pueden aplicar también medidas pre-delictuales o post-delictuales, como la suspensión y la disolución.

Las medidas de seguridad patrimoniales incluyen: comicio, caución de conducta y cierre de establecimiento.

La legislación de cada país, hace diferente clasificación de las medidas de seguridad⁴⁵.

⁴⁵ Cfr. Silva Enrique. Ob. cit. Pág. 30.

CAPITULO TERCERO

ANALISIS DEL ARTICULO 24 DEL CODIGO PENAL PARA EL D.F. EN MATERIA COMUN Y PARA TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL.

- 3.1.1. Prisión.
- 3.1.2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.1.3. Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
 - 3.1.4. Confinamiento.
 - 3.1.5. Prohibición de ir a lugar determinado.
 - 3.1.6. Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
 - 3.1.7. Amonestación y apercibimiento.
 - 3.1.8. Caución de no ofender.
 - 3.1.1.9. Suspensión o privación de derechos.
- 3.1.10. Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
 - 3.1.1.11. Publicación especial de sentencias.
 - 2.1.1.12. Vigilancia de la autoridad.
 - 3.1.1.13. Medidas tutelares para menores.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO PENAL PARA EL D.F. EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

El Código Penal para el D.F. en materia común y para toda la República en materia federal, en lo tocante a penas y medidas de seguridad hace alusión a estas en su artículo 24 que a la letra dice: Las penas y medidas de seguridad son:

1. Prisión.
2. Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
3. Internamiento o tratamiento en libertad de imputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
4. Confinamiento.
5. Prohibición de ir a lugar determinado.
6. Sanción pecuniaria.
7. Se deroga (D.O.F. del 31 de enero de 1984).
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 ilícito.

En relación a estas penas y medidas de seguridad el Doctor en Derecho Raúl Carrancá y Trujillo señalan que "las penas se fundan en la culpabilidad; las medidas de seguridad en la peligrosidad"⁴⁶.

Dicho artículo 24 cataloga las penas y medidas de seguridad, pero sin clasificarlas, de dicho catálogo sólo son medida de seguridad las correspondientes a los apartados 3 y 17. Tienen carácter mixto de penas y medidas de seguridad la de los apartados 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 15 y 16. Y son propiamente penas la de los apartados 1, 6, 12, 13 y 14.

3.1. PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

3.1.1. PRISIÓN.

Proviene del latín prehensio-onis, que significa detención por la fuerza o en contra de su voluntad, es el sitio donde se encierra y asegura a los presos, la institución prisión existió antes que la ley la definiera como pena, la cual se encuentra regulada por el artículo 25 de nuestra ley adjetiva penal el cual señala: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres a cuarenta años, con excepción de lo previsto por los artículos 315 bis, 320, 324^{*} y 366 en que el límite máximo de la pena será de cincuenta años; y se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, ajustándose a la resolución judicial respectiva".

⁴⁶ Carranca y Trujillo, Raúl. Código Penal anotado, Editorial Porrúa, S.A. México 1, D.F. 1989. Pág. 145.

^{*} El artículo 324 de nuestro Código Penal fue derogado el 10 de enero de 1994.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se compugnará el tiempo de la detención⁴⁷.

Para algunos autores la palabra prisión comprende toda clase de establecimientos relacionados con el derecho penal; hay legislaciones que utilizan como sinónimos las palabras prisión y cárcel, sin embargo, el concepto de cárcel precede a los de presidio, prisión y penitenciaría, con la palabra cárcel se designa históricamente el local o edificio en que se aloja a los procesados o encausados, y presidio, prisión y penitenciaría, indican el destinado a los sentenciados, o sea los condenados.

En el Código Penal de 1871 se distinguían: arresto menor, arresto mayor, reclusión en establecimientos de corrección penal, prisión ordinaria, prisión extraordinaria y en el artículo 61 en concreto se prohibía la pena de presidio; estas penas privativas de libertad se distinguían meramente por el tiempo que se imponían.

Por otro lado en el Código de 1929 se mencionaban el arresto, la segregación celular y la reclusión simple.

Aunque varias legislaciones hagan distinciones de varias penas privativas de libertad tales como: reclusión, prisión, etc., esta diversidad legal no trasciende en la práctica, pues estas se aplican de igual manera; por tal motivo muchos autores tales como Concepción Arenal, se muestran partidarios de la asimilación legal de todas las penas privativas de la libertad la prisión. Hay Códigos Penales modernos los cuales han sustituido las diversas penas privativas de libertad por una sola,

⁴⁷ Código Penal Edit. Sista, etc.

denominada prisión. Al hacer referencia a la palabra prisiones significaban: grilletes, cadenas y otros instrumentos que se utilizaban en las cárceles para asegurar a los delincuentes.

Cuello Calón define a la prisión "como el establecimiento penal en donde se recluyen los condenados y donde permanecen en, mayor o menor grado privados de su libertad, sometidos a un determinado régimen de vida y , por lo común, sujetos a la obligación de trabajar".

De lo anterior se desprende que la prisión es un sitio donde se ejecuta la sentencia de un sujeto condenado con pena privativa de la libertad corporal por haber cometido un delito que previamente se establezca.

Para los juristas la pena de prisión debe tener como limite máximo la culpabilidad del sujeto, las ideas jurídicos penales han sido determinantes para establecer las funciones de la pena de prisión. Esto debido a que esta ha servido a objetivos muy diversos (castigo, expiación moral, bendetta, reafirmación del orden moral violado, restauración de la fuerza y autoridad de la norma jurídica, prevención general, reeducación y readaptación social), nos obliga ello a plantear su definición como una reacción jurídico penal de un grupo social ante una conducta delictiva, consistente en la privación de la libertad.

Es dable destacar que la Constitución en su artículo 18 distingue de la pena de prisión, una prisión preventiva; la primera consiste en la privación de libertad como retribución por un delito cometido y de acuerdo con la sentencia judicial condenatoria correspondiente, a diferencia

de que la prisión preventiva consiste en la privación de la libertad para fines sólo asegurativos, aplicable a los procesados por delitos que presuntivamente ameritarán la pena de prisión y Ambas deben ejecutarse en sitios distintos, completamente separados.

Es menester señalar que la finalidad de la pena de prisión, atendiendo a criterios de la moderna política criminológica, es preventivo-especial, es decir tiende a evitar que el sujeto reincida, y de aquí surge una segunda finalidad, de prevención general pues al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad y sirve de escarmiento para los demás y de tal manera se abstengan de violar la norma.

Por otro lado los lineamientos jurídicos de la prisión es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, la cual depende de la Secretaría de Gobernación, y en cada Estado la Dirección de Prevención y Readaptación Social, o la dirección que para estos efectos designe el ejecutivo de cada entidad federativa.

De acuerdo con las modalidades de la ejecución y en atención a las condiciones de seguridad, se habla de prisión de máxima seguridad, de media y de mínima, como es la prisión abierta.

Por cuanto hace a la prisión abierta podemos señalar que es una Institución moderna basada en un régimen de libertad.

Elías Neuman señala "los individuos pueden deambular dentro de una área generosa, pero delimitada del establecimiento y con un horario determinado"⁴⁸.

⁴⁸ Neuman, Elías. Ob. cit. Pág.

En nuestro país el artículo 18 constitucional fija las bases del sistema penitenciario, dando en su amplia aceptación entrada al establecimiento abierto; se puede hablar de varias clases de prisiones abiertas: campamentos agrícolas, fincas situadas en zona rural o urbana, granjas.

Dicha institución busca reducir al mínimo las notas de represión del cautiverio, que fortalecen el sentido de solidaridad social de los penados y diluir los problemas fraguados en las prisiones al impulso de la soledad. No fracciona la vida en prisión con la vida comunitaria y fundamentalmente pretende alcanzar la readaptación social del sujeto.

3.1.2. TRATAMIENTO EN LIBERTAD, SEMILIBERTAD Y TRABAJO EN AVOR DE LA COMUNIDAD.

En cuanto a este apartado podemos señalar que el artículo 27 de nuestro Código Penal señala al respecto que dicho tratamiento en libertad consiste en la mera aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, siempre y cuando estas hayan sido autorizadas previamente por la ley, que sean conducentes a la readaptación social del sentenciado, estos bajo la orientación y cuidado de la autoridad ejecutora, su duración no podrá exeder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

Por cuanto hace a la semilibertad el mismo artículo en mención señala en su párrafo segundo "La semilibertad implica alternación de periodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad. Se aplicará,

según las circunstancias del caso, del siguiente modo. Externación durante la semana de trabajo o educativa, con reclusión de fin de semana, salida de fin de semana, con reclusión durante el resto de ésta; o salida diurna, con reclusión nocturna. La duración de la semilibertad no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida⁴⁹.

El trabajo en favor de la comunidad es un tema el cual pertenece a los substitutivos de las penas cortas de prisión, introducidos en nuestro Código Penal con la reforma de 1984. Dichos substitutivos están motivados en la inconveniencia de aplicar penas privativas de libertad a primodelincuentes y sin peligrosidad con los substitutivos de prisión consistentes en tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad se pretende reducir la excesiva aplicación de la pena privativa de libertad; la autoridad facultada para imponerla es el juez de la causa penal, quién para su extensión tomará en cuenta las circunstancias del caso concreto, tal y como se desprende del artículo 27 en su penúltimo párrafo. La responsable de su ejecución es la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social; deberá atenderse a ciertos requisitos como la personalidad del sujeto, sus antecedentes y las circunstancias de comisión de ilícito.

3.1.3. INTERNAMIENTO O TRATAMIENTO EN LIBERTAD DE INIMPUTABLES Y DE QUIENES TENGAN EL HÁBITO O LA NECESIDAD DE CONSUMIR ESTUPEFACIENTES O PSICOTRÓPICOS.

⁴⁹ Código Penal Editorial. Sista. 1997. Art. 27. Párrafo segundo pág 9

Este lo encontramos regulado en el título tercero del Código Penal en sus artículos 67, 68, 69 y 69 bis.

El artículo 67 señala que en el caso de los inimputables, el juzgador dispondrá la medida de tratamiento aplicable en internamiento o en libertad, previo el procedimiento correspondiente.

Si se trata de internamiento, el sujeto inimputable será internado en la institución correspondiente para su tratamiento.

En caso de que el sentenciado tenga el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, el juez ordenará también el tratamiento en que proceda, por parte de la autoridad sanitaria competente o de otro servicio médico bajo la supervisión de aquella, independientemente de la ejecución de la pena impuesta por el delito cometido.

Artículo 68. Las personas inimputables podrán ser entregadas por la autoridad judicial o ejecutora, en su caso, a quienes legalmente corresponda hacerse cargo de ellos, siempre que se obliguen a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de las mencionadas autoridades, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

La autoridad ejecutora podrá resolver sobre la modificación o conclusión de la medida, en forma provisional o definitiva, considerando las necesidades del tratamiento, las que se acreditarán mediante revisiones periódicas, con la frecuencia y características del caso.

Artículo 69. En ningún caso la medida de seguridad de tratamiento impuesto por el juez penal, excederá de la duración que corresponda al máximo de la pena aplicable al delito. Si concluido este tiempo, la

autoridad ejecutora considera que el sujeto continua necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables.

Artículo 69 bis. Si la capacidad del autor, de comprender el carácter ilícito del hecho o de determinarse de acuerdo con esa comprensión, solo se encuentra disminuida por las causas señaladas en la fracción VI del artículo de este Código, a juicio del juzgador, según proceda, se le impondrá hasta dos terceras partes de la pena que correspondería al delito cometido, o la medida de seguridad a que se refiere el artículo 67 o bien ambas, en caso de ser necesario, tomando en cuenta el grado de afectación de la imputabilidad del autor.

De lo anterior se desprende que el trato para inimputables será distinto del que se pueda emplear a aquellas personas que gocen de una capacidad legal, pues los sujetos inimputables son aquellos que carecen de una capacidad para obrar en forma culpable, como lo son los sujetos que por insuficiencia de sus facultades morbosas de las mismas o por su estado de inconsciencia, no han podido en el momento del hecho, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones.

Asimismo la Ley Sustantiva Penal, hace alusión al procedimiento que se debe seguirse en tratándose de enfermos mentales y de las personas que tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.

Por cuanto hace a los inimputables dicha ley señala en sus artículos 495 y SS, que serán examinados los enfermos mentales sin perjuicio de continuar el procedimiento ordinario, por peritos en la materia,

los cuales serán mandados por el tribunal, empero cuando se les compruebe alguna sospecha establecida por el artículo 495, es decir que se le decrete la imputabilidad del sujeto, mediante certificados, estudios, etc., se abrirá un procedimiento especial dejando a un lado el ordinario, el cual se basará en el criterio del propio tribunal para realizar la infracción penal imputada (cabe señalar que no se le puede considerar delito al acto ilícito que cometa el inimputable pues no goza de sus plenas facultades mentales), así como para determinar el grado de participación, se le realizaran los estudios de personalidad que a criterio del tribunal se ameriten. Si se les comprueba que dicho sujeto declarado inimputable es el autor de la infracción que se le imputa o tuvo participación en ella, previa solicitud del Ministerio Público y en audiencia de éste y del defensor y del representante legal, si los tuviere, resolverá el asunto el tribunal ordenando la reclusión en términos de los artículos 24, inciso 3, 68 y 69 del Código Penal, transcritos con anterioridad. Por otro lado la resolución que se dicte no será apelable en el efecto devolutivo tal y como lo prevé el artículo 497.

El artículo 498 se refieren la suspensión del procedimiento en caso de que enloquezca el procesado, dicha suspensión operará en cualquier estado que se encuentre el procedimiento, el artículo 499 por su parte señala que la vigilancia del inimputable estará a cargo de la autoridad administrativa federal correspondiente.

