

301809



FUNDADA EN 1960

UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

LA NECESIDAD DE DIFERENCIAR ENTRE LAS
PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD PARA
SU ADECUADA APLICACION EN EL DERECHO
PENAL MEXICANO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LETICIA SAN VICENTE BECERRIL

PRIMER REVISOR
Lic. Jorge Estudillo Amador

SEGUNDO REVISOR
Lic. Jorge de Tavira Noriega

México, D. F.

1994

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI MADRE:

Quien con su amor y gran carácter me ha impulsado durante el transcurso de mi vida.

A MI PADRE:

Por su enorme paciencia y eterno apoyo con que ha dirigido mi vida.

PARA GERHARD:

Con mi amor y agradecimiento por su estímulo y desinteresada ayuda.

PARA MI HERMANA:

Por las alegrías y tristezas compartidas - que hacen cada día más estrecha nuestra unión.

AL LIC.

JORGE DE TAVIRA NORIEGA

Por la confianza y
ayuda prestada para la
realización del presen-
te trabajo.

A LA UNIVERSIDAD DEL VALLE DE
MEXICO, Y;
A MIS MAESTROS.

Por las enseñanzas que me
otorgaron.

AL LIC.
ADRIAN GODINEZ GARCIA.

Con agradecimiento
por la amistad y ayuda_
brindada.

I N D I C E .

PROLOGO.....

CAPITULO I

LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD A TRAVES DE LA HISTORIA

1.1.- INTRODUCCION.....	4
1.2.- MESOPOTAMIA.....	11
1.2.1.- PERIODO ANTIGUO.....	11
1.2.2.- INDIA.....	13
1.2.3.- EGIPTO.....	14
1.2.4.- CHINA.....	14
1.2.5.- ISRAEL.....	16
1.2.6.- GRECIA.....	16
1.2.7.- PENSADORES GRIEGOS.....	17
1.2.8.- ROMA.....	19
1.2.9.- DERECHO PENAL CANONICO.....	24
1.2.10.- ALEMANIA.....	25
1.2.11.- MEXICO.....	26
A).- PUEBLO MAYA.....	26
B).- PUEBLO TARASCO.....	27
C).- PUEBLO AZTECA.....	27
1.3.- EDAD MEDIA.....	30
1.3.1.- DERECHO ESPAÑOL.....	32
1.3.2.- MEXICO Y EL DERECHO PENAL EN LA COLONIA.....	34
1.4.- ETAPA MODERNA.....	36

CAPITULO II

ESCUELAS PENALES

2.1.- ESCUELA CLASICA.....	44
----------------------------	----

2.2.- ESCUELA POSITIVA.....	58
2.3.- LA TERZA SCUOLA.....	64
2.3.1.- LAS DOCTRINAS DE FRANZ VON LISZT.....	66
2.3.2.- LA DIRECCION TECNICO JURIDICA.....	67

CAPITULO III

EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

3.1.- DELIMITACIONES PREVIAS.....	70
3.2.- LA PENA RETRIBUTIVA.....	71
3.2.1.- DOCTRINAS QUE ESTAN A FAVOR DE QUE LA PENA SEA DE CARACTER FUNDAMENTALMENTE PREVENTIVO.....	74
3.3.- LA DOCTRINA CORRECCIONALISTA.....	75
3.4.- DOCTRINA DEL POSITIVISMO CRIMINOLOGICO.....	77
3.5.- LA PENA-FIN DE FRANZ VON LISZT.....	84
3.6.- LA DOCTRINA DE LA DEFENSA SOCIAL.....	86
3.7.- REPRESENTANTES DE LA DEFENSA SOCIAL.....	87
3.8.- CORRIENTES DOCTRINALES DE LA DEFENSA SOCIAL.....	90
3.9.- POSTULADOS DE LA DEFENSA SOCIAL.....	93
3.10.- CUADRO COMPARATIVO.....	95

CAPITULO IV

DERECHO PENAL MEXICANO

4.1.- EPOCA INDEPENDIENTE.....	98
4.2.- PRIMERAS LEYES PENALES ANTES DE LA CODIFICACION....	100
4.2.1.- INTRODUCCION.....	101
4.2.2.- BOSQUEJO GENERAL DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO_ DE MEXICO.....	107
4.2.3.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, DE 1835.	110
4.3.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERA- LES DE 1871 CODIGO MARTINEZ CASTRO.....	112

4.4.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1929 (CODIGO ALMARAZ).....	117
4.4.1.- TRABAJOS DE REVISION DE 1912.....	117
4.4.2.- LA REVOLUCION ARMADA Y LA CONSTITUCION DE 1917...	118
4.4.3.- NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY PENAL.....	119
4.4.4.- EL CODIGO DE 1929.....	119
4.5.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1931.....	123
4.5.1.- SITUACIONES QUE MOTIVARON LAS REFORMAS AL CODIGO DE 1929.....	123
4.5.2.- ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1930.....	124
4.5.3.- CODIGO PENAL DE 1931.....	125

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

5.1.- LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD SEGUN EL CODIGO PENAL VIGENTE.....	134
5.2.- CONCEPTO DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD.....	135
5.3.- CRITERIOS QUE DELINEAN LA NATURALEZA DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	136
5.4.- DIFERENCIAS ENTRE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	141
5.5.- TEMPORALIDAD DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD -- PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD.....	147
5.6.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD.....	149
5.7.- APLICACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	154

CONCLUSIONES.....

BIBLIOGRAFIA.....

LEGISLACION.....

P R O L O G O

La imposición de sanciones a través de las penas, ha -- existido desde el principio mismo del hombre, pues ésta es -- una reacción de defensa del ser humano. Habiendo sufrido numerosas transformaciones en su aplicación a través de los si glos, de acuerdo a la concepción de la misma, según la época y la idiosincracia de cada pueblo.

Sin embargo, es importante remarcar, que hasta hace muy poco tiempo relativamente (siglo XVII), éstas tuvieron una -- aplicación arbitraria, sin fundamentación y basada en apre-- ciaciones intransigentes y egoistas, así como en forma desme-- dida y excesiva, sin que nadie pudiera levantar la voz para_ exigir una justa sanción, so pena de ser castigado hasta con la muerte, por revelarse a los designios de los detentadores del poder.

No es, sino hasta mediados del siglo XVII, que la incon formidad de la sociedad sometida y vejada, empieza ha hacerse oír, siendo el ilustre César Bonnesano, Marqués de Beccaria, quien logra recoger este clamor, el cual ya se hacía -- palpable, de una justa aplicación de las penas, recopilando_ muchas de estas inquietudes y plasmándolas en forma ordenada en su obra "Tratado de los Delitos y de las Penas", que nos_ habla entre otras cosas del principio de legalidad Nulla Poena, Sine Lege.

No obstante lo anterior, todavía quedaba mucho camino -- por recorrer para poder aplicar en forma racional y humana -- las diversas penas existentes, sobre todo por que al infractor o delincuente no se le concebía como ser humano con los_ derechos que esto conlleva, sino como algo, al que había que castigar por su actuar contrario a lo marcado por la comuni-

dad, sin importar edad, condición física y mental.

Sin embargo con la evolución de las sociedades, empezaron a prodigarse conceptos, doctrinas, escuelas, y con ellas un sinnúmero de concepciones de cómo y por qué aplicar la pena. pero dada la complejidad del ser humano y su particular apreciación de su entorno del ser y del deber ser, no existe unificación de criterios en cuanto al por qué y para que debe aplicarse una pena o el nuevo concepto de medida de seguridad. Siendo tal la variedad de criterios como corrientes --- existen, y de igual manera diferencias para optar por la --- aplicación de una u otra sanción.

México, no es la excepción, y así tenemos que en los diversos códigos penales que nuestra nación ha tenido se han visto influenciados por una u otra escuela penal. En tal virtud en la actualidad se cuenta con un catálogo de sanciones en donde no se clasifican las penas y las medidas de seguridad.

Tal situación motivó en la que suscribe el interés de investigar la manifestación de las sanciones penales, su evolución, concepto, y la diferenciación existente entre penas y medidas de seguridad, con la finalidad de citarlas en apartados distintos y logra la correcta y cabal aplicación de una u otra según el caso.

Por lo anterior y, considerando alguna deficiencia en este trabajo de investigación, solicito a este H. Jurado que al evaluarlo sea benevolente, teniendo presente el interés propio de superación académica.

CAPITULO I

LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD A TRAVES DE LA HISTORIA

1.1.- INTRODUCCION

1.2.- MESOPOTAMIA

1.2.1.- PERIODO ANTIGUO

1.2.2.- INDIA

1.2.3.- EGIPTO

1.2.4.- CHINA

1.2.5.- ISRAEL

1.2.6.- GRECIA

1.2.7.- PENSADORES GRIEGOS

1.2.8.- ROMA

1.2.9.- DERECHO PENAL CANONICO

1.2.10.- ALEMANIA

1.2.11.- MEXICO

A).- PUEBLO MAYA

B).- PUEBLO TARASCO

C).- PUEBLO AZTECA

1.3.- EDAD MEDIA

1.3.1.- DERECHO ESPAÑOL

1.3.2.- MEXICO Y EL DERECHO PENAL EN LA COLONIA

1.4.- ETAPA MODERNA

CAPITULO I

LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD A TRAVES DE LA HISTORIA

1.1. INTRODUCCION

"Para conocer el principio verdadero de las primeras ideas penales no nos sirve la dialéctica jurídica, - tenemos que valernos de la historia; por ésta conocemos las primeras sociedades humanas, los primeros pueblos." (1).

"La antropología y la sociología modernas han profundizado y renovado los puntos de vista para la comprensión del hombre primitivo y, como consecuencia, la de las formas sociales que entre ellos regían. La interpretación racional de los fenómenos, tan característica de una cultura evolucionada, basada en la construcción conceptual, no explica claramente los hechos sociales primitivos, por que la cultura del hombre primitivo no estaba construida sobre una base científica, naturalista y experimental, como la nuestra, que descansa, ante todo, en los principios de identidad, contradicción y razón suficiente. La idea de casualidad, tan influyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria, y gran parte de los fenómenos son explicados no por esa ley sino por principios mágicos" (2)

Dentro de las agrupaciones humanas primitivas no existía un concepto destacado de lo que en la actuali--

- (1) Carrancá y Trujillo, Raúl; Derecho Penal Mexicano, - Parte General; Ed. Porrúa, S.A.; 1982; Pág. 91.
- (2) Soler, Sebastián; Derecho Penal Argentino; Ed. Tipográfica Editora Argentina; Buenos Aires; Tomo I; --- Pág. 39.

dad conocemos como delito, "pues las violaciones de los tabúes mágicos tenían mas bien la naturaleza de lo que - las religiones positivas han considerado como pecado. -- Las sanciones que seguían a la violación del tabú tenían también carácter religioso, ya que consistían en la privación de los poderes protectores de los dioses de la comunidad. Empero, en aquellos primitivos tiempos se observaba ya que, lo que hoy denominamos delito era un hecho -- efectuado individualmente y que por implicar una violación a las costumbres, lesionaba las normas prohibitivas de la comunidad tribal constitutivas del tabú. El comportamiento punible era oriundo de hábitos y supersticiones, usanzas y ritos; estaba considerado como una ruptura de la paz interna o externa del clan; e imperaba en su concepción un acusado carácter religioso o sacerdotal de colectiva defensa física, objetiva y ciega de los --- principios ancestrales en que se fundaba la propia existencia de cada tribu o colectividad".(3)

Sebastián Soler, señala como riesgoso afirmar que - la venganza individual o privada represente el origen de la actividad represiva. Aduciendo que podría citársele - como una forma de pena, pero sin llegar a considerarla - como el origen mismo de la actividad represiva.(4)

El conjunto de prohibiciones que se encuentran entre los pueblos primitivos, encierran una gran --- cantidad de preceptos que no tutelan bienes jurídicos

(3) Jiménez Huerta Mariano; Derecho Penal Mexicano; Ed. Porrúa S.A.; México; 1983; Tomo I; Pág. 10.

(4) Soler, Sebastián; Ob. Cit. Pág. 40.

cos en el sentido moderno de esa expresión, "sino que se refiere a las relaciones hipotéticas tomadas erradamente como ciertas".(5)

Fauconnel señala que "las sanciones están dotadas de un carácter marcadamente expiatorio, religioso y fatal, pues la violación del tabú trae necesariamente una determinada desgracia, sólo evitable mediante el cumplimiento de las ordalías, que a veces son en sí mismas, el procedimiento purificador."(6)

Para la adecuada comprensión de las instituciones penales primitivas, es necesario citar ciertas formas represivas que aparecen con mayor frecuencia entre diversos pueblos. Los tratadistas distinguen períodos diversos en la evolución histórica del derecho penal. Tratando de abarcar la mayor generalidad, citaré la venganza privada en su aspecto individual y familiar, así como sus limitaciones: El Talión y la composición pecuniaria; la venganza pública; la venganza divina; período humanitario; período científico.

La venganza privada o de sangre.- Ignacio Villalobos señala que "fue el impulso de la defensa o de la venganza la "ratio essendi" de todas las actividades provocadas por un ataque injusto. Por falta de protección adecuada que hasta después se organiza, cada particular, cada familia y cada grupo se protege y se hace justicia -- por sí mismo."(7)

(5) IDEM. Pág. 42

(6) Autor citado por Soler, Sebastián; Ob. Cit. Pág. 31 y S.S.

(7) Autor Citado por Castellanos Fernando; Lineamientos Elementales de Derecho Penal; Ed. Porrúa S.A.; México; 1976; Pág. 31 y S.S..

"En este período la función represiva estaba en manos de los particulares, ... Si pensamos en que todo animal ofendido tiende instintivamente a reaccionar, es fácil comprender como la primera forma y la primera justificación de lo que hoy llamamos justicia penal debió ser, por la naturaleza misma de las cosas, la venganza".(8)

Encontramos que la venganza es una forma retributiva del delito, principalmente en lo referente a la venganza colectiva.

"La conveniencia social y los vínculos de sangre - entre hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. La solidaridad del grupo - familiar o social eleva y generaliza, y también depura - la pugna".(9)

Para E. Garçon dada "la fuerte adhesión del individuo a un grupo social, familia, estirpe, tribu o clan; - hace que las venganzas contra la ofensa asuman caracteres de acciones colectivas y que la reacción desencadenada por ella no quede circunscripta a la persona del ofensor, sino que alcance a todos aquellos que pertenezcan a la misma tribu del ofensor". (10)

Cabe hacer notar que no toda venganza puede considerarse como antecedente de la represión penal moderna, -- solo adquiere este carácter cuando la acción de venganza contaba con el auspicio de la colectividad ya fuera a --

(8) Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 32

(9) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 93

(10) Autor citado por Soler, Sebastián; Ob. Cit.; Pág. -

través del apoyo moral o material que se le brindaba al ofendido, reconociendoséle de esta forma su derecho a ejercerla. (11)

Dentro de la venganza privada encontramos dos limitaciones o restricciones que son: primeramente "el talión - de talis, el mismo o semejante: ojo por ojo, diente por diente, - rotura por rotura - ", (12) siendo considerada ésta como una medida justa ya que se limitaba en una cantidad exactamente igual al daño sufrido por el ofendido, evitándose con esto - el excederse en la venganza.

La otra restricción era la composición, en el cual se - consideraba que el que ofendiera podía comprar al ofendido o a su familia el derecho de venganza, esto es el "rescate del derecho de venganza, por medio del pago hecho por el ofensor, en animales, armas o dinero". (13)

La venganza divina.- Conforme se iban dando los avances en la sociedad, también se denotaba un progreso en la función represiva. En este período los conceptos de derecho y - religión se funden en uno solo, de tal forma que el agresor, mas que ofender a la persona o al grupo, lo hace a la divinidad.

De esta forma "al revertir los pueblos las características de la organización teocrática, todos los problemas se proyectan hacia la divinidad, como eje fundamental de la constitución misma del Estado. Así surge, en el terreno de las ideas penales, el período de la venganza divina; se estima al delito

(11) Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 32

(12) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 94

(13) IDEM.; Pág. 94

una de las causas del descontento de los dioses; por eso los jueces y tribunales juzgan en nombre de la divinidad ofendida, pronunciando sus sentencias e imponiendo las penas para satisfacer su ira, logrando el desistimiento de su justa indignación."(14)

La venganza pública.- A medida que los Estados adquieren una mayor solidez, comienza a hacerse la distinción entre delitos privados y públicos, según se lesionen los intereses de los particulares o del orden público(15). Con esta evolución encontramos que la idea de pena y función represiva adquieren un carácter eminentemente público.