En tratándose de las personas que tengan el hábito, o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos el C.P.C. señala un procedimiento especial el cual consiste:

1o. **Averiguación Previa:** Una vez que el Ministerio Público ha tenido conocimiento de que un sujeto ha hecho uso indebido de estupefacientes o psicotrópicos se pondrá en contacto con la autoridad sanitaria federal para determinar cual va a ser el grado o forma de intervención en el asunto; si la averiguación va encaminada a la adquisición y posesión de estupefacientes o psicotrópicos, inmediatamente el Ministerio Público se pondrá en contacto con la autoridad sanitaria para el efecto de precisar mediante dictamen, si dicha posesión o adquisición es de uso personal del indiciado, de ser así no habrá consignación.

2o. **Desistimiento de la acción penal:** Si se le hubiere consignado una persona que tiene la necesidad o el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos dentro del plazo que le concede la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 19, y se llegara a aportar o rectificar el dictamen en el cual señalara que dicho sujeto es declarado adicto, el mismo Ministerio Público se desistirá de la acción penal sin necesidad de dar aviso al Procurador, además solicitará al tribunal que dicho sujeto declarado adicto se ponga a disposición de la autoridad sanitaria.

3o. **Consignación:** Si dicho sujeto tiene la necesidad o el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos y además de adquirir o poseer los necesarios para su consumo comete cualquier delito contra la salud (de la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de narcóticos) se le consignará, independiente mente que tenga intervención la autoridad sanitaria.

Por cuanto hace al artículo 527 del C.P.C. el cual a la letra dice:

"Cuando exista aseguramiento de estupefacientes o psicotrópicos, los peritos de la autoridad sanitaria federal o cualesquiera otros oficiales, rendirán al Ministerio Público o a los tribunales, un dictamen sobre los caracteres organolépticos o químicos de la sustancia asegurada. Este dictamen cuando hubiere detenido, será rendido dentro del término de setenta y dos horas a que se refiere el artículo 19 constitucional".

Podemos señalar que el artículo en cuestión se refiere básicamente: A un dictamen (relativo a los caracteres organolépticos o químicos) consistente en que si hay detenido deberá ser emitido dentro del término constitucional, para efecto de que no se le violen sus garantías individuales al indiciado, dicho dictamen servirá para determinar el delito por el que se le ha de consignar.

3.1.4. CONFINAMIENTO.

Este es una medida restrictiva de la libertad de tránsito del sujeto, consagrada como garantía individual en el artículo 11 de nuestra Constitución, en cuanto al derecho de viajar por su territorio y mudar de residencia.

Para el Profesor Carlos Fontán Ballestra, el confinamiento consiste en la obligación de residir durante un tiempo en un lugar, en cambio para la legislación chilena "el confinamiento está caracterizado en el

artículo 33 del Código Penal como la expulsión del reo del territorio de la república con residencia forzosa en un lugar determinado. Tal sería, por ejemplo el sancionar a uno confinándolo en Tokio, lugar donde habría de residir obligadamente o durante el plazo señalado por la sentencia".⁵⁰ Por otro lado el artículo 28 de nuestro Código Penal señala que confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, dicho lugar de residencia no será una colonia penal, es decir, este será en una ciudad, una villa o un lugar poblado. Cuando la autoridad judicial en los delitos ordinarios establezca la pena de confinamiento le compete al Ejecutivo hacer la designación del lugar, "conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado", empero cuando se trate de delitos políticos la designación la hará el juez que dicte la sentencia. Asimismo el artículo 144 del Código Penal considera como delitos de carácter político los de rebelión, sedición, motín y el de conspiración para cometerlos.

3.1.5. PROHIBICIÓN DE IR A LUGAR DETERMINADO.

Tal y como se desprende de la literalidad de su nombre de dicha pena o medida de seguridad en cuestión, esta consiste en la facultad que tiene el juzgador, consistente en una abstención o prohibición en contra del procesado para no asistir a determinado lugar. A manera de ejemplo citemos el artículo 371 de nuestra ley adjetiva penal, el cual en su párrafo tercero en su último apartado señala que "...también podrá aplicarse la prohibición de ir a lugar determinado o vigilancia de la autoridad, hasta por un término igual al de la sanción privativa de libertad impuesta".

⁵⁰ Novoa Monreal, Eduardo. Ob. cit. Pág. 320.

3.1.6. DECOMISO DE INSTRUMENTOS, OBJETOS Y PRODUCTOS DEL DELITO.

Se encuentran regulados en el apartado 8 del artículo 24 penal del Código que nos ocupa, el cual comprende: decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.

Asimismo estos se encuentran descritos en los artículo 40 de nuestro Código Penal el cual establece en relación a los instrumentos, objetos y productos del delito que estos se decomisarán si son de uso prohibido, si son de uso lícito se decomisarán cuando el delito sea intencional, si pertenece a un tercero, sólo se decomisarán cuando el tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido sobre cualquier título...⁵¹

De lo anterior se desprende que los instrumentos del delito son todos los medios materiales de que se vale el delincuente para su perpetración, tales como: armas de fuego, punsocortantes, llaves falsas, animales, documentos, etc. Dicho decomiso se dará de acuerdo a dos hipótesis: 1a. Si son instrumentos de uso prohibido, tales como armas prohibidas* y cosas que sólo sirven para delinquir, dada su ilicitud, el decomiso se aplicará cuando pertenezcan a terceros; 2a. Si son instrumentos de uso lícito y pertenecen al condenado o a un tercero, y se emplearon para fines delictuosos, siempre y cuando haya tenido

⁵¹ Código Penal. Ob. cit. Pág. 13.

* V. Código Penal, art. 160.

conocimiento* el dueño; Y por objetos del delito entenderemos como tales a: las personas, animales o cosas en que recae directamente la acción criminal, así a manera de ejemplo podemos decir que tratándose de delitos tales como homicidio, el objeto material es el propio pasivo, en el robo, abuso de confianza y fraude, será la cosa de que el agente se apoderó, dispuso indebidamente u obtuvo por engaño. estos últimos se decomisarán cuando sea de uso prohibido como sanción a su ilicitud.

Es dable destacar lo mencionado por Carranca y Rivas al señalar que el decomiso de dichos instrumentos u objetos productos del delito puede ser sentenciado por la autoridad judicial aunque el Ministerio Público no lo solicite en sus conclusiones, no obstante que es incuestionable que la pérdida de los instrumentos del delito representan un daño patrimonial, consecutivo a la acción sancionada penalmente por el tribunal.

3.1.7. AMONESTACIÓN Y APERCIBIMIENTO.

La ley sustantiva de la materia señala que* La amonestación consiste: en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincide.

Esta amonestación se hará en público o en lo privado, según parezca prudente al juez⁵².

* Francisco Gonzalez de la Vega, considera que la ley al hacer referencia a conocimiento quiso expresar "consentimiento".

⁵² Código Penal, art. 42.

En lo tocante a los apartados 9 y 10 podemos señalar que la amonestación constituye una sanción preventiva en cuanto al futuro y accesoria, la cual es aplicable post delictum; está sería una diferencia clara del apercibimiento. Asimismo la amonestación constituye principalmente medida de naturaleza moral y conminatoria, toda vez que es una reprensión hecha por el juez al delincuente por el delito cometido para que no reincida, y el apercibimiento constituye una medida preventiva ante delictum. Ello constituye una de las principales diferencias que lo separan de la amonestación.

3.1.8. CAUCIÓN DE NO OFENDER.

Por cuanto hace a la caución de no ofender contemplada en el artículo 24 del Código Penal en su apartado 11, podemos destacar que esta consiste en la constitución de una garantía (depósito, fianza e hipoteca) ejecutable si el sujeto consuma el daño delictivo cuyo peligro se trata de evitar. El señalamiento del monto y duración de la garantía, debe estimarse como facultad discrecional del juzgador por no marcárcele límites en la ley. En relación a lo anterior el mismo Código Penal señala que "cuando el juez estime que no es suficiente el apercibimiento exigirá además al acusado una caución de no ofender, u otra garantía adecuada, a juicio del propio juez"⁵³.

El Profesor De Miguel Pérez la caución de no ofender o dañar consiste más bien en una fianza verbal o como dice el doctor Godoy

⁵³ Código Penal. Ob. cit. Pág. 14.

Fonseca, "un compromiso sometido a la buena fe del procesado"⁵⁴. En cambio para el Profesor Mendoza ésta es una pena patrimonial y por lo tanto, él es contrario a la opinión de que se trata en este caso de una fianza verbal.

3.1.9. SUSPENSIÓN O PRIVACIÓN DE DERECHOS.

Esta es considerada como pena, la cual surge como consecuencia necesaria, asimismo esta es consecuencia de otra sanción, dicha suspensión de derechos regulada por el artículo 45 de nuestro ordenamiento legal hace una distinción: a) Suspensión de derechos por ministerio de ley; y b) por sentencia.

Tal y como se desprende del artículo 45 del Código Penal se deduce que la suspensión de derechos limita temporalmente la capacidad jurídica del condenado, o capacidad de ser titular de derechos o de obligaciones; o bien limita su capacidad de obrar o capacidad de ejercitar sus propios derechos.

Asimismo Francisco González de la Vega afirma que en tratándose de la suspensión de derechos por ministerio de ley, el artículo 46 de nuestro Código Penal nos da un claro ejemplo, el cual a la letra dice: "La pena de prisión produce la suspensión de los derechos...", por lo que hace a la suspensión por sentencia considera que este se debe dividir en dos clases: la suspensión temporal y la privación definitiva de derechos;

⁵⁴ De Miguel Pérez, Isidro. Citado por Hugo N. Vicra. Ob.cit. Pág. 89.

por cuanto hace a la suspensión temporal de derechos podemos citar el artículo 60 el cual habla de una suspensión de derecho temporal al referirse que dicha suspensión será hasta por dos años para ejercer profesión u oficio a los responsables de imprudencia, y en lo tocante a la segunda hipótesis cabe señalar los artículos 204 en tratándose de corrupción de menores y el 336 así como el 343 al referirnos al abandono de personas.

3.1.10. INHABILITACIÓN, DESTITUCIÓN O SUSPENSIÓN DE FUNCIONES O EMPLEOS.

Por cuanto hace a la destitución o suspensión de funciones o empleos el Código Penal en su artículo 228, fracción I señala que Además de las sanciones fijadas para los delitos que resulten consumados , según sean dolosos , se le aplicará suspensión de un mes a dos años en el ejercicio de la profesión o definitiva en caso de reincidencia.

3.1.11. PUBLICACIÓN ESPECIAL DE SENTENCIAS.

Al referirnos a la publicación de sentencia contemplada en el apartado 14 debemos señalar que esta es una forma de reparación de los daños morales del delito y tiene el carácter de pena pecuniaria accesoria, la cual consiste en la inserción total o parcial de la sentencia en uno o dos periódicos que circulen en la localidad, dichos periódicos el juez los

escogerá y desde luego resolverá la forma en que debe hacerse la publicación.

2.1.12. VIGILANCIA DE LA AUTORIDAD.

Consiste en observar y orientar la conducta del sentenciado, por personal especializado dependiente de la autoridad ejecutora, para la readaptación social del reo y la protección de la comunidad.

Esta es considerada como una pena accesoria de la prisión, según los casos y complementaria de esta, como dice el Profesor Mendoza, y por mandato expreso de la ley no puede imponerse nunca como principal. Tiene como finalidad específica, según el Profesor De Miguel Pérez, evitar la reincidencia. Esta pena o medida de seguridad comienza a aplicarse cuando se ha cumplido o extinguido la pena principal impuesta y de la cual es accesoria necesariamente.

A manera de ejemplo citaremos el artículo 371 de nuestra legislación penal en el cual se hace mención de la vigilancia de la autoridad como pena o medida de seguridad accesoria la cual se aplica como accesoria al procesado.

Hugo N. Viera señala que la sujeción a la vigilancia de la autoridad ha sido vivamente criticada porque se dice que ella facilita el vagabundaje, tiende a hacer sospechoso al penado, le impide o por lo menos, le dificulta la consecución de trabajo, todo lo cual pone trabas a su

regeneración con el consiguiente peligro de la reincidencia, que es precisamente lo que con ella se quiere evitar⁵⁵.

3.1.13. MEDIDAS TUTELARES PARA MENORES.

Dichas medidas tutelares para menores infractores son reguladas por la Ley para el tratamiento de menores infractores.

Es dable destacar que las Instituciones Tutelares en nuestro país, intervienen informando, investigando, nombrando y orientando todas las actividades que puedan apoyar a:

- a) La prevención del delito
- b) La simplificación y agilización de la procuración y la administración de justicia, y
- c) La aplicación y evaluación del tratamiento que facilite la reincorporación social.

* Al respecto se formuló el proyecto de ley de normas mínimas, con el objetivo principal de crear e implantar un ordenamiento jurídico que transformara las conclusiones y resultados del Programa Nacional, en normas y lineamientos de aplicabilidad general⁵⁶.

Actualmente en México se cuenta con un delineado sistema tutelar consistente en:

⁵⁵ N. Viera, Hugo. Ob. cit. Pág.

⁵⁶ Vcase Historia del tratamiento a los menores infractores en el Distrito Federal. Comisión Nacional de derechos Humanos. México, 1991/16. Pág. 52.

1. Avances específicos sobre normas mínimas, pues 15 Estados ya tienen su proyecto o modificaciones a su ley tutelar.
2. Las acciones preventivas se están desarrollando en 17 entidades en forma coordinada con instituciones del sector salud, educativo y asistencial.
3. También ya se cuenta con una especialización de los Consejos Tutelares para atender exclusivamente a adolescentes infractores.

Debemos destacar que las acciones que durante la presente administración se han llevado a cabo en el Distrito Federal, se enmarcan dentro de los lineamientos del Programa Nacional a través de nueve subprogramas específicos que engloban las acciones realizadas:

- I. Integración de las unidades de tratamiento al Consejo Tutelar del Distrito Federal.
- II. Sensibilización del área jurisdiccional.
- III. Instrumentación de un modelo de tratamiento formativo.
- IV. Instrumentación de "Talleres juveniles, A.C."
- V. Sensibilización y capacitación del personal.
- VI. Implantación de un sistema de investigación.
- VII. Coordinación inter-institucional.
- VIII. Prevención de la conducta infractora.
- IX. Coordinación Nacional.