El Estado traspasó a los jueces el manejo imparcial de las penas arrancandole así a los ofendidos y limitando el derecho de éstos a la venganza.(16)

Según Cuello Calón se caracterizó por la aspiración de mantener, a toda costa, la tranquilidad pública. "Este es el ciclo en que aparecen las leyes más severas, en que se castigan con más dureza no solo los crímenes más graves, sino hasta hechos hoy indiferentes... reinaba en la administración de justicia la más irritante desigualdad, pues mientras que a los nobles y a los poderosos se les imponían las penas más suaves y eran objeto de una protección penal más eficaz, para los plebeyos y siervos se reservaban los castigos más duros y su protección era en muchos casos tan solo una caricatura de la justicia...; los jueces y tribunales tenían la facultad de imponer penas no previstas en la ley, incluso podían incriminar hechos no penados como delitos, y de éstos - poderes abusaron con exceso, pues no los pusieron al servi--

(14) Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 33

(15) IDEM.: Pág. 33

(16) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit. Pág. 100

cio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando".(17)

La crueldad de las penas tenía como finalidad intimidar a las clases inferiores, para de esta forma mantener intactos los privilegios reales u oligárquicos. Por tal motivo la aplicación de las penas era evidentemente desigual.(18)

Período humanitario.- A la excesiva crueldad siguió un movimiento humanizador de las penas y, en general, de los sistemas penales. "La revolución filosófica que arranca del renacimiento, con su consecuencia en la integración del globo terráqueo, ... y sus repercusiones en el hombre, cuya personalidad quedó también integrada, produjeron un acelerado afán de recreación. En lo filosófico esto es lo que originó el llamado Iluminismo con Hobbs, Diderot, D' Alembert, Montesquieu y Voltaire. Montesquieu publica su "Espíritu de las Leyes" (1748)".(19). Posteriormente aparece César Bonesano, Marqués de Beccaria, en el prólogo de su obra "Tratado de los Delitos y las Penas", señala lo funesto de aplicar "opiniones" que fueron utilizadas en épocas remotas, bajo circunstancias totalmente distintas, y que bajo el nombre de leyes se continuaban aplicando aun en una gran parte de Europa. -- Asimismo, habla de la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales. Señala que "todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico ... y tanto más justas son las penas, cuanto es más sagrada e inviolable la seguridad".(20)

(17) Autor citado por Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General; Ed. Porrúa -- S. A.; México; 1984; Pág. 54 y S.S.

(18) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 101

(19) IDEM.; Pág. 101

(20) Beccaria, César; Tratado de los Delitos y de las Penas; Ed. Porrúa S.A.; México; 1982; Pág. 9

Hace mención que para ser castigada una conducta, ésta debe estar prevista por la ley; que exista un "código fijo de leyes, que se deben observar a la letra, no deja más facultad al juez, que la de examinar y juzgar en las acciones de los ciudadanos si son ó no conformes á la ley escrita"(21). Señaló la importancia de que la pena estuviera en proporción al delito cometido. Que existiera relación entre el delito, la pena y las medidas de seguridad.

Período científico.- A partir de la obra de César Bonesano, se da un cambio radical dentro de la justicia penal, - pues se empieza a analizar el delito como una conducta motivada por diversos factores, siendo importante el análisis de la personalidad del delincuente y por consecuencia la correcta aplicación de la pena, misma que debía tener un doble efecto sancionador y preventivo.

Para Von Feverbach la pena es una coacción psicológica, partidario a la corriente de la existencia previa de la ley penal para calificar de delito un hecho e imponerle una pena, a él se le atribuye el principio "Nullum Crimen Sine Lege, - Nulla Poena sine Lege" , no hay delito sino lo prevee una ley.(22)

1.2 PERIODO ANTIGUO.

1.2.1 Mesopotamia.- Algunas de las culturas más remotas se ubican en Mesopotamia, lugar donde tiene su origen una de las codificaciones más antiguas e importantes de que se tie-

(21) IDEM.: Pág. 17 y S.S.

(22) Pavón Vasconcelos, Francisco; Ob. Cit.; Pág. 58

ne conocimiento y esta es el Código de Hammurabi que data -- del siglo XXIII a J. C.. En el se aprecia el carácter público del derecho penal, ya que la protección del rey sobre sus súbditos, abarca también a todos los bienes, tendiendo a proteger a las víctimas de la injusticia. Se encuentran manifestaciones de la venganza privada, venganza pública y venganza divina. La justicia pública predomina sutilmente sobre la privada, ya que en esta legislación se toma en cuenta la intención de cometer el delito.

Siendo una de sus características el gran número de disposiciones talionarias.

Art. 196.- Si alguno saca a otro un ojo, pierda el ojo suyo.

Art. 197.- Si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele - el huesos suyo.

Art. 229.- Si un maestro de obras construye una casa para alguno y no la construye bien, y la casa se hunde y mata al propietario, dése muerte a aquel maestro.

art. 230.- Y si mata al hijo del dueño, dése muerte al hijo del maestro de obras.

En el Código de Hammurabi se distingue entre dolo, culpa y caso fortuito.

Art. 206.- Si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure "no le herí con intención" y pague el - médico.

Art. 266.- Si en el establo ocurre golpe de Dios o asalto el león jure el pastor ante Dios y soporte el amo el daño que ocurrió en el establo."(23)

Podemos concluir que en éste Código se encuentra un sentido claro de la impartición de justicia para todos en forma igual, sin importar su clase social, se prevee un proceso -- justo; así como "múltiples disposiciones preventivas, y un plan de Política Criminológica; cuida que los delincuentes - pobres no queden desamparados y establece un tribunal superior de apelación."(24)

1.2.2 India.- En la India encontramos el Manava Dharma Sashtra o Leyes de Manú, que data del siglo XI a J.C. considerado por Sebastián Soler como el más completo y ordenado de to do el derecho oriental.

En este Código Indú no aparecen indicios de la Ley de - tación, pero sí de la venganza divina como se aprecia a continuación: "para ayudar al rey en sus funciones el Señor produjo desde el principio al genio del castigo, protector de - todos los seres, ejecutor de la justicia, hijo suyo y cuya - esencia es enteramente divina" (VII, 14), "el castigo es un rey lleno de energía; es un administrador hábil, es un cuerdo dispensador de la ley; está reconocido como la garantía - del cumplimiento del deber de las cuatro órdenes. El castigo gobierna al género humano...; el castigo es la justicia dicen los Sabios" (VII, 17, 18). (25)

En este Código la sanción varía de acuerdo a la casta -

(23) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 95 y S.S.

(24) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 150

(25) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 96

a la que perteneciera el transgresor.

"El hombre, como individuo, está lejos de ser libre y -- las cuatro castas forman un todo natural y casi petrificado." (26)

1.2.3 Egipto.- El derecho egipcio se encuentra rodeado del espíritu religioso, por lo que se hace evidente la aplicación del sistema de la venganza divina, ya que la pena es -- considerada como una expiación de la culpa; tal como se aplica en los Libros Sagrados, en los cuales se funden la religión, la magia y la ciencia.

Respecto a la identificación del delincuente, se encontraron antecedentes de este sistema en la costumbre que se tenía de extraer los incisivos del criminal para poder identificarlo. Por otra parte, también se utilizaron otros métodos que consistían en mutilar a los criminales, a la "adúltera se le cortaba la nariz; al estuprador se le castra; al -- falseario se le cortan las manos; á quien comunique secretos al enemigo se le corta la lengua."(27)

Se hace mención de un tratado hecho durante el reinado de Ramsés II, entre Egipto y los Hititas (1280 a J.C.) y que puede considerarse el antecedente a ciertas medidas de defensa social, ya que consiste en un tratado de extradición de -- criminales entre ambos países.

1.2.4 China.- En China durante la dinastía Chóu que data del

(26) Soler, Sebastián; Ob. Cit.; Pág. 48

(27) Dr. Gambará, L.; El Derecho Penal en la Antigüedad y en la Edad Media.; Ed. F. Granada y C. Editore.; Barcelona; sin fecha; Pág. 21 y S.S.

año 1122 a J.C., rigió un código que se ha considerado como notable para su época, ya que en el se aprecian tendencias humanitarias, impuso la pena en proporción al delito cometido, también contemplaba un procedimiento justo, de tal forma que antes de poder sentenciar a muerte a un criminal, se observaban ciertas reglas como el apelar primeramente a un consejo de altos funcionarios, luego a una comisión compuesta de funcionarios de menor categoría y por último al pueblo mismo.

Confucio (551 - 478 a J.C.) el más notable pensador chino, al referirse a los delitos, señalaba que existían cinco especies que eran imperdonables.

- 1° El que el hombre medita en secreto y practica bajo capa de virtud.
- 2° Incorregibilidad reconocida y probada contra la sociedad.
- 3° Calumnia revestida con el manto de la verdad para engañar al pueblo.
- 4° Venganza, después de tener oculto el odio por mucho tiempo, en las apariencias de la verdad.
- 5° Formular el pro el contra sobre el mismo asunto, cediendo al interés que se tenga en pronunciar una u otra cosa."

"Confucio señaló que cualquiera de estos cinco crímenes

merece ejemplar castigo".(28)

1.2.5 Israel.- Aquí impera la venganza divina, en el Penta--teuco conjunto de cinco libros que forman la primera parte - del Antiguo Testamento se consagra la legislación penal del pueblo de Israel; consagrándose el derecho a castigar a la - divinidad.

La penalidad es con frecuencia excesivamente alta, abun-- dando la pena de muerte.

En el Pentateuco, se encuentran prohibiciones tabú y -- formas de represión talional, consagrándose excepcionalmente, en algunos casos, la venganza privada. (29)

1.2.6 Grecia.- En los inicios del pueblo griego, se aprecia_ la aplicación de la corriente de la venganza divina; denotán_ dose una estrecha relación entre las fuerzas divinas y fata- les que gobiernan a los hombres. Pero posteriormente al irse consolidando su estructura política, la administración de la justicia pasa al Estado.

Puig Peña, señala que el derecho griego, primordialmente_ el ateniense "es la transición al principio político, determi_ nándose ello, en cuanto al ius puniendi, por que éste poco a - poco va articulándose en el Estado; en cuanto al delito, por - que ya no es ofensa a la divinidad, sino ataque a los intere- ses de aquel (se perfila ya en Grecia la división de los de- litos según ataquen los intereses de todos o un derecho indi_ vidual, reservando para los primeros las penalidades más crug_ les); en cuanto a la pena, por su finalidad esencialmente

(28) Rodríguez Manzanera, Luis; Criminología; Ed. Porrúa S.A.; México; 1979; Pág. 153

(29) Pavón Vasconcelos, Francisco; Ob. Cit.; Pág. 51

intimidativa; no expiatoria, como en el período anterior". _
(30)

1.2.7.- Pensadores Griegos.

Protágoras de Abdera (485 - 415 a J.C.), para él la imposición de las penas debe hacerse con el fin de ejemplarizar a los miembros de una sociedad, lo que le puede suceder a aquel que infrinja el sistema de vida ordenado, y prevenir con esto que se cometan en lo sucesivo más delitos, al respecto señala "que nadie castiga a un malechor por la razón - de que ha hecho un mal, sólo la furia irrazonable de la bestia actúa de tal manera. Pero el que desea infligir castigo racional no emplea represalias por un mal ya pasado, el cual ya no puede deshacerse. Tiene visión para el futuro y desea que el que es castigado y el que ve que es castigado, puedan ser prevenidos de volver a practicar el mal".(31)

Sócrates (470 - 399 a J.C.), señala como factores importantes la virtud personal y el conocimiento del hombre de su entorno para prevenir el delito; pues quien está consciente del daño que provoca no es capaz de infringir las reglas. Dice que el hombre malo lo es por ignorancia, por lo tanto debía esforzarse por adquirir sabiduría y conocimientos si quería ser bueno.

Por lo tanto, para él la justicia, entre otras virtudes es sabiduría. Debiéndose reeducar a los delincuentes para no cometer más infracciones. Pero si a pesar de esta rehabilitación los criminales hacen lo contrario, "esto es señal de -- que estan locos".(32). Teniéndose como locos o estultos to--

(30) IDEM.: Pág. 52

(31) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 156 y S.S.

(32) IDEM.; Pág. 158 y S.S.

dos los delincuentes que no conocen el bien.

Hipócrates (460 - 355 a J.C.), encuadra la figura del - delinciente como un ser irresponsable. Manifiesta que el comportamiento del ser humano es resultado de su temperamento, para él "todo vicio es fruto de la locura".(33)

Cita la teoría de los humores mismos que producen el - temperamento, es decir, si predomina el humor de sangre se_ tendrá temperamento sanguíneo; si es la bilis, colérico; fle_ mático si domina el moco o la flema; melancólico si es la bi_ lis negra.

Platón (427 - 347 a J.C.), describe que el hombre que - se ve rodeado o influenciado por un ambiente corrupto o de - malos ejemplos para el adecuado vivir en sociedad, es facti- ble que degenera su conducta convirtiéndose en delincuente, también señala el factor de la miseria como elemento posible de cambiar conductas humanas hacia la delincuencia. "El hom- bre se vuelve tiránico cuanto por su naturaleza o por sus -- hábitos o por ambas cosas, se hace borracho, erótico o demen_ te".(34)

Asimismo, habla no solo de la simple imposición de una_ pena cuando se trasgreden las reglas, sino del tratamiento - del delincuente para su readaptación. También cita la imposi_ ción de las penas como un ejemplo para la sociedad y preve- nir con esto la comisión de futuros delitos. "Nadie debe ser castigado por que causó un mal, por que lo que está hecho ya

(33) IBIDEM; Pág. 159

(34) IBIDEM; Pág. 160

no puede ser deshecho, sino para que, en el futuro, éste. y aquellos que lo vean castigado, puedan cabalmente odiar la injusticia, o cuando menos, disminuyan muchos de sus actos perversos."(35)

Aristóteles (384 - 322 a J.C.), en su obra titulada --- "Gran Etica", nos pone de manifiesto su pensamiento, al referirse a la justicia, diciéndonos lo que es justo y lo que es injusto.

Nos dice que la justicia es una igualdad y la injusticia es una desigualdad.

También nos menciona que si un hombre le ha arrancado a otro un ojo, no es justo que tan solo a éste, le sea sacado también un ojo, sino que debe sufrir un castigo mayor.

También nos dice, que cuando alguien obra con ignorancia, por estar en un estado de inconsciencia "en el caso de los ebrios, por ejemplo, quienes hacen mal bajo la influencia de la bebida,"(36). Comete una injusticia, pues pudo prevenir su conducta bebiendo menos, no así los niños que no son injustos, pues su ignorancia es natural y nos pone como ejemplo "la de unos niños inconscientes que dan muerte a su padre".(37)

1.2.8 Roma.- En los orígenes del derecho penal romano, encontramos que tiene un marcado carácter religioso, así que expulsaban al reo de la comunidad religiosa, así como permi---

(35)IBIDEM.; Pag. 161

(36)Aristóteles;Gran Etica; Ed. Sarpe; Traducción Juan Carlos García Borrón; España; 1984; Pág. 98

(37) IDEM.; Pág. 99

tían la reconciliación del pecador arrepentido con la divinidad.

La sociedad primitiva, está consagrada en el pater familias, que tenía el derecho a castigar hasta con la muerte a los que se encontraban bajo su potestad.

Los romanos consideraban "el delito, como violación de las leyes públicas y orden jurídico protegido, y la pena, como reacción pública contra el delito".(38)

El primer monumento legislativo del derecho romano es la "Ley de las XII Tablas", que datan del siglo V a J.C., - donde todavía persisten características talionales, así como la venganza, limitada a los casos en que la mujer fuera sorprendida en adulterio, también era aplicada a los ladrones nocturnos.

El derecho romano precisaba la diferencia, entre la delicta privada, cuando se violan intereses solamente de los particulares y la crimina pública, cuando se violaban intereses de la colectividad.

El delito privado se distinguía de los públicos por sus sanciones, la de los primeros por que el ofendido debía ejercer su acción ante el tribunal civil, y los segundos era pública y se imponía mediante la intervención del pueblo.