CAPITULO CUARTO

CONDICIONES BAJO LAS CUALES SE LEGITIMA LA APLICACION DE LA PENA.

- 4.1. Legitimidad.
- 4.2. Derecho penal subjetivo (ius puniendi).
- 4.3. Teorías de la pena
 - 4.3.1. Teorías absolutas.
 - 4.3.1.1. Teorías de la retribución.
 - 4.3.2. Teorías relativas.
 - 4.3.2.1. Teorías de la prevención.
 - 4.3.2.2. Teoría de la prevención general.
 - 4.3.2.3. Teoría de la prevención especial
 - 4.3.2.4. Teorías de la unión.
- 4.4. Clases de determinación de la pena.
 - 4.4.1. Determinación de la pena.
 - 4.4.2. Determinación legal.
 - 4.4.2.1. Determinación legislativa de la pena en nuestro código penal vigente.
 - 4.4.3. Determinación judicial.
 - 4.4.4. Determinación ejecutiva.
 - 4.4.4.1. La penología como disciplina de la individualización ejecutiva.
 - 4.4.4.2. La ciencia penitenciaria como disciplina de la individualización ejecutiva.
 - 4.4.4.3. La política penitenciaria como disciplina de la individualización ejecutiva.
 - 4.4.4.4. El derecho ejecutivo penal como disciplina de la individualización ejecutiva.

4.1. LEGITIMIDAD.

La palabra legitimidad significa simplemente ex lege, es decir, lo establecido por la ley, varias instituciones usan la palabra legalidad en este sentido. Al respecto el Diccionario jurídico mexicano señala "Legitimidad es equivalente a legítimo modo que significa: en la forma prescrita por el derecho o en la forma prescrita por el ius civile"⁵⁷

En la literatura jurídica significa: conforme a derecho, justo. En este sentido se habla de una legítima pena.

La cuestión de la legitimidad material del derecho penal, es decir de su compatibilidad con los principios rectores de la vida social en el marco del Estado, depende de los poderes jurídicos que se le reconozcan a este en relación con el control social.

De aquí surge una problemática la cual consiste en: la cuestión del derecho penal subjetivo y las llamadas teorías de la pena, es decir que y de que manera se debe sancionar, para ello se debe estudiar por separado tanto al derecho subjetivo como las teorías de la pena.

4.2. DERECHO PENAL SUBJETIVO (IUS PUNIENDI).

Dicho derecho penal subjetivo es aquel que se opone al derecho penal objetivo, es decir, al que se encuentra constituido por las manifestaciones concretas de aquél contenidas en las leyes penales.

⁵⁷ Diccionario jurídico Mexicano. Editorial Porrúa, Octava Edición. México 1995. Pág.1941.

El concepto de derecho penal subjetivo está sujeto a todas las objeciones que se han hecho en la teoría del derecho subjetivo, sin embargo tiene un sentido correcto si se lo considera como "el conjunto de condiciones que determinan la legitimidad de la amenaza y aplicación de penas por parte del Estado"⁵⁸. Estas condiciones tienen el carácter de Constitucional y por lo tanto, el mayor rango normativo imaginable dentro del orden jurídico estatal.

Desde este punto de vista la problemática del derecho penal subjetivo es indudablemente una cuestión previa a la sanción del derecho penal concreto de un Estado. La definición de las circunstancias y condiciones que legitiman el ejercicio del poder punitivo de parte del Estado no se deduce de las leyes penales sino que determina en forma previa los límites de las mismas. Sin embargo, hay puntos de vistas que entendieron el derecho penal subjetivo no como las condiciones constitucionales que regulan la creación y aplicación del derecho penal, sino como el derecho emergente de las leyes penales: "Derecho subjetivo de punir (*ius puniendi*) es la facultad del Estado de actuar de conformidad con las normas de derecho (derecho penal en sentido objetivo) que garantizan el alcance de su fin punitivo y la pretensión de que otros (reos) actúen de acuerdo con lo que la misma norma les obliga por fuerza"⁵⁹. Este criterio lo adoptan los autores que tratan el delito como el fundamento del derecho penal subjetivo. Es evidente que de esta manera el derecho penal subjetivo y el derecho penal objetivo coinciden y bajo tales presupuestos desaparece la necesidad de la distinción. Una concepción de esta naturaleza elimina la reflexión sobre

⁵⁸ Bacigalupo, Enrique. Ob. Cit. Pág. 16.

⁵⁹ Cfr. Rocco. Opere Giuridiche. Volumen Terzo. Scritti giuridici varii. Roma, 1993, pág 132. Citado por Bacigalupo, Enrique. Ob.cit. Pág.16.

cualquier límite racional al poder sancionador del Estado, lo que sin ninguna duda es contrario a los principios del derecho penal moderno. Afirma Bacigalupo⁶⁰: si se sigue el punto de vista de Rocco, el único límite del poder sancionador del Estado es su propia autoridad y, por lo tanto, su propia voluntad.

4.3. TEORIAS DE LA PENA

A partir del último cuarto del siglo pasado surge la llamada lucha de escuelas, la cual no es otra cosa más que la disputa en torno a los principios legitimantes del derecho penal, donde la denominada Escuela Clásica mantuvo el criterio legitimante de la justicia a través de las teorías absolutas de la pena y la Escuela Positiva proponía como único criterio el de la utilidad, expresándolo por medio de las teorías relativas de la pena.

Podemos señalar que la Escuela Clásica concebía los poderes del Estado de una manera más estrecha que la Escuela Positiva. "La idea de defensa social permitía a la Escuela Positiva justificar la intervención del Estado con el poder penal allí donde los clásicos carecían de la posibilidad de hacerlo"⁶¹.

De lo anterior se desprende que las teorías de la pena se clasifican tradicionalmente en dos grupos: las de carácter absoluto y las de carácter relativo. Las primeras deben su nombre a que han justificado a la

⁶⁰ Bacigalupo, Enrique. Ob. cit. Pág. 16

⁶¹ Ibid. Pág. 17.

pena por sí misma, en donde la pena no tiene una finalidad que la exceda, sino que en su propia naturaleza está contenida su justificación; las segundas, explican la pena a partir de una finalidad ulterior, asimismo, estas se aplican para lograr un objetivo determinado, y sirven para la consecución de fines sociales.

4.3.1. TEORIAS ABSOLUTAS.

Tratándose de esta teoría podemos señalar que la pena será legítima según ella, si es la retribución de un delito cometido culpablemente, la lesión del orden jurídico cometida libremente importa un abuso de la libertad que es reprochable, antijurídica, punible y, por lo tanto, culpable, por lo tanto el fundamento de la pena será exclusivamente de la justicia o la necesidad moral. Las teorías absolutas, en consecuencia legitiman la pena si ésta está 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.

La utilidad de la pena queda totalmente fuera del fundamento jurídico de la misma. Sólo se legitima la pena justa, aunque no sea útil, así como una pena útil, pero no justa, carecerá de legitimidad.

4.3.1.1. TEORIAS DE LA RETRIBUCION

Roxin⁶², al respecto señala que estas teorías son aquellas que han modelado la cultura alemana del siglo pasado, basadas en la filosofía cristiana y el idealismo alemán y sin duda aparece como la teoría que de manera explícita o implícita, han seguido los tribunales y los autores. La cuestión se manifiesta en Alemania y no tanto en la Argentina, donde el positivismo italiano, basado en Lombroso, en Ferri y en teorías marxistas, todavía presenta una fuerte influencia. Los dos autores claves para entender esta teoría, que se confunden y con la teoría absoluta, son Kant y Hegel. La idea es de trabajar sobre la teoría Kantiana de la pena, no sin antes explicar por que Kant llega a estas conclusiones.

Por otro lado las teorías retributivas ven en la pena la corrección de la justicia. Al imponérsele un castigo al delincuente se le retribuye el mal cometido. Dentro de la corriente retributiva se distinguen diversas vertientes, dependiendo cada una del momento histórico y de la perspectiva filosófica desde la que fue formulada; se puede hablar así de retribución divina, retribución estética, retribución moral y retribución jurídica.

Sthal⁶³, sostiene que "el Estado, al ser de orden externo de Dios sobre la tierra, o sea, la voluntad divina que se realiza en el tiempo, recibe de él, como una delegación, del derecho de castigar y debe preservarlo, venciendo la voluntad antijurídica mediante su anulación o haciéndole padecer"⁶³.

⁶² Cfr. Dona Edgardo, Alberto. Teoría del delito y de la pena I. Editorial Astrea, Buenos Aires 1992. Pág.8.

^{*} Es uno de los más destacados representantes de la retribución divina.

⁶³ Cfr. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Función de la pena. Buenos Aires. Editorial Depalma, 1993. págs. 20-21.

En lo relativo a la retribución moral señalamos lo manifestado por Kant, quien fue quien sostuvo la concepción moral de la retribución, para él es ésta: "la obligación de todos los miembros de la sociedad el que se sancione al delincuente para que impere la justicia, en caso que esto no se haga, todos serían culpables por esa omisión. La imposición de la pena al delincuente es una obligación moral insoslayable"⁶⁴.

La retribución estética fue desarrollada por Herbat y continuada por Geyer. Este último dice que la justicia no es una ley de la conducta sino un criterio para juzgar la conducta; no es una regla ética sino un principio estético, que como principio tiene un valor teórico, no práctico, y como estético, un valor subjetivo y no objetivo. Esto hace que el desequilibrio moral producido por una acción nociva exija la debida sanción y por ende, la idea estética de la justicia compensadora exige la pena como una necesidad estética⁶⁵.

Hegel representa la versión jurídica de la retribución; el castigo no era precisamente un mal sino que el castigo es la superación del delito, pues según su concepto es vulneración de la vulneración, y según la existencia, el delito tiene determinada cualitativa y cuantitativa; por lo tanto, su negación, como existencia, tiene otra tal.

En tanto, podemos señalar que si la pena se impone al cometer un delito, esta se convierte en la afirmación del derecho.

⁶⁴ Roxin, Claus. Sentido y límite de la pena, en Problemas básicos de derecho penal. Reus. Madrid. 1976. Pág. 11

⁶⁵ Cfr. Manuel Rivacoba y Rivacoba. Op. cit. Pág. 21

Para Welsel "la pena se justifica como retribución con arreglo a la medida de la culpabilidad"⁶⁶.

Dentro de la teoría de la retribución, la pena responde esencialmente a la realización de la idea de justicia, y no tiene un fin, sino que es un fin en sí misma, la esencia y sentido de la pena es la compensación de la culpabilidad del autor através del mal que la pena representa.

Eduardo Novoa Monreal, también ve en la pena un mal jurídico conminado por la Ley a todos los ciudadanos e infligido a aquellos que delinquen, como retribución del delito, que cumple un fin de evitar hechos delictuosos (v. concepto de pena capítulo primero).

La retribución como fundamento de la pena ha sido criticado por diversos autores. Una de ellas se centra en la indemostrabilidad científica del libre albedrío, con lo que se derrumba el concepto de culpabilidad. Al respecto señala Roxin "que la teoría retributiva sólo es concebible en el supuesto que se reconozca la existencia del libre albedrío"⁶⁷.

Otra crítica que se le hace a esta teoría consiste en relación a que ésta argumenta que la idea de una retribución compensatoria sólo es actualizable mediante un acto de fe. Racionalmente se puede comprender cómo se puede borrar un mal cometido añadiendo un segundo mal, la pena⁶⁸.

⁶⁶ Citado por Armin Kaufman. La misión del derecho penal. Bogotá. Temis. 1982. Pág. 122.

⁶⁷ Roxin, Claus. Sentido y límites... Ob. cit. Pág. 14.

⁶⁸ Ibid. Pág. 14.

Estas críticas han sido objetadas por Ángel Torio López, quien señala que, en el caso de Kant, no se está haciendo referencia al hombre real, empírico, sino al racional. La pena propuesta por Kant se aplica al sujeto racional que sin motivo empírico- diríamos que con independencia de carácter, móvil o pasión decide contrariar al imperativo categórico⁶⁹. Recuerda ese autor que Cataneo no ha dejado de sumergir que en la teoría penal kantiana están contenidas las premisas para una superación ideal de la pena.

De igual manera pueden clasificarse las críticas hechas a Hegel. El delincuente no es para Hegel un fenómeno natural, un hombre singular, sino la personificación de la voluntad injusta. En el delincuente está presente el autor arbitrario, la voluntad particular que se manifiesta como delito; pero se haya presente, también el carácter del ser racional del sujeto. Como infractor, su acción representa la negación del derecho, pero como ser racional, no puede dejar de subsumir su comportamiento en la voluntad general, y la pena es para él un derecho⁷⁰.

Las observaciones de Torio López son acertadas y coinciden con lo expresado por Hassemer sobre la diferencia entre las teorías clásicas y las teorías modernas de la pena. La mayoría de las críticas formuladas en contra de la concepción retributiva de Kant y Hegel no son lógicamente válidas en tanto se ubican en niveles conceptuales diferentes. Sin embargo, esto nos conduce una objeción de fondo.

⁶⁹ Torio López Angel. El sustrato antropológico de las teorías penales. pág. 675.

⁷⁰ Idem.

En la *Metafísica de las costumbres* es donde Kant da el fundamento más amplio de su teoría de la pena. Distingue la pena judicial de la natural. En esta última nada tiene que hacer el legislador, porque el vicio se castiga asimismo en la pena judicial donde Kant expresa "No puede servir simplemente como medio para fomentar otro bien, sea para el delincuente mismo, sea para la sociedad civil, sino que ha de imponerse sólo porque ha delinquido, porque el hombre nunca puede ser manejado como medio para los propósitos de otro, ni confundido entre los objetos del derecho real"⁷¹.