Los crímenes públicos, quedaron incluidos en la Lex Julia, la cual se encuentra reproducida en el Digesto. La Lex

(38) Von Liszt, Franz; Tratado de Derecho Penal.; Traducción - por Quintiliano Saldaña; Ed. Instituto Editorial Reus; - España; Sin fecha; Tomo I; Pág. 79

Julia, comprendía los delitos contra la integridad territorial, seguridad externa del Estado, la entrega de hombres al enemigo, la desertión, etc..

Los delitos privados, comprendían el parricidium (parricidio), la falsedad, hurto, perjurio, hechicería, etc..

En la delicta privata, la pena tendía a la reparación - del daño causado, en la crimina pública, a la enmienda y a la intimidación encaminados a la defensa de la sociedad.

En el derecho penal romano, no todos los individuos tienen capacidad para delinquir, y son los siguientes:

- 1° Carecían de la capacidad para cometer delitos los sujetos sin vida.
- 2° No tenían tampoco capacidad penal los muertos. El hecho del delito no cambia porque sobrevenga la muerte; pero cuando muere el autor del mismo, se hace imposible en el derecho penal privado imponerle á él personalmente la pena.
- 3° Tampoco podía emplearse el procedimiento penal romano contra aquellos que hubiesen sido segregados del campo de acción de la jurisdicción romana.
- 4° No tenían tampoco capacidad penal aquellos sujetos jurídicos á los cuales no era aplicable el concepto de moralidad. Así sucedía con toda comunidad de varias personas, aun en el caso de que el Estado hubiera concedido á las mismas capacidad jurídica.

5° Tampoco tenían capacidad penal aquellas personas que se hallaban desprovistas de capacidad de obrar, á -- las cuales no era, por tanto, aplicable la ley mo-- ral." (39)

Así sucedía con las siguientes:

- A) "Las que no habían llegado a la plenitud de la edad. Por ley natural, el hombre no adquiere la capacidad de obrar sino gradualmente; mas no solo son diversos de unas personas a otras los límites de edad en que el pleno desarrollo se consigue, sino que no son --- tampoco los mismos con respecto a las distintas acciones punibles. Este estado de cosas que dificultaba la administración de justicia penal obligó a los autores de las XII Tablas a establecer límites fijos y positivos de edad, determinando que la capacidad penal se adquiría a la pubertad y se llegaba a la -- edad necesaria para contraer matrimonio.
- B) Las que no gozaban de la plenitud de sus facultades mentales. La enfermedad mental priva de la capacidad de obrar; por tanto, los hechos realizados por los mentalmente enfermos no podían nunca ser considerados como delitos.
- C) Según la concepción romana, no era posible reconocer la existencia de otros estados del alma, como la embriaguez y la pasión, que privasen al sujeto de su capacidad de obrar.

(39) Mommsen, Teodoro; El Derecho Penal Romano; Traducido por P. Dorado.; Ed. La España Moderna; Madrid; Sin fecha; - Pág. 73 y S.S.

6° Por fin, estaban excluidas de pena todas aquellas acciones que ejecutaba uno en cumplimiento de su obligación, o que estaban permitidas por la ley."(40)

Las características más importantes del derecho romano, según Pavón Vasconcelos, fueron las siguientes:

- A) "El delito fue ofensa pública, aun tratándose de los de delicta privata;
- B) La pena constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa, correspondiendo al Estado su aplicación;
- C) La crimina extraordinaria, que integraron una especie diferente de los delitos públicos y privados, -- se persiguieron únicamente a instancia del ofendido;
- D) El desconocimiento absoluto del principio de legalidad o de reserva, originándose la aplicación analógica y, en algunos casos, el exceso en la potestad -- en los jueces;
- E) La diferencia entre los delitos dolosos y los culposos, y
- F) El reconocimiento en excepcional, de las causas justificantes de legítima defensa y estado de necesidad. El consentimiento del ofendido se reconoció, igualmente, en ocasiones excepcionales, como causa de exclusión de antijuricidad, tratándose de bienes dis-

(40) IDEM.; Pág. 82 y S.S.

ponibles y con relación a los delicta privata."(41)

Del viejo derecho romano, parten muchos de los principios que luego habrían de recoger las escuelas Clásica y positiva, sobre tentativa, legítima defensa, sobre locos e incapaces y la inimputabilidad de los menores.

1.2.9 Derecho Penal Canónico.- Este derecho tiene una amplia evolución por lo que respecta a sus relaciones con el Estado, tiene sus inicios en el Imperio Romano, adquiriendo su plenitud de poder durante el período de los papas Gregorio VI, -- Alejandro III e Inocencio III (1073 - 1216). Dicha situación se vió amparada al ser reconocida la religión primeramente - durante el Imperio Romano de Constantino, para después con Teodocio en el año 381 pasar a ser la religión oficial, siendo en muchas ocasiones influencia directa a través del poder político del Sacro Imperio Romano. Por lo tanto los atentados contra la religión católica, pasan a ser crímenes públicos; así tenemos que con la herejía el derecho penal Canónico adquiere una importancia superior a la de un simple derecho disciplinario.

Las características principales de este período son:

- 1.- La represión canónica se ejerce en nombre de la divinidad, y el poder de los juzgadores adquiere una amplia extensión e intensidad;
- 2.- Se da una confusión entre lo inmoral y lo ilícito. Los tribunales de la iglesia ejercieron una amplia potestad;

(41) Pavón Vasconcelos, Francisco; Ob. Cit.; Pág. 54

3.- Se dan los principios de imputabilidad y culpabilidad. Aunque también se da la extensión de la pena a terceros inocentes, como es el caso de la infamia - de los hijos incestuosos.

4.- Ofreció protección con su derecho de asilo o tregua de Dios. (42)

1.2.10 Alemania.- En el derecho penal germánico se encuentran las figuras de la venganza de sangre (Blutrache); y contra la ley talional se da el derecho de asilo con el cual la costumbre germánica fue modificada. El estado de Faida (sipppe), que era una situación de enemistad entre pueblos a -- consecuencia de un delito, sufre la restricción de la tregua de Dios, la venganza de sangre era en consecuencia un dere--cho y un deber de la estirpe.

También se da el sistema compositivo, con la característica de que no sólo se pagaba lo correspondiente al daño ocasionado, sino que se pagaba un plus de carácter retributivo. Existían dos tipos de pagos; y el precio de la paz, --- Friedensgeld o Fredum, en el cual el delincuente hacia composición con el Estado sobre la pérdida de la paz, recuperando así la protección de la ley colectiva.

La característica principal del derecho penal germánico, fue su objetividad sobre los hechos causados por el hombre, así como por su indistinción con respecto al concepto de ilicitud. Lo que importaba era el daño causado, por lo tanto la tentativa no era punible.

La prueba procesal se fincó en el juramento, de distin-

to valor probatorio según la riqueza agraria, tales como el juicio de agua, el del hierro al rojo vivo y el de las ordalías, ésta última consiste en la lucha entre acusado y acusador, armados con escudo y palos hasta que alguno demandara gracia.

1.2.11. México.- Muy pocos datos precisos se tienen sobre el derecho penal anterior a la llegada de los españoles, pero dentro de las ideas más generalizadas de los historiadores están las que señalan las desigualdades jerárquicas y sociales, aristocracia, guerrera y sacerdotal, flotando sobre las desigualdades económicas, oligarquías dominantes y en consecuencia una justicia penal diferente según las clases sociales.

a).- Pueblo Maya.- Entre los mayas, las leyes penales, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques -- eran los que tenían la función de juzgar, aplicando como penas principales la muerte a los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; y castigando con la esclavitud a los ladrones; si el autor del robo era un señor principal se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.

Chavero dice que el pueblo maya no usó como pena los azotes, ni la cárcel para purgar alguna pena, sólo se utilizó jaulas de madera para encerrar a los sentenciados a muerte y a los fugitivos. Las sentencias penales eran inapelables. (43)

(43) Autor citado por Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. _

b).- Pueblo Tarasco.- El derecho penal Tarasco se caracteriza por la crueldad de sus penas. El adulterio cometido - con alguna de las mujeres del soberano o Calzontzin se castigaba no solo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. --- Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompían la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se lapidaba. A quien robaba -- por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuera devorado por las aves.

El derecho de juzgar recaía en el Calzontzín y ocasionalmente la justicia la ejercía el Sumo Sacerdote o Petamúti.
(44)

c).- Pueblo Azteca.- Fue el reino de mayor importancia, eminentemente guerrero, situación por la que dominaban varios pueblos.

Vaillan manifiesta que eran dos las instituciones que protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida y éstas son la religión y la tribu.(45). La religión influía en diversos aspectos de la vida cotidiana y para los individuos era de gran importancia la obediencia religiosa; el sacerdote no actuaba en forma independiente de la autoridad civil, sino en forma dependiente de ésta, al tiempo que la hacía depender de sí, complementándose de esta forma ambas jerarquías.

(44) IDEM; Pág. 41

(45) Autor citado por Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 42

as. La sociedad azteca existia para beneficio del pueblo y - cada uno de sus miembros debían contribuir a la conservación de la comunidad.

Se dá por cierto la existencia del Código Penal de Nezahualcóyotl en el cual se estima que el juez tenía amplia - libertad para fijar las penas entre las que se contaban las_ de muerte y esclavitud, así como la confiscación, destierro, suspensión o destitución de empleo. Los adúlteros sorprendidos en la consumación del acto eran lapidados o extrangulados.

La distinción entre delitos intencionales y culposos -- fue también conocida, castigándose con la muerte el homicidio intencional y con indemnización y esclavitud el culposo; una atenuante en estos delitos era la embriaguez completa. - ..e tenía como excusa absolutoria el cometer el delito de robo siendo menor de diez años y una excluyente el que se comiera el ilícito por estado de necesidad tal como robar espigas de maíz por hambre. Instituciones similares a la venganza privada y a la ley talional se dieron en la sociedad texcocana.

De las ordenanzas de Nezahualcóyotl reproducida por Don Fernando de Alba Ixtlixóchitl se citan a manera de ejemplo - las siguientes:

"4.- Al adúltero sí le cogía el marido de la mujer en a dultorio con ella, morían ambos apedreados; y si -- era por indicios o sospechas del marido y se venía a averiguar la verdad del caso, morían ambos ahorca dos y después los arrastraban hasta un templo que_

fuera de la ciudad estaba, aunque no los acusase el marido, sino por la nota y mal ejemplo de la vecindad; el mismo castigo se hacía a los que serían de terceros o terceras".

Otros textos plasman las penas que se aplicaban por diversos delitos tales como el ladrón quien era arrastrado por las calles y después ahorcado; al homicida se le decapitaba; al que se embriagaba hasta perder la razón, si era noble se le ahorcaba y si era plebeyo perdía su libertad a la primera infracción y a la segunda se le daba muerte; a los historiadores que consignaban hechos falsos y a los ladrones del campo que robaban siete o más mazorcas, muertos.

El Códice Mendocino (1533 - 1550) habla de los castigos que se les infería a los menores infractores y cuyas edades fluctuaban entre los 7 y 12 años, tales como pincharles el cuerpo con puas de maguey y aspirar el humo de pimientos asados. (46)

El derecho penal Azteca revela excesiva severidad, principalmente en los delitos que hacían peligrar la estabilidad del gobierno o del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de delitos.

Dentro del tipo de penas que se aplicaban se encuentran el destierro, penas infamantes, pérdida del estatus de nobleza, suspensión y destitución del empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, penitenciarias y la de muerte.

(46) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 113 y S.S.

Según el investigador Carlos H. Alba (47), los delitos_ en el pueblo azteca se clasificaban de la siguiente forma: - contra la seguridad del Imperio en cuyo caso a los nobles o plebeyos que cometían el delito de traición al soberano se les castigaba con el descuartizamiento en vida, confiscación de bienes, demolición de su casa y esclavitud para sus hijos; contra la moral pública como por ejemplo a los homosexuales_ y a las lesbianas se les castigaba con la muerte; contra el orden de la familia tal era el caso del que infería injuria, amenaza o golpeara a su padre o madre se le castigaba con la pena de muerte y se le consideraba como indigno de heredar,_ por lo que sus descendientes no podían suceder a sus abuelos en los bienes de éstos; contra la libertad y seguridad de - las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio.

1.3 Edad Media.- Durante ésta etapa se da una fusión entre_ el derecho romano, el canónico y el bárbaro para dar paso -- después de muchos años al renacimiento de un derecho romano_ profundamente modificado, fenómeno que se le conoce como recepción del citado derecho romano y que se produce en España en el siglo XIII con las Siete Partidas, y en Alemania mucho tiempo después con el Código de Carlos V, llamado la Carolina, en el año de 1532.

En este período el derecho penal se caracterizó por la_ extraordinaria crueldad en las formas de ejecución de las -- penas, especialmente la de muerte, agravada con terribles -- procedimientos.

(47) Autor citado por Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág._ 43

En esta etapa en que se produce el resurgimiento del derecho romano especialmente en Italia, fue objeto de minuciosas investigaciones por parte de una serie de juristas (de 1100 a 1250 y a 1450) que se les denominaba glosadores y postglosadores, los cuales junto al conocimiento de los derechos locales recurrían al derecho romano como fuente inagotable de conocimientos, encontrando junto a éste modificaciones derivadas del derecho canónico o del local. Siendo estos juristas los que prepararon el camino del renacimiento del derecho romano y el de la Recepción.

La Recepción, la influencia de los estudios italianos se extendió por toda Europa, y de esa manera se realizó la Recepción del derecho romano, primero en Las Siete Partidas (1256), y después con la Bambergensis y la Carolina. La Bambergensis fue la ordenanza criminal para el obispado de Bamberg (1507), preparado por Juan de Schwarzenberg, cuyo propósito fue dar veracidad al ordenamiento criminal, superando el empirismo de la jurisprudencia. La Bambergensis constituyó la base sobre la cual se formó el Código Imperial de Carlos V, respetándose ciertos derechos locales, a éste código se le dió el nombre de Constitutio Criminalis Carolina.

La Carolina fue un código penal, de procedimientos penales y una ley de organización de tribunales, tiene reglamentaciones sobre pruebas legales, indicios y las cuestiones (torturas); admite la interpretación analógica, la pena de muerte aparece en múltiples ocasiones, siendo el objeto principal de la pena la intimidación; prevee diversas formas de legítima defensa, en especial para el homicidio.

La importancia de éste Código radica en que con él se logra una efectiva afirmación del carácter estatal de la actividad punitiva. Por otra parte, desaparece definitivamente

el sistema compositivo y privado, y la objetividad del derecho germánico, al admitir distintas formas de culpabilidad y la previsión de la tentativa.

La influencia canónica se muestra especialmente en el sistema inquisitivo que consagra La Carolina.

Por lo que se refiere al desenvolvimiento del derecho penal en otros países, se aprecia un desarrollo en la legislación, encontrándose también el predominio del derecho consuetudinario, supliéndose esa falta con la invocación del derecho romano.(48)

1.3.1 Derecho Español.- En el derecho visigodo parecen encontrarse en la práctica varias instituciones características del derecho germano como son la venganza, las ordalías, la expulsión de la paz, no obstante el contenido de los Códigos Visigodos, el Liber Judiciorum y el Código de Alarico II, éste último de carácter romano.

El Liber Judiciorum generalmente se conoce con el nombre de Fuero Juzgo, el cual fue dictado por Recesvinto (649-672). del libro 6° en adelante se encuentran plasmadas numerosas disposiciones penales, destacándose el carácter penal de las penas; la apreciación de diversos grados de culpabilidad; la severidad de las penas conminadas, demuestran la intención intimidatoria. Se observan la desigualdad en el trato de los delincuentes dependiendo de su condición social.

En el Fuero Juzgo, es el primer conjunto de leyes que -

(48) Soler, Sebastián; Ob. Cit. Pág. 60 y S.S.

niegan la venganza, apartándose del objetivismo del derecho-germano, al diferenciar el homicidio cometido por su grado y no por ocasión. La pena asume con frecuencia la forma de retribución talional, cobrando especial dureza para los delitos del judaísmo y herejía.