4.3.2. TEORIAS RELATIVAS.

Las teorías relativas procuran legitimar la pena mediante la obtención de un determinado fin, o la tendencia a obtenerlo. Su criterio legitimante es la utilidad de la pena. Si este fin consiste en la intimidación de la generalidad, es decir, en inhibir los impulsos delictivos de autores potenciales indeterminados, se tratará de una teoría preventivo-general de la pena. Si, por el contrario, el fin consiste en obrar sobre el autor del delito cometido para que no reitere se hecho, estaremos ante una teoría preventivo-especial o individual de la pena.

4.3.2.1. TEORIAS DE LA PREVENCION.

⁷¹ Cfr. Donna, Edgardo Alberto . Ob. cit. Pág. 17.

4.3.2.2. TEORIA DE LA PREVENCIÓN GENERAL.

El representante más caracterizado de las teorías preventivo-generales es Feuerbach Paul, quien sostuvo que "era una preocupación del Estado, que se hace necesaria por el fin de la sociedad, que aquel que tenga tendencias antijurídicas sea impedido psicológicamente de motivarse según estas tendencias"⁷². La amenaza de la pena tendría precisamente esta función de disuadir, pero ello permite como se ha objetado elevar las penas indefinidamente, pues, cuanto más grave sea el mal amenazado, más fuerte será el efecto intimidante. Por este motivo la prevención general requiere, en todo caso, límites que no se pueden extraer de su propia lógica y que deben ser externos.

Las primeras formulaciones claras de la finalidad preventivo general de las penas aparece en el siglo XIX. Jeremías Betham, principal representante de dicha corriente, define la fundamentación de la legitimidad de todo gobierno en la satisfacción de las necesidades de los súbditos. La utilidad justifica a las normas, las normas penales deben perseguir la evitación de delitos como máxima utilidad para la comunidad⁷³. La evitación de los delitos se efectúa por medio de la publicación y aplicación de la pena que sirve de ejemplo, porque la pena padecida por el delincuente ofrece a cada uno un ejemplo de lo que él tendría que padecer haciéndose reo del mismo delito⁷⁴.

⁷² Cfr. Enrique Bacigalupo. Ob.cit. Pág. 20.

⁷³ Cfr. Mercedes García Aran, El cumplimiento interno de las penas y la reforma penal. Madrid 1995. Pág. 100 y 101.

⁷⁴ Bentham, Teoría de las penas legales, Tomo I. Imprenta de J Smiyh, Paris. 1825. págs. 16 y 17; citado por Rivacoba y Rivacoba. Ob. cit. Pág. 25 y 26.

Mientras Betham situaba la finalidad preventiva en la etapa ejecutiva, Feuerbach formuló su teoría de la coacción psicológica orientada al momento conminativo. La pena se configura primordialmente como amenaza dirigida a la colectividad para que sus miembros se abstengan de delinquir. El objetivo de la conminación de la pena en la ley es la intimidación de todos, como posibles protagonistas de lesiones jurídicas⁷⁵.

La pena, al amenazar un mal obra como contraimpulso sobre la psiquis individual frente al impulso a delinquir, como un freno o inhibición que, en la mente del agente, transforma el delito, de causa de utilidad en causa de daño, induciéndolo a abstenerse del delito a fin de no incurrir en el mal amenazado.

Se argumenta que en muchos grupos de delitos y delincuentes no se ha podido probar hasta ahora el efecto de prevención general de la pena. "Se puede aceptar que el hombre casi en situaciones normales se deja influir por la amenaza de pena, pero en todo caso esto no ocurre en delincuentes profesionales ni tampoco con delincuentes impulsivos ocasionales"⁷⁶.

La teoría en cuestión tiene un fin que es el de combatir el peligro de delitos futuros por la generalidad de los súbditos del orden jurídico

⁷⁵ Ibid. pág. 26.

⁷⁶ Roxin. Sentido y límites... Pág. 18.

Los adversarios de estas teorías les reprochan, en primer lugar, que ellas dejan sin resolver el problema de cuales son los comportamientos frente a los que tiene el Estado la facultad de intimidar, franqueando el paso a penas desmesuradamente graves. Argumentan, en seguida, que no ha podido probarse el efecto intimidante de la pena respecto de muchos delitos y delincuentes y que, todavía más, cada delito efectivamente cometido es demostración de la ineficacia de la prevención general. Aunque sólo sean visibles los casos en que la intimidación fracasa, "sería además paradójico en cierto modo -dice Roxin- que el derecho penal no tuviera significación alguna precisamente para los delincuentes, es decir, los no intimidados y quizás sencillamente inintimidables, y que no hubiera de prevalecer y legitimarse frente a ellos también". Alegan, por último que aún cuando la intimidación fuera eficaz, ella importaría una instrumentación del hombre, cuyo valor como persona es previo al Estado.

Para finalizar la prevención general intimidatoria, llevada a sus últimas consecuencias, conduce fácilmente a la instauración del miedo.

En los últimos años se matiza el concepto de prevención general y se comienza a entender en su forma positiva, esto es, como fortalecimiento de la conciencia jurídica general con la satisfacción del sentimiento jurídico. A esta nueva corriente se le ha dado el nombre de prevención general integrada o prevención general positiva*.

* Hassemer habla de prevención general-general en contra de la anterior versión intimidatoria a la que se le da el nombre de especial prevención general.

4.3.2.3. TEORIA DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL

Esta postura se genera a partir del cuestionamiento del libre albedrío. Efectivamente el determinismo imperante en las ciencias empíricas, que representaban el modelo de ciencia de la época, influyó en el ámbito penal, de esta manera se reemplaza la culpabilidad por la peligrosidad. Las penas deben actuar como mecanismos de defensa social evitando nuevos delitos por parte del individuo peligroso⁷⁷.

En Alemania, Von Liszt "combina la prevención especial como corrección del delincuente como la orientación de esta finalidad a la más general de protección de bienes jurídicos. Dicha teoría señala que el fin de la pena no es retribuir un hecho, sino evitar la comisión de un hecho pasado, sino evitar la comisión de un hecho ilícito"⁷⁸. Para dicho autor la pena justa es la pena necesaria para proteger el universo de bienes jurídicos. Esta finalidad se logrará corrigiendo a los delincuentes capaces y necesitados de corrección, intimando a los criminales no necesitados de corrección, y mediante la inocuización de los criminales incapaces de corrección.

Baratta, señala que es posible subdividir las posturas de protección de bienes jurídicos en: negativas y positivas, en donde las primeras son aquellas que afirman la función de neutralización del transgresor, custodia en lugares separados, aislamientos; por cuanto hace a las segundas podemos señalar que estas afirman la función del

⁷⁷ Cfr. García Aran. El cumplimiento interno...Ob. cit. Pág. 102.

⁷⁸ Ibid. Pág. 103.

tratamiento del condenado para su reeducación y readaptación a la vida social⁷⁹.

Una primera observación apunta a destacar que en aquellos casos, aun delitos graves, en los que existe la seguridad de que el sujeto no volverá a delinquir, no debería según esta teoría, aplicarse pena alguna. Los críticos de esta teoría señalan que el estado puede aplicar el "tratamiento" a sus enemigos políticos, aparte que los sociales tradicionales no pueden ser susceptibles de un tratamiento que corresponde más bien a un acto aislado que a una forma de vida. Ello sin contar con que el tratamiento podría llegar a exceder la duración fija establecida para la pena. Dicha teoría sostiene que la pena de acuerdo al criterio de la prevención especial, no debería imponerse si no existe peligro de repetición del delito, con lo que habría de aprobarse la impunidad de criminales nazis que perpetraron crímenes horribles sobre personas inocentes y que hoy viven tranquila y discretamente en libertad.

Una segunda cuestión, la cual se refiere a la eficacia y a la legitimidad de la corrección. En efecto se ha aludido con insistencia a la imposibilidad de readaptar a un sujeto a través de la pena y, más aún, se ha cuestionado de raíz la idea misma de la readaptación.

La teoría de la prevención especial, en cuanto a su formulación positiva de resocialización, ha sufrido reiterados fracasos en el mundo fáctico. Por su parte, el aspecto negativo neutralizador no parece suficiente para fundamentar el ius puniendi estatal.

⁷⁹ Cfr. Baratta. Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal. Barcelona, 1986, Págs. 77 a 92.

La teoría de la prevención especial negativa interpretada en forma aislada y llevada a sus últimas consecuencias, justificaría intervenciones quirúrgicas, aplicación de drogas y otros métodos de modificación de la conducta que atentan directamente contra la integridad del individuo.

4.3.2.4. TEORIAS DE LA UNIÓN.

Se desprende de lo anteriormente expuesto que las teorías antes estudiadas sólo abordan aspectos parciales de la compleja actuación estatal. Todas ellas pueden aplicarse en algún nivel del ejercicio del ius puniendi, pero en otros aspectos son deficientes

Al respecto podemos señalar que para salvar las deficiencias se propusieron soluciones tales como optar por una cuestión ecléctica o mixta, es decir que para cumplir con todos los requisitos que exige la pena es indispensable basarse en dos o más teorías. Para Rossi, por ejemplo, la pena cumple a la vez un fin de justicia moral que remunera el mal con el mal y otro de conservación y protección del orden social, como enseñanza moral dirigida al pueblo acerca del significado de ciertos actos y como aviso a todos los individuos para lograr que se abstenga de perpetrarlos⁸⁰.

En nuestros días, en las teorías eclécticas, se siguen combinando la prevención y la retribución. La sanción debe ser suficiente

⁸⁰ Rivacoba y Rivacoba. Ob. cit. Pág. 28.

como para prevenir delitos, en relación al hecho cometido; así se concibe a la retribución como el medio necesario para la prevención, perdiendo su carácter absoluto y sirviendo a la vez de límite a los fines preventivos⁸¹.

Un tercer grupo de teorías son las denominadas teorías de la unión, las cuales tratan de combinar los principios legitimantes de las teorías absolutas y de las relativas en una forma unificadora, por tanto se trata de teorías que tratan de justificar la pena en su capacidad para reprimir y prevenir al mismo tiempo. Dicho en otras palabras la pena será legítima para dichas teorías en la medida que sea a la vez justa y útil. Los valores justicia y utilidad, que en las teorías absolutas resultan excluyentes y en las relativas son contemplados sólo a través de la preponderancia de la utilidad social, resultan unidos en las teorías que estamos tratando.

Las teorías de la unión deben admitir que el fin represivo y el preventivo de la pena pueden no coincidir e inclusive ser antinómicos. La pena justa con respecto al hecho cometido puede ser insuficiente con referencia al autor del mismo y las necesidades preventivas que éste plantea a la sociedad. Este conflicto de fines y de criterios legitimantes debe resolverse como es lógico optando por uno de ellos, al que se otorga preponderancia sobre el otro. Esto permite configurar dos corrientes diversas de la teoría de la unión.

La primera de ellas da preponderancia a la justicia sobre la utilidad es decir, a la represión sobre la prevención. De acuerdo con esto, la

⁸¹ Cfr. García Aran, El cumplimiento interno...Ob. cit, Pág. 103.

utilidad de la pena puede contemplarse legítimamente siempre y cuando no se requiera ni exeder ni atenuar la pena justa⁸².

La segunda orientación de las teorías de la unión distribuye en momentos distintos la incidencia legitimante de la utilidad y la justicia. La utilidad es el fundamento de la pena y por lo tanto sólo es legítima la pena que opere previamente. Pero la utilidad está sujeta a un límite: por consiguiente, sólo es legítima mientras no supere el límite de la pena justa⁸³.

En la actualidad, los juristas del derecho penal, tanto en teoría como en la práctica, sólo pueden trabajar con una serie de criterios justificantes o legitimantes de la pena en distintos momentos de su dinámica: el momento de la amenaza de la aplicación y el de la ejecución.

En este sentido Roxin "ha propuesto una concepción dialéctica de la pena, en la medida en que acentúa la oposición de los diferentes puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis"⁸⁴. La forma de alcanzar dicha síntesis consiste según Roxin, en que, en el momento de la amenaza, el fin de la pena es la prevención general; en el de la determinación de la pena, los fines preventivos son limitados por la medida de la gravedad de la culpabilidad; y en el momento de la ejecución, adquieren preponderantemente los fines resocializadores (prevención general).

⁸² Cfr, Bacigalupo. Ob. cit. Págs. 22-23.

⁸³ Claus Roxin, citado por Bacigalupo. Pág. 23.

⁸⁴ Ibid. Págs. 28 y 16.

4.4. CLASES DE DETERMINACION DE LA PENA.

4.4.1. DETERMINACION DE LA PENA.

Dicha determinación, mejor conocida por la doctrina como individualización fue concebida por los romanos, germanos y por el antiguo derecho español, ya que estos pueblos imponían penas tomando en cuenta determinados privilegios (clase social, raza, religión, etc.). Claro que esto no era indudablemente una individualización, pero es innegable, que tales hechos constituyen antecedentes remotos de la instrucción. El Código Penal francés de 1791 inspirado en la idea de la legalidad, al reaccionar contra el desmedido arbitrio judicial, estableció penas fijas y cerró todo camino a la individualización. Posteriormente el Código de Francia de 1810, señala para las penas un máximo y un mínimo, permitió dicha individualización aunque no de tipo subjetivo; ello se debe a que éste Código y otros que establecieron penas alternativas, se basaron en los principios clásicos. Asimismo la escuela Positiva y sobre todo, la criminología lombrosiana, dieron enorme importancia al elemento personal y la individualización cristalizó plenamente cuando los positivistas abrieron el campo para el estudio de la personalidad del delincuente. A fines del siglo pasado Salcilles⁸⁵ la difundió con su obra "La individualización de la peine", aparecida en París en 1898.

De lo anterior se desprende que la individualización como medio de adaptar la pena a la personalidad del reo sólo se puede aplicar a la pena como tratamiento para la reducción o como medio de protección

⁸⁵ Citado por Hugo. N. Vicra. Ob. cit. Pág. 40 y sig.

contra los inadaptables. Se le puede aplicar también pero en mucho menor grado, dentro de la concepción retributiva, buscando su adecuación a la culpabilidad del delincuente en la que se puede incluir la valoración de ciertos elementos subjetivos.

Por personalidad del reo debe entenderse" el conjunto de condiciones biológicas, psicológicas, morales, culturales y sociales del sujeto, endógenas unas, por factores de la herencia y exógenas otras, por influencia del medio físico"⁸⁶.

Es dable destacar que desde que Beccaria aportó su teorema general de la pena en el cual señala que dicha pena debe ser proporcional al delito, se ha insistido en que exista una adecuación entre la penalidad y el delito que le sirve de antecedente; asimismo tenemos que Mezger expresa la necesidad de dar vigencia a la esencia de la pena, que no es otra cosa que la proporcionalidad entre el delito y la pena.

Asimismo se le llama determinación de la pena, a la adecuación de esta a la personalidad de cada delincuente.

Sateilles⁸⁷ en su obra "La individualización de la pena", distingue tres clases de individualización:

1. Legal* , o sea la que hace la ley, de antemano;

⁸⁶ Cfr. Hugo. N. Viera. Ob. cit, Pág. 41

⁸⁷ Citado por Enrique Silva Ob. cit. Pág. 13.

* Cuello Calón a la individualización legal la denomina: individualización legislativa.

2. judicial, o sea la que hace el juez, en la sentencia; y
3. administrativa realizada durante la aplicación de la pena por la autoridad encargada de hacer cumplir.

Cada una de estas clases de individualización señaladas en el párrafo retropróximo se analizarán a continuación en temas por separado, todo ello para una mejor comprensión.

4.4.2. DETERMINACION LEGAL.

Raymond Salcilles, señala que no hay una individualización legal de la pena y los que se citan como casos de individualización legal no son sino motivos de atenuación o de agravación de la pena fundados en la mayor o menor gravedad del delito y, por consiguiente, del grado de responsabilidad, por lo que constituye una falsa individualización, pues la ley sólo contiene preceptos abstractos y generales y por lo tanto no puede prever los casos concretos y particulares en que se aplica la pena⁸⁸.

Si bien es cierto que muchas de las circunstancias atenuantes y agravantes que contienen los códigos penales atienden a la mayor o menor gravedad del delito, también lo es que a la par de ellas hay otras circunstancias atenuantes y agravantes que se refieren directamente a la personalidad del sujeto que ha delinquido y que son las que dan lugar, precisamente, a la individualización legal, al igual que las diferencias de tratamiento que impone la ley con respecto a cada clase de delincuentes.

⁸⁸ Cfr. Mario I, Chichizola. Ob. cit. Pág. 55.

Puig Peña, "seña que dicha individualización legal la realiza el legislador, señalando la gravedad de las penas en relación con los hechos delictivos, estableciendo la determinación penal a base de las circunstancias de la infracción, del momento consumativo del delito, de la participación de los delincuentes, de los motivos que influyeron en el acto"⁸⁹.

Al respecto podemos señalar que dicha individualización es aquella que le da facultades al juez y de igual manera le permite escoger una pena justa y adecuada al reo y de esta manera permite al juzgador individualizar, también la ley favorece el trabajo que realiza el juez al momento de individualizar la pena, pues ya está establecido en la ley máximos y mínimos para las penas, establece las circunstancias atenuantes y agravantes, por lo que permite aplicar la pena según el criterio de estas.

Chichizola⁹⁰, señala que nada impide que el legislador pueda establecer determinados beneficios de los que sólo puede gozar el delincuente primario (por ejemplo, la condena de condicional, el perdón judicial, etc.) y al mismo tiempo establezca agravantes de la penalidad y la privación de ciertos beneficios para los reincidentes y habituales, como así también clasificar a los delincuentes en distintas categorías, sujetándolos a diferente tratamiento según su mayor peligrosidad.

Por otro lado el Profesor Ricardo C. Nuñez estima que la individualización legal de la pena se realiza en dos momentos: el primero y

⁸⁹ Puig Peña, Federico, citado por Hugo N. Vicra . Ob. cit. Pág. 42.

⁹⁰ Mario I, Chichizola. Ob. cit. Pág. 55.

fundamental se cumple cuando el legislador adecua la pena a cada figura delictiva básica, guiándose por el valor del derecho ofendido y el modo particular de ofenderlo que especifica la figura; y el segundo momento corresponde cuando el legislador mitiga o agrava la pena con arreglo a las circunstancias particulares que especifica en circunstancias accesorias de las básicas⁹¹.

De lo anterior se desprende que esa determinación que hace el legislador de la pena aplicable a cada figura delictiva no es una forma de individualización de la pena, o sea, de adecuación de la pena al individuo a quien se aplica, sino más bien una graduación de la pena de acuerdo a la gravedad del delito.

Es dable destacar que el legislador puede valerse de diversos medios para efectuar la individualización legal de la pena. Los medios que utiliza con más frecuencia son los siguientes:

- a) La fijación de circunstancias atenuantes y agravantes de la pena;
- b) El establecimiento de un régimen de medidas de seguridad para los inimputables (artículo 67 y sig. C. P.);
- c) El establecimiento de beneficios para delincuentes primarios;
- d) La agravación de las penas aplicables al reincidente (artículo 20);
- e) La fijación de medidas de seguridad accesorias para los delincuentes habituales (artículo 21, C.P.);

⁹¹ Ricardo C. Nuñez, citado por Mario I. Chichizola. Ob. cit. Pág. 56

f) Clasificación de los delincuentes de acuerdo al grado de peligrosidad (media, alta y baja);

g) La adecuación de la multa tomando en cuenta la situación económica del condenado y su participación (ver artículo 36, C.P.).

Al respecto Chichizola señala que: "cuando la ley enumera en forma casuística y taxativa las circunstancias agravantes y atenuantes, referentes a la personalidad del delincuente, es indudable que realiza una individualización legal de la pena, ya que en ese caso el juez debe limitarse a verificar la concurrencia de alguna o algunas de esas circunstancias para aumentar o atenuar, respectivamente, la pena. En cambio, cuando esa enumeración de circunstancias agravantes y atenuantes se hace en forma amplia y a simple título enunciativo, como lo adopta nuestra legislación penal, dando amplio margen a la discrecionalidad técnica del juez, para que compulse todas aquellas circunstancias del caso concreto que puedan influir en la elección y graduación de la pena, la individualización penal es relativa, la adecuación de la pena al caso particular será efectuada por el órgano jurisdiccional⁹² .

Si la pena es retribución, como lo consideran algunos autores, es evidente que quienes carecen de capacidad para obrar en forma culpable, como lo son los sujetos que la ley considera inimputables, no son susceptibles de pena pero sí de la imposición de medidas (ver capítulo V del título tercero de la ley adjetiva penal vigente). Esta distinción que hace la ley para individuos inimputables y los imputables es otra forma de lograr una individualización legal de la pena, pues resultaría injusto aplicar la misma penalidad a una persona que sólo tuviera capacidad de ejercicio que a otra

⁹² Chichizola, Mario I. Ob. cit. Pág. 58.

que gozará plenamente de sus facultades mentales, pues a esta persona se le considera que pudo cambiar su actuar, su proceder; por lo tanto, lo que haga o deje de hacer es porque así convino a sus intereses y a su voluntad.

Por lo antes expuesto señalamos que la agravación de la penalidad aplicable a los reincidentes y la fijación de una medida de seguridad accesoria para los delincuentes habituales constituyen otros de los medios para lograr la individualización de la pena. dada importancia que reviste esa forma de individualización legal de la pena, nos ocuparemos de con posterioridad.

Otro punto, para adecuar las penas a los diversos delincuentes, algunas legislaciones (verbigracia, la italiana), clasifican a los delincuentes de acuerdo a su mayor o menor grado de peligrosidad a fin de someterlos a tratamientos distintos, en cuanto a las sanciones que le son aplicables; lo cual permite adaptar la sanción a las características de cada individuo⁹³.

Un punto más, consiste en que la ley, al fijar las normas básicas a las que debe ajustarse la ejecución de las penas privativas de libertad, tiene también en cuenta la personalidad del delincuente.

No debemos pasar por alto que el legislador hace una individualización de la pena cuando trata de adecuar la multa a la situación económica del condenado, como lo hace en los países en que se rige el sistema de los días multa. Cabe señalar que es hasta el año de 1984,

⁹³ Ibid. Ob. cit. Pág 61.

cuando se hace una reforma penal a nuestro Código Penal, en donde al adoptar el sistemas días-multa retoma el antiguo camino preservando el sentido aflictivo de la multa, haciéndola más flexible e individualizable, ajustando su valor aparte de la gravedad del delito, a la situación económica del delincuente (ver Cap. I "origen del sistema días-multa").

La adopción del principio de legalidad penal como una de las bases de los sistemas penales contemporáneos obliga al legislador a precisar, cuando menos, el máximo de pena aplicable a cada delito.

Beccaria al respecto señala en su obra de los delitos y de las penas que: "...sólo las leyes pueden decretar de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representan toda la sociedad unida por el contrato social"⁹⁴.

Algunas corrientes a principios de este siglo propusieron en aras de la prevención especial, la libertad que tiene el juez para aplicar la pena correspondiente de acuerdo al caso concreto, lo que se traducía anteriormente como la indeterminación legislativa de la pena.

Una de las corrientes que propuso la libertad de aplicar la sanción al juez es el correccionalismo, "donde las penas estaban orientadas a la reparación del daño moral del condenado, para lo cual consideraba necesario que el juez pudiera establecer con toda libertad el tiempo y la clase de pena, de acuerdo con la individualidad del caso y del criminal"⁹⁵.

⁹⁴ Beccari, Cesare. Ob. cit. Pág. 12.

⁹⁵ García Aran, Mercedes. Ob. cit. Pág. 68.

Otra de las corrientes es el positivismo italiano, el cuál también puso énfasis en la prevención especial, dentro de esta corriente encontramos a E. Ferri, quién considera que la medida de la pena debe adecuarse al grado de peligrosidad del sujeto, evaluando sobre sus características personales y la categoría antropológica a la que pertenece. La separación del sujeto peligroso, en aras de la defensa social, no puede tener un fenómeno fijo, éste debe durar todo el tiempo que sea necesario para que el individuo se adapte a la vida libre; y cuando se trate de un sujeto incorregible, debe ser por tiempo indeterminado.

Asimismo la escuela positiva estima conveniente que para que esta cumpla los fines de la defensa social y la resocialización de los reos, (que se adapte a la personalidad del delincuente), para lo cual debe tenerse en cuenta el grado de su peligrosidad social. En este sentido, la individualización consiste "en establecer un tratamiento de la antisociabilidad que se ha manifestado en el acto delictivo y del que la infracción realizada, es contemporáneamente, síntoma y medida".

De todo lo anterior se desprende que la determinación legal de la pena no se agota en la simple creación de un marco penal, el cual sea el mismo para todos los casos que se subsuman en el precepto penal.

Retomando el tema de la reincidencia, se encuentra reglamentada por los artículos 20, 21, 22 y 23 de nuestra ley Adjetiva Penal, que a la letra dicen:

Art. 20. Hay reincidencia: siempre que el condenado por sentencia ejecutoria dictada por cualquier tribunal de la República o del extranjero, cometa un nuevo delito, si no ha transcurrido, desde el

cumplimiento de la condena o desde el indulto o desde la misma, un término igual al de la prescripción de la pena, salvo las excepciones fijadas en la ley. La condena sufrida en el extranjero se tendrá en cuenta si proviniera de un delito que tenga este carácter en este Código o leyes especiales.

Art. 21. Si el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma pasión o inclinación viciosa, será considerado como delincuente habitual, siempre que las tres infracciones se haya cometido en un periodo que no exceda de diez años.

Art. 22. En las prevenciones de los artículos anteriores se comprenden los casos en que uno solo de los delitos, o todos, queden en cualquier momento de la tentativa, sea cual fuere el carácter con que intervenga el responsable.

Art. 23. No se aplicaran los artículos anteriores tratándose de delitos políticos y cuando el agente haya sido indultado por ser inocente.

Por cuanto hace a la reincidencia podemos señalar que Giuseppe Maggiore señala: "se llama reincidencia a la recaída en el delito después de una condena anterior"⁹⁶.

De lo anterior se desprende que es reincidente el individuo que habiendo sido juzgado y definitivamente condenado por un delito, comete un nuevo hecho delictuoso, tal y como se señala en el artículo 20 transcrito con antelación.

⁹⁶ Giuseppe Maggiore citada por Mario I. Chichizola. Ob. cit. Pág. 63..

Se ha demostrado que no todos los países adoptan un criterio similar para determinar a la reincidencia, pues para algunas legislaciones hay reincidencias cuando un individuo condenado por sentencia firme incurre en un nuevo delito; para otras legislaciones señalan que además que el infractor haya sido condenado anteriormente haya cumplido la pena impuesta, esto antes de cometer el nuevo delito; algunas otras leyes no determinadas clases de delitos a los efectos de la reincidencia, mientras que otras no hacen distinciones de ninguna clase al respecto⁹⁷.

De acuerdo al criterio adoptado por nuestro Código Penal, se considera reincidente al condenado por sentencia ejecutoriada, con sus excepciones (ver artículo 20).

4.4.2.1. DETERMINACION LEGISLATIVA DE LA PENA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.

Para estudiar la determinación legal de la pena en nuestro ordenamiento vigente es necesario revisar la individualización en la legislación comparada.

En primer lugar señalaremos que dentro de la historia legislativa encontramos distintos sistemas o técnicas legislativas para la determinación de la pena. Uno de los sistemas es la tabulación de

⁹⁷ Cfr. Chichizola Mario. Ob. cit. Pág. 64.

agravantes y atenuantes como penas fijas, cuyo modelo es el Código francés de 1791⁹⁸.