La Recepción - Las Partidas.- La Recepción total del derecho romano, con mezcla de muchos elementos canónicos la -- constituye Las Siete Partidas, del Rey Alfonso X, quien tuvo una marcada influencia del derecho romano en su formación cultural. La importancia de este Código estriba primeramente en la temprana fecha de su sanción (1256 - 1265), y en segundo lugar en la influencia que ejerció durante muchos siglos, ya que fue utilizada como fuente supletoria aun después de sancionadas las Recopilaciones. Encuéntanse las disposiciones penales de esta legislación en la partida VII, complementándose con numerosas disposiciones procesales relativas a lo penal en la Partida III. El carácter público de la actividad represiva se aprecia claramente.

La finalidad de la pena se expresa claramente en la introducción de la Partida que señala que los delincuentes deben ser escarmentados crudamente con la pena que merecen, de tal forma que quienes tuvieran conocimiento del castigo se espantaran y lo tomaran como escarmiento para abstenerse de cometer delitos. En la expiación o retribución del mal causado se aprecia el sentido intimidatorio de la pena.

Se hace la distinción de los hechos cometidos por imputables, tales como el loco, el furioso, el desmemoriado y los menores de diez años y medio. Distinguiéndose así la condición subjetiva para la imputación, estableciendo que a --

dichos sujetos no se les puede acusar, de tal forma queda -- firmemente establecido el sentido subjetivo de esta ley penal, marcando con esto la diferencia entre la simple comisión de un hecho y su comisión culpable. También prevee la -- diferencia entre el hecho doloso, culposo y el justificado, -- esto con respecto al homicidio. Contiene también ciertas formas de instigación, tentativa y complicidad.

El lado oscuro de Las Partidas es la excesiva severidad en los delitos de herejía.(49)

La Recopilación.- Después de Las Partidas se suceden -- leyes de mucha menor importancia doctrinaria e histórica: El Ordenamiento de Alcalá (1348), El Ordenamiento de Montalvo (1483), Las Leyes de Toro (1505). Hasta llegar a la Nueva Recopilación (1567), con la cual no se logró el objetivo deseado, que era el de introducir un orden en las dispersas disposiciones del derecho.

1.3.2 México y el Derecho Penal en la Colonia.- Con la conquista de América por los españoles, no solo se arrasaron -- pueblos enteros, sino también sus costumbres, tradiciones e ideologías, imponiendo a fuerza de castigos las del conquistador. Por lo tanto es de entenderse que no aparecieron vestigios de las legislaciones indígenas en el nuevo estado de cosas, no obstante las disposiciones del Emperador Carlos V, plasmadas en la Recopilación de Indias, en el sentido de respetar y conservar las leyes y costumbres de los aborígenes, a menos que se opusieran a la fe o a la moral; por lo que se puede concluir que la legislación de la Nueva España fue totalmente Europea.

(49) IDEM.: Pag. 69 y S.S.

El derecho vigente existente en la Colonia se puede dividir en principal y supletorio. El primero estuvo constituido por el "Derecho Indiano", el cual comprendía todas las leyes en sentido estricto y las regulaciones positivas existentes, aun las más modestas, independientemente de la autoridad donde hubiesen emanado, ya que en el contexto de las autoridades de la colonia, virreyes, audiencias, cabildos, etcetera, gozaban de un cierto margen de autoridad que les permitía dictar disposiciones con carácter obligatorio. El derecho supletorio estuvo integrado fundamentalmente por el derecho de Castilla.

Al fundarse la colonia de la Nueva España, su conformación jurídica fue el trasplante de las instituciones de derecho españolas al territorio americano, en este sentido se -- mencionaba incluso en las leyes de Indias, por el año de --- 1530, que en todo lo que no estuviese decidido y declarado -- por las leyes de la mencionada Recopilación o por cédulas, -- prohibiciones u ordenanzas no revocadas por las Indias, se -- "... Guarden las leyes de nuestro reino de Castilla conforme a las de Toro, así en cuanto a su substancia, resolución y -- decisión de los casos, negocios y pleitos, como a la forma y orden de substanciar."(50)

Fueron aplicados así el fuero Real (1255), las Partidas (1265), El ordenamiento de Alcalá (1348), las Ordenanzas Reales de Castilla (1484), las Leyes de Toro (1505) y al lado -- de ellas vieron asimismo su aplicación la Nueva Recopilación (1567), y la Novísima Recopilación (1805).

Diversas de estas leyes estuvieron inspiradas en el --

(50) Malo Camacho, Gustavo; Historia de las Cárceles en México; Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales; México; 1979; Pág. 47 y S.S.

humanitarismo Español y fueron dictadas en un intento de --- proteger y respetar la libertad de los indios pero no lograron su finalidad debido a varios factores, principalmente la ambición de los conquistadores y la falta de seguimiento y - vigilancia en su aplicación.

En la legislación colonial se mantenían las diferencias_ de castas, por lo que se puede deducir la existencia de un -- sistema penal intimidatorio, especialmente para los negros, - mulatos y castas inferiores, tales como tributos al rey, prohibición de portar armas, y de transitar por las calles de no che, obligación de vivir con amo conocido, penas de azotes y_ trabajos en las minas, todo esto aplicado a través de un proce_ so sumarísimo, "excusado de tiempo y proceso". (51)

Los indígenas eran tratados con leyes menos severas, ci tandose como penas los trabajos personales, por excusarles - los de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos o ministerios de la colonia, esto en caso de delitos graves; - pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque con tinuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los_ indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su_ servicio, y los mayores de trece años podían ser empleados - en los transportes, donde se carecía de caminos o bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados - con mayor rigor que en otros casos.(52)

1.4 Etapa Moderna.- Durante éste período se dá el Iluminismo en el aspecto filosófico con Hobbs, Spinoza y Locke, Grocio, Bacon, Pufendorf, Tomasius y otros integraron una corriente_

(51) Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 44 y S.S.

(52) IDEM.; Pág. 45

de doctrina que cumplió una misión histórica frente a la monarquía absoluta.

Según Novoa, iba a ser el movimiento ideológico del siglo XVIII, promovido por "el despertar intelectual y libertario" el que habría de señalar las pautas, haciendo accesible el camino, hacia una total reforma penal.

En este período diversos pensadores de diferentes países se dan a la tarea de investigar, publicar y dar a conocer las irregularidades que se venían dando por siglos en la administración de justicia, en el trato social, en lo ilógico de la crueldad en las penas, en la inexistencia de leyes reguladoras, surgiendo investigadores como César Beccaria, Montesquieu, Voltaire, Rousseau, Jhon Howard.

A).- El siglo XVIII fue la culminación, a la vez que producto de la inercia del racionalismo cerrado por Descartes un siglo anterior. En esta época el hombre examinó el mundo que le rodeaba con menos dogmas o ideas preconcebidas que como nunca antes lo había hecho.

Por ende, se le ha denominado como: La edad del Iluminismo, de las luces, de la Ilustración, etc. y a sus exponentes como: ilustrados o enciclopedistas (en virtud de un compendio de conocimientos reunidos en la famosa "Enciclopedia de Denis Diderot").

Asimismo, todos los "enciclopedistas", de Montesquieu a Kant, "coincidían en decir que los temas que más estudio requerían, y a los que se dedicaba menos, era religión y polí-

tica. En ambos eran todos unánimes. La sociedad ideal había de ser secular: sus súbditos obedecerían las leyes por motivos políticos y legales, no religiosos o tribales. Todos --- ellos coincidían también en el derecho a disentir y a la libre expresión para todo hombre de razón; en querer poner fin al gobierno arbitrario, al trato cruel a los acusados y a la tortura como instrumento de interrogatorio o de castigo. En una palabra, todos los hombres de la ilustración eran políticos liberales, en el sentido más amplio de la palabra".(53)

Fue en Francia, donde el equilibrio entre la ilustra---ción y lo establecido era casi perfecto, donde el liberalismo político de varias especies halló la expresión más clara y elocuente. Nada presentaba esta variedad con mayor brillo y claridad que los escritos de Montesquieu, Voltaire y Rousseau.

Charles Louis Montesquieu, nacido en 1689, y cuya obra maestra "Del Espíritu de las Leyes", fue el resultado de --- cuantiosas investigaciones sobre todo éstos temas.

En la citada obra, en su libro VI, capítulo IX, refiere sobre "La severidad de las penas en los diversos gobiernos", señalando que "La severidad de las penas es más propia del gobierno despótico, cuyo principio es el terror que de la --monarquía o de la república, las cuales tiene por resorte, - respectivamente, el honor y la virtud".(54)

Asimismo, estima que "Las leyes civiles no necesitan...