Otra forma es la de agravantes y atenuantes con penas flexibles y la manifestación clásica es el Código de Baviera de 1813⁹⁹.

El Código español de 1822 tabula en un largo enlistado las agravantes, estableciendo tres grados de delito: máximo, medio y mínimo¹⁰⁰. Inaugurando el Código suizo el sistema de los criterios legales generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles. Los criterios en ese ordenamiento eran los motivos, la vida anterior y las condiciones personales¹⁰¹.

En un sistema penal enmarcado en un Estado de Derecho, la determinación legislativa no puede ser absoluta. En el nivel normativo debe preverse un intervalo de pena el cual le permita al juzgador adecuar la sanción al caso concreto, de lo contrario el legislador estaría arrogándose una tarea que es propia de la función jurisdiccional, la de valorar el caso particular y decidir la correcta privación de sus derechos que debe sufrir el autor del delito, pues si la ley señalara una pena exacta, estarían limitando al juzgador a cumplir con sus facultades y obligaciones consistentes en juzgar cada caso en particular y de tal manera emitir una resolución justa.

Al respecto el Derecho Penal alemán señala como ya lo vimos con anterioridad, que al hablar de una pena exacta fracasaría, pues el

⁹⁸ Ibid., Pág. 73.

⁹⁹ Ob. Cit. Zafaroni. Pág. 275.

¹⁰⁰ Idcm.

¹⁰¹ Idcm.

legislador estaría limitando al juzgador, por ello se impone la teoría del margen de libertad (también ya analizada).

Es dable destacar que nuestra legislación Penal del Distrito Federal muestra una gran similitud con el Código Penal argentino, por cuanto hace a la "edad, educación, ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto..." las cuales fueron tomadas del Código argentino, según expone Celestino Porte Petit y éste a su vez por proyectos de reforma de 1891, incluyó tales requisitos para graduar la pena, inspirándose en un antecedente legislativo, pero esas disposiciones eran para menores, de ahí que hablaran de edad.

Ahora bien, debemos señalar que el artículo 52 del Código Adjetivo Penal transcrito con anterioridad hace alusión en su párrafo segundo a los términos, los cuales se traducen en dos: el mínimo y el máximo.

Dicho tema en cuestión es abordado por Castellanos Tena, quien da una interpretación del artículo 52, señalando que: "en todos los tiempos se ha tratado de buscar que la pena se dicte en relación a la gravedad y a la naturaleza del delito... Posteriormente, se sintió la necesidad de tomar en cuenta el aspecto subjetivo del delincuente y más tarde su temibilidad o peligrosidad social"¹⁰².

De esta exposición se deducen tres criterios que debemos considerar: gravedad del injusto, culpabilidad y peligrosidad social. Queda

¹⁰² Cfr. Espinoza Torres, María del Pilar en la revista Boletín Informativo; en su artículo: La determinación de la pena en el Código Penal de Veracruz. No. 14. Marzo-Abril. 1985. Xalapa-Veracruz, México. Pág. 78.

indefinido si son criterios para determinar la pena de igual grado o si uno de ellos es predominante sobre los otros.

La culpabilidad se analizará en un tema por separado, toda vez que es un tema complejo.

Por su parte Carranca y Trujillo, trata también dicho tema, citando los antecedentes legislativos y los artículos del Código en vigor para el Distrito Federal, sólo encontrando limitadas referencias a la interpretación del artículo 52 en: "... la individualización judicial ofrece las mayores garantías de acierto compatibles con nuestro sistema constitucional gracias al arbitrio judicial restringido que en nuestro derecho fue consagrado, y cuyo concepto resumimos así; es la capacidad jurisdiccional responsable para valorar la personalidad peligrosa del delincuente"¹⁰³.

Al respecto, parecería que el criterio principal es la peligrosidad, o lo que es lo mismo, que todas las bases contenidas en el artículo 51 y en el 52 van encaminadas a determinar la peligrosidad. Como señalamos anteriormente, ambos artículos se refieren a magnitud de injusto y culpabilidad.

Otro punto que debemos destacar, es el consistente en el amplio margen que se le da al juzgador para actuar al momento de individualizar la pena al caso concreto, esto ocurre en nuestra legislación, como lo señala Silva Sánchez. A manera de ejemplo citaremos el delito de rebelión el cual puede ir de 2 años a 20 años de prisión y multa de cinco mil a cincuenta mil pesos.

¹⁰³ Ibid. Pág. 79.

Esto pone de manifiesto la necesidad de precisar los lineamientos que el legislador debe tomar en cuenta para fijar la punibilidad y en consecuencia el juzgador aplique la pena tomando en cuenta ciertos criterios que la propia ley le señala, el legislador para fijar la punibilidad debe tener en cuenta que bienes jurídicos se pretenden proteger¹⁰⁴, estos de manera jerarquizada, asimismo el intervalo de privación de bienes con que se enseña a los sujetos que estén en condiciones de concretizar el contenido del tipo penal debe ser proporcional al bien o bienes jurídicos que se quiere proteger.

Una vez que se ha señalado en que consiste básicamente la determinación de la pena o individualización como se maneja en la doctrina, señalaremos que las reglas de medición de la pena se mueven en el marco de la métrica penal, quizá con mayores posibilidades de arbitrio que en Códigos posteriores; pues la gravedad de los delitos se estratifica en dos grados: a) el grado máximo; y b) el mínimo de la pena, pero para la determinación de cada uno de estos grados, el código sólo obliga a la mayor o menor gravedad y al mayor o menor número de circunstancias que agraven o disminuyan el delito. las que se debe basar, así como el grado de culpabilidad y el de participación.

Nuestro Código Penal Adjetivo señala al respecto:

Art. 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 de delincuente. Cuando se trate de punibilidad

¹⁰⁴ Los bienes jurídicos a los que nos estamos refiriendo tienen una jerarquía, empero esta no va en razón de la valoración económica.

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.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 64, 64 bis y 65 y en cuales quiera otros en que éste Código disponga en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la 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.

Art. 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 u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;
- III. Las circunstancias de 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 el agente 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.

Dichos artículos señalados con antelación son los elementos fundamentales en que se debe basar el juzgador para la correcta determinación de la pena, al sujeto que ha cometido un ilícito; por cuanto hace al artículo 51 señalaremos que éste hace referencia al injusto (conducta típica y antijurídica), y a la culpabilidad.

En lo tocante al artículo 52 señala cuales son las bases para graduar la pena; donde el juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto que delinquirá, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Este tema se abordará con más profundidad al analizar la individualización legal en nuestra legislación penal.

Dentro de la determinación de la pena nos presentamos con un problema, el cual consiste en que: ¿El juez puede en algún caso imponer una pena superior o inferior al margen de libertad que permite la culpabilidad, cuando le parezca conveniente desde el punto de vista preventivo?

Debemos señalar que se debe rechazar toda pena que sea superior al límite máximo que permite el marco de la culpabilidad. Al respecto señala Claus Roxin "que esto es consecuencia del fin protector liberal del principio de culpabilidad que impide que, tanto por razones preventivas generales como especiales, puede imponerse una pena superior al grado máximo del marco de culpabilidad. El principio de culpabilidad cumple precisamente la función de imponer límites al poder de

intervención, esta a través de la idea de lo merecido. Prescindiendo ahora de los criterios jurídico-constitucionales, la idea de que no puede imponerse por razones preventivas generales una pena superior a la que permite el grado máximo del marco de culpabilidad, se deriva ya especialmente de las reflexiones hechas anteriormente de que ni tan siquiera dentro del marco de la culpabilidad se puede determinar la pena por simples criterios de intimidación¹⁰⁵.

Asimismo podemos señalar que existe una amplia unanimidad sobre la prohibición de imponer una pena superior a la que permite el marco de la culpabilidad, lo cual se corrobora con lo señalado por el Derecho suizo particularmente en el artículo 63 del StGB suizo, sólo permite que la pena se determine de acuerdo con la culpabilidad; con esto se prohíbe una pena superior al grado máximo.

Por cuanto hace a la situación referente a que si se pueda aplicar una pena inferior al grado mínimo del marco de la culpabilidad, Roxin señala: "que esta puede ser necesaria y realizable, sin que por ello se perjudique la función protectora del principio de culpabilidad"¹⁰⁶; sin embargo, en el Derecho suizo dicha solución sólo puede ser aceptada como propuesta, ya que el artículo 63 del StGB suizo, sólo permite que la pena se determine de acuerdo con la culpabilidad, con lo que se prohíbe también la imposición de una pena inferior a la correspondiente por la culpabilidad. Precisamente por eso es interesante como ya se ha indicado, comprobar hasta que punto de petición de Hans Schultz de permitir, siguiendo el modelo adoptado en su Proyecto Alternativo, la posibilidad de interponer, por razones de prevención especial, una pena inferior al grado mínimo del

¹⁰⁵ Roxin Claus. Ob. cit. Pág. 104.

¹⁰⁶ Idem.

marco de culpabilidad, ha sido acogida en el nuevo Derecho Penal de la República Federal Alemana.

Debemos soslayar que una elaboración de los criterios por los que deben determinarse en concreto el margen de libertad de la culpabilidad, la prevención mínima indispensable para la defensa del ordenamiento jurídico y el posible peligro desocializador del cumplimiento de las penas privativas de libertad de larga duración, conforme a los cuales habría que separar las circunstancias relevantes para la culpabilidad de aquellas que sólo son relevantes desde el punto de vista preventivo especial y algunas cosa más. Pero esto excedería de los límites aquí impuestos y debe quedar reservado para trabajos posteriores¹⁰⁷.

4.4.3. DETERMINACION JUDICIAL.

Comenzaremos diciendo que la individualización judicial de la pena es la determinación de las consecuencias del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución, eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente.

Hugo N. Viera señala que: "esta es la verdadera individualización porque el juzgador, pues se trabaja propiamente con el

¹⁰⁷ Ibid. Pág. 113.

reo y en él ha de valorar su delito, los móviles, los factores biológicos, psíquicos y sociales, etc"¹⁰⁸.

Asimismo Mario I. Chichizola señala que: "la verdadera individualización de la pena comienza con la que realiza el juez en la sentencia condenatoria, con respecto a un caso concreto y con relación a un delincuente determinado, y no la determinación legislativa, pues la ley por ser general y abstracta, no le es posible prever todos los casos particulares y concretos. De ahí la trascendental importancia de la labor que desarrolla el juez en la individualización de la pena, puesto que su decisión es la que declara cuál es la pena justa y equitativa que le corresponde a cada delincuente, en particular, en los casos concretos sometidos a su conocimiento"¹⁰⁹.

En este sentido la función del juzgador es admirable por que "la investigación de la personalidad tiene por fin conocer su grado de desadaptación social del sujeto, su peligrosidad, y sus posibilidades de resocialización, y sobre la base de este conocimiento escoger la pena o medida más adecuada a su readaptación, y en caso de sujetos inadaptables la de mayor eficacia asegurativa"¹¹⁰.

Por las razones antes expuestas es menester que el juez tenga una muy buena preparación en la materia de Criminología (en psicología, biología y sociología criminales), ya que el juez antes de imponer la pena debe tener información sobre la personalidad biológica y psíquica del reo y

¹⁰⁸ Hugo N. Viera. Ob. cit. Pág. 42.

¹⁰⁹ Chichizola, Mario I. Ob. cit. Pág. 85.

¹¹⁰ Cucllo Calón. Ob. cit. Pág. 36.

sobre su situación social; para tal efecto se le realizan diversos exámenes al actor del hecho delictivo, tales como:

- a) Examen biológico, el cual incluye en examen físico general, el cual puede completarse con exámenes especializados, un examen neurológico, ginecológico, endocrinológico, electroencefalográfico, también puede aquí incluir aquí exámenes antropométricos;
- b) Examen psicológico, el cual sirve para estudiar las facultades, las aptitudes y las posibilidades de la mente del delincuente;
- c) Examen psiquiátrico, el cual sirve para aclarar matices de la personalidad y un examen social para desentrañar la vida social de aquél, que deberá ser lo más amplio posible¹¹¹.

También debemos señalar que la facultad que tiene el juez para determinar la pena aplicable al caso concreto en la mayoría de los ordenamientos penales contemporáneos está limitada por la punibilidad prevista en la norma; dentro de esta regla general, lo que varía es la amplitud del campo de movilidad del juez para fijar la sanción.

Al respecto añadiremos que las posibilidades de realizar una acertada individualización judicial de la pena, están en relación directa con la amplitud del margen de discrecionalidad, que el legislador le deje a los órganos jurisdiccionales encargados de aplicar la ley penal a los casos concretos. Cuando más amplio sea ese margen, mayores también serán las posibilidades de que el juez pueda adecuar correctamente la pena, a las particularidades del caso y a la personalidad de los sujetos que deba juzgar.

¹¹¹ Cfr. Hugo N. Viera. Ob. cit. Pág. 43.

Por cuanto hace al amplio margen que tiene el juzgador para la individualización de la pena, podemos señalar que el sistema anglosajón otorga al juez facultades más amplias para la individualización, sin embargo, en los últimos años (al menos en los Estados Unidos), ha habido una clara tendencia a reducirlas.

Otro sistema es el alemán y el nuestro, toda vez que en éste se establecen criterios generales de medición de pena, entre ellos la culpabilidad, el cual como ya lo hemos analizado se considera como el fundamento de dicha medición. Nuestro Código Penal Adjetivo señala las reglas de la punición las cuales se encuentran contenidas en los artículos 51 y 52 (ya analizados).

Es dable destacar que la escuela clásica del derecho penal prácticamente anuló la discrecionalidad judicial, reduciendo la labor del juzgador a la de un mero verificador de que se habían cumplido los extremos previstos por el legislador, para la aplicación de una pena cuidadosamente determinada de antemano, y a imponer al delincuente, en base a una operación puramente lógica, esa pena, que se calculaba con un criterio estrictamente matemático, de acuerdo a las circunstancias atenuantes y agravantes expresa y taxativamente fijadas en el texto de la ley.

En esta forma la escuela clásica trató de colocar una valla infranqueable contra la arbitrariedad judicial imperante, en el momento histórico en que surgió, en cuanto a la imposición de las penas que se graduaban en forma desigual y a capricho del juzgador. Contra estos abusos, la estricta legalidad de los delitos y de las penas resultó el más

firme baluarte levantado en defensa de los derechos individuales y del principio de la igualdad de todos los hombres ante la ley.

Pero si bien dicha escuela desterró los abusos a que había dado lugar la imposición de penas caprichosas, desiguales y atroces, que se aplicaban en la época en que nació, suprimiendo la arbitrariedad judicial, dio, en cambio, paso a la arbitrariedad legal, tanto o más odiosa que la anterior.

Para hacer una verdadera individualización de la pena judicial, debemos olvidar aquella utopía que considera que todos los hombres son iguales, tal y como se desprende de los estudios de personalidad, el cual nos indica que no existen dos personas exactamente iguales y mucho menos dos delitos cometidos en las mismas circunstancias. Pues tratar a todos los individuos con el mismo rigor, e imponiéndoles una pena igual y uniforme, sin tomar en cuenta las diferencias que median entre las circunstancias de cada caso y las características de la personalidad de cada delincuente en particular, como así tampoco las motivaciones que lo han llevado a delinquir, implica consagrar una aberrante injusticias.

Para evitar que se comentan injusticias, es indispensable y necesario establecer una pena justa y equitativa, adecuarla a las particularidades del caso concreto que y a la personalidad del sujeto a quien se impone, tarea que le es imposible realizar al legislador que sólo prevé los delitos en abstracto, pues sólo el juez es quien puede computar la extensa gama de factores que demuestran la mayor o menor gravedad de un delito y el grado de peligrosidad evidenciado por su autor.

Por lo tanto se requiere darle al órgano jurisdiccional cierta discrecionalidad técnica para que le sea factible realizar con acierto la delicada tarea que se le asigna, al confiarle la fijación de la pena aplicable en cada caso, con respecto a cada uno de los delincuentes sometidos a su juzgamiento.

Señala Mario I. Chichizola señala que "a pesar de que ya no se discute la necesidad de dar cierto margen de discrecionalidad al juez, para permitirle efectuar una correcta individualización judicial de la pena, también se reconoce que es menester trazarle ciertos límites a esa discrecionalidad técnica que se le asigna al órgano jurisdiccional, para evitar los abusos que puedan afectar los derechos individuales y enervar toda la sociedad"¹¹².

Por cuanto hace a la discrecionalidad por parte del juez depende de principios de determinación de la pena, estos principios se derivan de los fines de la pena en relación con factores que la modifican.

Para fijar la pena al caso concreto dentro de los límites señalados por el legislador, éste suele también establecer ciertas reglas a las que el órgano jurisdiccional debe ajustarse para determinar la pena aplicable en cada caso. Empero no siempre lo hace de la misma forma ya que a veces enumera en forma casuística y taxativa las circunstancias atenuantes y agravantes que deben computarse a los fines de la fijación de la condena; y otras veces se limita a establecer normas generales y amplias, de carácter meramente enunciativo, dejando libremente a la apreciación del juez todas las demás circunstancias que en el caso

¹¹² Chichizola, Mario I. Ob. cit. Pág. 88.

concreto, revelen una mayor o menor gravedad del delito cometido o que sean demostrativas del grado de peligrosidad del delincuente.

Señalaremos que la doctrina moderna considera que no es conveniente el sistema de la enumeración minuciosa y taxativa de las circunstancias agravantes y atenuantes, sino que es preferible dejar librado a la apreciación del juez, con normas amplias y sólo enunciativas, la valoración de esas circunstancias que inciden en la agravación o atenuación de la pena, si se quiere hacer factible una eficaz individualización de la misma permitiendo así la adecuación del derecho a la justicia en el caso concreto, ya que en todo acto humano hay una infinita variedad de situaciones y diversos matices, que escapan a la más ingeniosa enumeración casuística. Toda esa serie de "imponderables jurídicos" -como los denomina Maggiore-, que ninguna ley puede prever, definir, ni catalogar, sólo pueden ser apreciados por la conciencia ética, vigilante y protectora del juez¹¹³.

Chichizola señala que: "nuestro Código Penal adhiere el sistema meramente enunciativo de las circunstancias atenuantes y agravantes, que es el seguido por la mayor parte de las legislaciones modernas, dando amplia cabida a la discrecionalidad técnica del juez, para elegir la pena aplicable a cada caso y para fijar su duración o cantidad con una fórmula que ha merecido los elogios más entusiastas de la doctrina nacional"¹¹⁴.

¹¹³ Giuseppe Maggiore, citada por Mario I. Chichizola. Ob. cit, Pág. 89.

¹¹⁴ Mario I. Chichizola. Ob. cit. Pag. 91.

A manera de conclusión podemos señalar que nuestra legislación penal fija diversos criterios para deducir la mayor o menor gravedad del hecho, tales como: los medios empleados, el grado de participación, la clase de dolo o culpa, extensión del daño causado o del peligro corrido o circunstancias de modo, tiempo y lugar; y para apreciar la personalidad del autor, la edad, instrucción escolar, costumbres, conducta anterior y posterior, antecedentes penales, modus vivendi, vínculos de parentesco y circunstancias atenuantes y agravantes.

Una vez establecida la pena, el juzgador deberá valorar la imposición de sustituidos penales o de condena condicional, siempre y cuando la pena así lo amerite, tal y como lo señala el artículo 70 de la ley Adjetiva Penal, particularmente en su artículo 70, el cual señala que dichos sustitutivos son aplicables a penas de hasta 4 años de prisión y conforme al artículo 90, la pena condicional podrá imponerse en casos de que la penalidad no exceda de 4 años.

Para finalizar señalaremos que en la conminación penal contenida en la ley se materializa en un caso concreto, por ello, es el punto decisivo en el que pueden considerarse en su conjunto las peculiaridades del delito y de su autor. Junto a la valoración de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico penal al supuesto de hecho comprobado, la determinación judicial de la pena constituye la tercera función autónoma del juez penal, representando el cenit de su actividad. En esta tarea el juez debe liberarse de prejuicios personales, simpatías y de emociones, y basar su decisión en criterios valorativos objetivos. Pero como los marcos penales son amplios y deben además serlo en interés de la individualización de la determinación judicial de la pena, y un control en casación de las decisiones

en esta materia tiene unos límites relativamente estrictos, existe el peligro de que, a pesar de los diversos grupos valorativos, se abuse del arbitrio judicial, tanto en un sentido rigorista extremo, como uno excesivamente indulgente, y de que, a consecuencia de ello, no exista un criterio unitario en la praxis seguida por los tribunales en la determinación de la pena. Sólo una subordinación consecuente del proceso de determinación judicial de la pena a los criterios que vinculan y sirven de pauta al juzgador puede mantener dentro de sus límites la determinación judicial de la pena.

Para concluir con éste tema, podemos señalar que en la actualidad nadie duda que es necesario dar amplias facultades al órgano jurisdiccional encargado de la aplicación de la ley penal a los casos concretos, para que pueda efectuar una adecuada individualización de la pena en los casos sometidos a su conocimiento.

Asimismo señalaremos que: la determinación judicial de la pena no se estanca sólo en la fijación de determinada pena, sino también se referencia a la suspensión condicional, la amonestación con reserva de pena, la imposición de medidas de seguridad (amonestación, apercibimiento, caución de no ofender, publicación especial de sentencias, etc.).

4.4.4. DETERMINACION EJECUTIVA.

Al hablar de determinación ejecutiva de la pena, debemos referirnos a la ejecución de las sanciones impuestas por el juzgador.

Debemos destacar que de nada sirve tener un país con las más perfectas leyes penales para tener éxito en la lucha contra las delincuencia, si ellas no tienen el complemento indispensable de un buen régimen de ejecución de las sanciones¹¹⁵. De esto último se desprende que el hombre que ha violado las normas de convivencia social y se ha hecho acreedor a una condena se convierta en el futuro en un delincuente habitual, con el consiguiente peligro para la comunidad, o en un ser socialmente readaptado, al que mediante un acertado método de reeducación se ha conseguido corregir y convertido en un individuo útil para la sociedad. De ahí la trascendental importancia que reviste el sistema de ejecución de las sanciones penales en la lucha contra la criminalidad.

El Maestro francés Garraud decía al respecto que: "el proceso penal no es sino un incidente previo en el ejercicio del derecho de castigar, y el fallo que lo termina no tiene su importancia y su función sino en el acto mismo de su ejecución. La pena pronunciada saca el valor del sistema penitenciario el cual debe estar organizado para hacer cumplir dicha pena.

"La cuestión de la ejecución penal domina, por su importancia a cualquier cuestión; pues ella es el punto de vista de la lucha contra el delito por los medios progresivos; el problema hacia el cual todo converge y al cual todo conduce"¹¹⁶.

¹¹⁵ Chichizola, Mario I. Ob. cit. Pág. 123.

¹¹⁶ René Garraud, citado por Chichizola. Ob. cit. Pág. 124.

Es menester señalar para una mejor comprensión de la etapa de determinación ejecutiva cuales y en que consisten las disciplinas que se ocupan de la individualización ejecutiva de la pena.

Las disciplinas que se ocupan de la ejecución de las sanciones penales son: la penología, la ciencia penitenciaria, la política penitenciaria y el derecho ejecutivo penal¹¹⁷.

4.4.4.1. LA ENOLOGÍA COMO DISCIPLINA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EJECUTIVA.

Señala Cuello Calón, "que esta disciplina se ocupa del estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito, de sus métodos de aplicación y de la actuación post penitenciaria"¹¹⁸.

Al respecto de la opinión de Cuello Calón podemos concluir que la penología fundamentalmente se refiere esencialmente a las penas y medidas de seguridad.

En lo concerniente a la actuación post penitenciaria, podemos señalar que consiste en la observación del liberado en forma condicional y de los sometidos al sistema de la probación o prueba, según lo señala Hugo N. Viera¹¹⁹, pues una vez salido el reo de la prisión vive momentos críticos, tales como: cuando regrese al seno familiar, al de sus amistades, y no es

¹¹⁷ Mario I. Chichizola. Ob. cit. Pág. 125.

¹¹⁸ Cuello Calón. Ob. cit. Pág. 745.

¹¹⁹ Hugo N. Viera. Ob. cit. Pags. 45-46.

aceptado de igual manera que si no hubiera pisado nunca una prisión; su readaptación en la realidad es muy difícil, sobre todo porque le es muy duro conseguir empleo y en esa forma lo realizado y lo logrado en la individualización penitenciaria corre el riesgo de perderse. Debido a esto es indispensable que las autoridades que lo liberaron en los momentos críticos del individuo y no dejen de observar su personalidad en el nuevo medio.

En contraposición de la penología como ciencia de la determinación ejecutiva señala Jiménez de Asúa manifestando "que la penología no puede ser estimada como una ciencia porque no es posible hallar un contenido propio para formarla. En cuanto se ocupa de la pena, como problema sociológico, forma parte de la sociología criminal; en lo que respecta a la pena como consecuencia del delito, pertenece al derecho penal; su ejecución integra el derecho penitenciario; y en fin, el acerbo de exigencias para la reforma del régimen punitivo de un país, constituye parte principalista de la llamada política criminal"¹²⁰.

4.4.4.2. LA CIENCIA PENITENCIARIA COMO DISCIPLINA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EJECUTIVA.

Los autores franceses emplean el término ciencia penitenciaria para hacer referencia a la disciplina científica la cual estudia los diversos sistemas de ejecución de las penas privativas de la libertad.

Aquí su contenido es más restringido que el de la penología ya que esta se ocupa de todas las clases de penas, mientras que la ciencia

¹²⁰ Lui Jimenes de Asúa, citado por Mario Y. Chichixola. Ob. cit. 126.

penitenciaria se limita al estudio de los principios, doctrinas y sistemas relativos a la ejecución de las penas privativas de la libertad, encontrándose en consecuencia, excluidas de su contenido las demás especies de penas.

Bertrand define la ciencia penitenciaria como "el conjunto de los conocimientos que es necesario poseer para enseñar a los demás a hacer penitencia, esto es, a expiar los hechos cometidos y a corregirse; con la limitación de que se trate de hechos castigados por la ley y de expiación útil"¹²¹.

4.4.4.3. LA POLÍTICA PENITENCIARIA COMO DISCIPLINA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EJECUTIVA.

La política penitenciaria es una disciplina más, de las cuales se ocupan de las sanciones penales, la cual se considera como la rama de las ciencias políticas, ésta formula los fines de las instituciones destinadas a la ejecución de las penas privativas de la libertad y la mejor de sus posibilidades para el cumplimiento de tales fines¹²².

Dicha disciplina supone asimismo una valoración crítica de las instituciones vigentes para proponer eventualmente su reforma.

De lo anterior se desprende que la política penitenciaria no es sino una rama especializada de la política criminal, es decir, de la ciencia

¹²¹ Bertrand, citado por Chichizola. Ob. cit. Pág. 127.

¹²² Cfr. Chichizola, Mario I. Ob. cit. Pág. 128.

que basándose en los datos que le suministran la antropología basándose en los datos que le suministran la antropología criminal y la sociología criminal, estudia cuáles son los medios más adecuados para prevenir y reprimir los delitos.

4.4.4.4. EL DERECHO EJECUTIVO PENAL COMO DISCIPLINA DE LA INDIVIDUALIZACIÓN EJECUTIVA.

La necesidad de reglamentar el cumplimiento de las penas surgió como una consecuencia del reconocimiento de los derechos subjetivos del condenado, con estas necesidad nace el derecho ejecutivo penal, como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre el Estado y el condenado¹²³. Hasta hace poco tiempo se pensaba que un reglamento carcelario bastaba para individualizar la pena en su fase ejecutiva y para salvaguardar los derechos del penado, pero últimamente se ha acentuado la idea de que es indispensable encauzar dentro de normas legales esta importante etapa de la individualización de la pena.

Debemos señalar que la necesidad es la que obliga al ser humano a sustraer del arbitrio administrativo la ejecución de las sanciones penales, ya que en ellas es donde se cumple la fase más importante de la individualización de la pena.

El derecho ejecutivo penal se define como "el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las sanciones penales, desde

¹²³ Idid. Pag. 129.

el momento que se convierte en ejecutivo el último que legitima la ejecución¹²⁴.

Tanto Mezger¹²⁵ como Marsich¹²⁶, afirman que la ejecución de la pena no es según su propia naturaleza, derecho penal, sino derecho procesal penal, basándose en que la ejecución es una continuación del proceso y recordando el viejo aforismo: *jurisdictio sine executione esse non potest* (la jurisdicción sin ejecución no posee potestad).

Al respecto y siguiendo el aforismo anterior podemos afirmar que la ejecución de la pena, es la más importante de todas las formas de determinación de la pena y esta a su vez es complementaria de la judicial, pues resultaría inoperante la existencia de un Código Adjetivo, sin la existencia de un Código Sustantivo.

Otros autores, tales como Novelli¹²⁷, Siracusa¹²⁸ y Buzea¹²⁹, estiman que el derecho ejecutivo penal es una nueva rama del derecho autónoma, que abarca tanto normas sustanciales como procesales y funciones administrativas como jurisdiccionales, al mismo tiempo. Nuñez¹³⁰ también piensa que el derecho ejecutivo penal es independiente del derecho procesal penal, pero hace la salvedad que se halla esencialmente subordinado a lo que el derecho penal sustantivo dispone sobre la pena y las medidas de seguridad.

¹²⁴ Cfr. Mario I. Chichizola. Ob. cit. Pág. 129.

¹²⁵ Ibid. Pág. 131.

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ Ibid. Pág. 132.

¹²⁸ Idem.

¹²⁹ Idem.

¹³⁰ Idem.

La posición que sostienen estos últimos autores se considera como la más válida, toda vez que esta nueva rama del derecho abarca un conjunto de normas jurídicas que aunque de naturaleza diversa y provenientes de distintas fuentes, poseen un objeto común, el cual consiste en regular las relaciones entre el Estado y el condenado durante la ejecución de las sanciones penales.

No debemos soslayar que la autonomía científica del derecho ejecutivo penal se basa en la necesidad de regular, por medio de normas jurídicas, las cuestiones relativas a la ejecución de las sanciones penales, problemas que, si bien deben resolverse conforme a los principios fundamentales del derecho penal, tienen sin embargo en el campo de la ejecución un desarrollo tan vasto y de importancia tal que hacen conveniente su estudio orgánico.

Por cuanto hace al objeto de estudio de ésta disciplina penal son las normas jurídicas que contemplan las condiciones de la ejecución, la iniciación, las modificaciones, la extinción del vínculo punitivo, los sujetos, y el objeto de la ejecución, los órganos, la función o la actividad administrativa durante la ejecución penal, la tutela de los derechos y los intereses de los condenados, las finalidades de la ejecución y las modalidades para realizarla¹³¹.

Es menester precisar los alcances de la autonomía del derecho ejecutivo penal, en primer lugar conviene determinar sus límites con respecto al derecho penal sustantivo. A éste le incumbe establecer las sanciones, sus caracteres y naturaleza, su aplicación u duración. el derecho

¹³¹ Giovanni Novelli, citado por Chichizola. Ob. cit. Pág. 131.

ejecutivo penal debe subordinarse en estos puntos a lo preceptuado por el código penal.

Al respecto afirma Novelli "el ordenamiento de la ejecución no puede inspirarse en conceptos o criterios que quiten a la pena el carácter de castigo, cuando el derecho penal le ha dado ese carácter; ni puede crear instituciones que permitan modificar la duración o calidad de las penas, cuando el derecho penal ha adoptado el principio de la pena determinada; ni puede crear penas distintas de aquellas previstas y adoptadas por el derecho penal; ni puede organizar sistemas de ejecución que contradigan las diferencias fundamentales entre las penas y otras medidas de defensa social adoptadas por el Código Penal"¹³².

¹³² Ibid. Pág. 140.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La pena debe entenderse como una privación de un bien jurídico (libertad, patrimonio), no como una venganza, ni como un mal o una retribución, pues como lo señalan diversos autores, dicha privación del bien jurídico sólo puede surgir mediante un proceso previo, además estas penas deben estar previamente establecidas en las leyes penales.

La pena consiste en la privación de un bien jurídico, la cual es impuesta en virtud del proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la ley.

Debe existir una unificación de lo que es la pena, cuyo concepto debe ser propuesto tanto por los clásicos como por los positivistas.

SEGUNDA

Para hacer una clasificación de las penas debemos agotar tanto criterios emitidos por la doctrina como por los contemplados en las legislaciones.

La doctrina clasifica de la siguiente manera a la pena: 1) Por su naturaleza en corporales y no corporales, en infamantes, en privativas y restrictivas de libertad, en pecuniarias; y 2) Por su autonomía en principales

o accesorias, en flexibles y rígidas, por su división en divisibles e indivisibles, por su duración en temporales o perpetuas, por su aplicación en centripetas y centrifugas.

TERCERA

El Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia Federal en lista a las penas y medidas de seguridad en su artículo 24, empero sin hacer una clasificación clara y transparente de cuales son las penas y cuales son las medidas de seguridad.

CUARTA

Las teorías de la pena se clasifican en dos grandes grupos a saber: Las de carácter absoluto y las de carácter relativo, en donde las primeras deben su nombre a que han justificado a la pena por sí misma y las segundas explican a la pena a partir de una finalidad, es decir para lograr un fin determinado.

Las teorías absolutas son aquellas que legitiman a la pena de acuerdo a la justicia, en donde lo justo va a ser la aplicación de un mal al autor del evento delictivo, el cual debe compensar el mal que ha causado.

Mientras que las teorías relativas se basan fundamentalmente en un fin, el cual va encaminado a producir una intimidación, es decir inhibir los impulsos delictivos de los autores de los ilícitos y de esta manera prever los delitos.

QUINTA

La teoría ecléctica, es la más idónea para legitimar la pena, pues ésta abarca tanto aspectos de las teorías absolutas como de las teorías relativas, pues como bien es sabido la aplicación de una sola teoría resulta incompleta y por ende ineficaz, así dicha teoría ecléctica va a combinar la prevención y la retribución, para que de esta manera la sanción prevenga delitos, en relación al hecho cometido y de esta manera la retribución se concebiría como un medio necesario para la prevención, perdiendo su carácter absoluto y sirviendo a su vez como límite a los fines preventivos.

SEXTA

La determinación de la pena en nuestro sistema jurídico se basa tanto en circunstancias exteriores de ejecución como en las peculiares del delincuente, así como en la magnitud del daño causado al bien jurídico, la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados, las circunstancias de modo, tiempo, lugar u ocasión, la forma y grado de participación, la calidad de la víctima, del ofendido y del mismo autor, su edad, educación, ilustración, costumbres, condiciones sociales, económicas, los motivos que lo orillaron a delinquir, sus usos y su comportamiento posterior al evento delictivo.

SÉPTIMA

La determinación de la pena se hace en base a la culpabilidad.

OCTAVA

La culpabilidad es considerada como un juicio de reproche dirigido al sujeto que realizó una conducta prevista como delito y sancionada por las leyes penales, pues podía actuar de modo distinto, es por ello que se le reprocha su actuar.

NOVENA

En la culpabilidad no es necesario la existencia de un sentimiento, baste con que el infractor cometa el ilícito para que este sea culpable, esto orillado a que un sujeto puede realizar una conducta delictiva sin que actúe con sentimiento alguno, pues para el sujeto podría ser normal esa conducta que desempeñó, pero no para la sociedad.

DECIMA

La verdadera determinación de la pena es la que hace el juzgador; partiendo de que el juez es quien trabaja propiamente con el reo, y en él ha de valorar su ilícito, así como todos los factores que lo llevaron a delinquir.

BIBLIOGRAFÍAS

- ARMIN Kaufman. La misión del derecho penal. Bogotá. Temis 1982.
- BACIGALUPO, Enrique. Principios de derecho penal. Editorial Akal. Segunda edición. Madrid. 1990. Págs. 310.
- BARATTA. Viejas y nuevas estrategias de la legitimación del derecho penal. Barcelona. 1986.
- BECARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Comentario de Voltaire. Tr. Juan Antonio de las Casas. Madrid. Editorial Alianza. 1990. Págs. 193.
- BECARIA, Cesare. De los delitos y de las penas. Ediciones Arayú. Editorial de palma. Buenos Aires. 1995. Pág. 191. Comentario de Voltaire. Tr. Juan Antonio de las Casas. Madrid. Editorial Alianza. 1990. Págs. 193.
- CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Derecho penitenciario. 2a. edición. México D.F. Editorial Porrúa. 1981. Págs. 610.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. Carranca y Rivas Raúl. Derecho penal: Parte general. edición 15. Editorial Porrúa. México. 1986.
- CLAUS, Roxin. Tr. Muñoz Conde. Culpabilidad y prevención en derecho penal. Madrid. Reus. 1981. Págs. 200.
- CÓRDOBA RODA, Juan. Culpabilidad y pena. Casa editorial Bosch Urgel, 51 bis. Barcelona. 1979.
- CUELLO CALÓN, Eduardo. Derecho penal: parte general. Tomo I. Duodécima edición. Bosch Casa editorial Urgel, 51 bis. Barcelona. 1959. Págs.
- DE LARDIZABAL Y URIBE, Manuel. Discurso sobre las penas. Primera edición. Editorial Porrúa, S.A. . México. 1982.
- DEVOTO, Eleonora. los métodos sustitutivos de las penas cortas de prisión. Págs. 33.

DONA EDGARDO, Alberto. Teoría del delito y de la pena I. Editorial Astrea. Buenos Aires. 1992.

GRACIA ARAN, Mercedes. Los criterios de la determinación de la pena en el derecho español. Ediciones de la universidad de Barcelona. Barcelona. 1982.

GRACIA ARAN, Mercedes. El cumplimiento interno de las penas y la reforma penal. Madrid. 1995.

HILDE, Kaufmann. Tr. Juan Bustos Ramírez. Criminología: Ejecución penal y terapia social. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1979. Págs. 356.

HILDE Kaufmann, Principios para la reforma de la ejecución penal. No. 10. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1977. Págs. 72.

I. CHICHIZOLA, Mario. La individualización de la pena. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot. 1967. Págs. 150.

JESCHEK HANS, Heinrich. Tr. Mr. Puig Santiago Muñoz Conde Francisco. Tratado de derecho penal. Barcelona. Volumen II. España. Bosch. Casa editorial, S.A. 1981. Págs. 1321.

JIMÉNEZ DE ASUA. La ley y el delito: principios de derecho penal. Cuarta edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Hermes. 1963. Pág. 578.

LUSON PEÑA, Diego Manuel. Medición de la pena y sustitutos penales. Madrid. 1974. Págs. 108.

MARCHIORI, Hilda. Determinación judicial de la pena. Córdoba. 1995.

N. VIERA, Hugo. Penas y medidas de seguridad. Editorial Justitia, ET JUS. Merida-Venezuela. Pág. 159.

NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de derecho penal chileno: parte general. Volumen II. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile 1966.

OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe. Tr. Pérez Vitoria Octavio. Las medidas de seguridad. Bosch Casa editorial Barcelona. 1951. Pág 363.

PESINA, Enrique. Elementos de derecho penal. Tr. Hilarión González del Castillo. Editorial Reus. Madrid. 1936. Pág. 603.

QUINTANO RIPOLLES, Antonio. Compendio de derecho Penal. Tomo I. Volumen I. Diccionario de derecho comparado. Madrid. Pág. 1951.

RIVACOBA Y RIVACOVA. Función de la pena. Buenos Aires. Editorial Depalma. 1993.

ROXIN, Claus. Sentido y límite de la pena. Editorial Reus. Madrid. 1976.

TORIO LÓPEZ, Ángel. El sustrato antropológico de las teorías penales.

REVISTAS

Boletín de investigaciones jurídicas. Volumen XII. Número 48. Guanajuato-México. Octubre-diciembre. 1992. 62-66.

Boletín informativo. Número 14. Xalapa-Veracruz, México. Marzo-abril. 1985. 67-84.

Cuaderno Panameño de criminología. Volumen I. Número 2. Noviembre 1973. Pág. Pág 96-107.

Historia del tratamiento a los menores infractores en el Distrito Federal. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 1991/16.

Revista de la facultad de derecho. Universidad Complutense. Volumen II. Junio 1986. Madrid-España. 547-553.

Revista Criminalia. LII. Números 1-2. México D.F. Enero-diciembre 1986. 7-21.

Righi, Esteban. Medidas de seguridad: Descripción legal, aplicación judicial y ejecución. Revista mexicana de justicia. Número 1. Volumen I. México. Enero-marzo. 1983.

Silva, José Enrique. Revista de derecho penal salvadoreño. Cuaderno 4. Págs. 58. 3-29.

LEGISLACIONES

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México D.F. 1998.

Código Penal para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal. Editorial Sista.

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista

Código Penal Anotado. y comentado por Carranca y Rivas Raúl. Editorial Porrúa, S.A. México D.F. 1989. Pág. 993.

Código Penal comentado por de la Vega. Editorial Porrúa, México. D. F. 1980.

Ley para menores infractores. Editorial Sista. México D. F. 1997.

DICCIONARIOS

Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. Octava edición. México D.F. 1995.