(53) Gay, Peter; La Edad de las Luces; Colección las Grandes Epocas de la Humanidad; Traducción Perea, Francisco; - Ed. Time Life; Nederland; E.U.A.; 1974; Pág. 17 y S.S.

(54) Montesquieu, Barón de; Del Espíritu de las Leyes; Ed.-Porrúa; Colección Sepan Cuantos; No. 191; México; 1982; Pág. 56

ser rigurosas", toda vez que "en los Estados modernos, el -- amor a la patria, la vergüenza y el miedo a la censura son_ motivos reprimentes que pueden evitar muchos delitos. La ma_ yor pena de una mala acción es el quedar convicto de ella"._ Y continúa diciendo que "un buen legislador pensará menos en castigar los crímenes que en evitarlos, se ocupará más de mo_ rigerar que en imponer suplicios".(55)

Al hablar sobre "la justa proporción de la pena con el_ crimen", estima que "es esencial que las penas guarden la -- armonía que deben tener unas con otras; lo que importa es e_ vitar mas bien un delito mayor que otro menor, lo más dañoso para la sociedad que lo menos dañoso".(56)

Se opone a la ley del Talión considerando que "los Esta_ dos despóticos están por las leyes simples y en los Estados_ modernos se admite algunas veces; pero hay una diferencia: - que en los primeros se practica con rigor y en los últimos - caben los temperamentos".(57)

Por lo antes citado, Montesquieu deberá quedar como uno más de los precursores del preventivismo, en la historia de_ las ciencias penales.

Voltaire (1694-1778), filósofo que tenía la convicción_ de que las reformas que Francia necesitaba no le vendrían -- jamás de los anquilosados "parlamentos", cuyos miembros a_ ristócratas confundían sus intereses propios con los del Es-

(55) IDEM.; Pág. 56

(56) IBIDEM.; Pág. 61

(57) IBIDEM.; Pág.63

tado. Según él, esos cambios no podían venir sino del Rey -- único capaz de ver por el bien común, por encima de los suyos propios. (58)

En su obra "Cándido o del Optimismo" publicada en 1759_ en la cual sienta parte de su pensamiento respecto de lo --- que para él, es un Estado ideal. Señala en la misma, como -- causas de la delincuencia a : el aburrimiento, el vicio y la necesidad, oponiéndose abiertamente a todo tipo de torturas_ o ignominias similares.

Juan Jacobo Rousseau (1712 - 1778), uno de los inspiradores de la gran revolución, en cuya obra "El Contrato So--- cial" (1762), sienta los principios de una sociedad ideal, - criticando a aquella en la que le tocó vivir.

En la citada obra, señala que "el contrato social tiene por fin la conservación de los contratantes (sociedad - Esta do). El que quiere el fin quiere los medios, y estos medios_ son, en el presente caso (derecho de vida y de muerte) inseparables de algunos riesgos y aun de algunas pérdidas".(59)

Considera que "la pena de muerte infligida a los criminales puede ser considerada, más o menos, desde el mismo pun to de vista: Para no ser víctima de un asesinato es por lo - que se consiente en morir si se degenera en tal. En el con-- trato social, lejos de pensarse en disponer de su propia vi da, solo se piensa en garantizarla, y no es de presumirse -

(58) Gay, Peter; Ob. Cit.; Pág. 59.

(59) Rousseau, Juan Jacobo; El Contrato Social; Ed. Porrúa_ S.A.; Colección Sepan Cuantos; No. 113; México; 1982; - Pág. 18 y S.S.

que ninguno de los contratantes premedite hacerse prender."
(60)

Más adelante se apunta que "todo malechor, atacando el derecho social, conviértese por sus delitos en rebelde y --- traidor a la patria; cesa de ser miembro de ella al violar - sus leyes y le hace la guerra. La conservación del Estado es entonces incompatible con la suya; es preciso que uno de los dos perezca, y al aplicarle la pena de muerte al criminal, es más como a enemigo que como a ciudadano. El proceso, el juicio constituyen las pruebas y la declaración de que ha violado el contrato social, y por consiguiente, que ha dejado de ser miembro del Estado. Ahora bien, reconocido como tal, debe ser suprimido por medio del destierro como infractor del pacto, o con la muerte como enemigo público, porque tal enemigo no es una persona moral, sino un hombre, y en ese caso el derecho de la guerra establece matar al vencido"(61)

A partir de la década de 1760, los países empezaron a manifestar inquietudes políticas, uno tras otro. Después en 1775, estalló la revolución norteamericana; en 1789 la de Francia aunada a la promulgación de La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual consagró la mayoría de las demandas de la Ilustración; declaraba sagrados e inalienables los derechos naturales del hombre.

Pero no sería tan fácil cambiar el viejo orden de cosas; "al amanecer el nuevo ciclo, algunas ventajas se habían ido_

(60) IDEM.; Pág.19

(61) IBIDEM.;Pág. 19

a pique y otras permanecían. pero dos cosas eran claras; la vieja Europa había muerto, y el movimiento de Ilustración, - aunque comprometido había sobrevivido".(62)

(62) Gay, Peter; Ob. Cit.; Pág. 165

CAPITULO II**ESCUELAS PENALES****2.1.- ESCUELA CLASICA****2.2.- ESCUELA POSITIVA****2.3.- LA TERZA SCUOLA****2.3.1.- LAS DOCTRINAS DE FRANZ VON LISZT****2.3.2.- LA DIRECCION TECNICO JURIDICA**

CAPITULO II

ESCUELAS PENALES.

2.1.- Escuela Clásica.- La Escuela Clásica fue la reacción - contra la barbarie y la injusticia que el Derecho Penal representaba, ya que procuró la humanización por medio del respeto a la ley, del reconocimiento a las garantías individuales y de la limitación al poder absoluto del Estado.

Este movimiento jurídico penal que tuvo sus manifestaciones en el siglo XIX y que marca el apogeo de la filosofía penal se vio favorecido en su consagración con la revolución francesa de 1789, la cual enarbolaba los ideales de que se respetara la ley y que se garantizaran las libertades individuales entre otros.

Aunque no se le puede atribuir la fundación de ésta corriente a César Beccaria, es importante señalar que su brillante libro "Tratado de los Delitos y de las Penas" sirvió como parte de las bases de esta escuela siendo su antecedente más notorio.

Antes de pasar a citar las directrices de ésta Escuela Clásica, debemos mencionar que el aglutinamiento de los representantes de esta corriente, es un tanto abierto, pues lo mismo se incluye a Rossi, Mamiani y Pessina con sus ideas sobre el espiritualismo; que a Romagnosi, Carmignani y Mancine con el naturalismo; así como todos aquellos que se oponían al positivismo; y aun los principales representantes de ésta Escuela, ignoraron que posteriormente se les consideraría como tales. A este respecto señalaremos que fue Enrico Ferri,

quien los nominó como Clásicos por considerarlo como viejo o caduco; de tal forma que conjuntó a todos los juristas prepositivistas y posteriores a Beccaria.

No obstante lo anterior, existen elementos comunes entre sus teorías como son el método lógico - abstracto, racional y apriorístico; la concepción del libre albedrío, el considerar al delito como ente jurídico; y a la pena como un mal.

En diversas épocas y en distintos países existieron figuras destacadas que integraron ésta Escuela como lo fueron Filangieri, Pagano, Romagnosi, Carmignani, Carrara, Pessina, Ellero y Lucchini en Italia; Rossi, Garraud, Servan, Trebutien y Le Sellyer en Francia; Bentham en Inglaterra; Feuerbach y Binding en Alemania; Lardizábal y Uribe, Pacheco, Alvarez y Vizmanos y Montes en España.

Los miembros de la Escuela Clásica estudian el derecho penal desde un punto de vista estrictamente jurídico; señalándose como puntos característicos de ésta corriente los siguientes.

Derecho de reprimir.- Algunos clásicos lo fundamentan en la justicia. Para Carrara el derecho de castigar se fundamenta en la justicia, considerándolo en abstracto, es decir, como un acto del hombre, en la defensa de la humanidad; resumiendo esa función de defensa en la fórmula de la tutela jurídica.

Así el Derecho Penal ya no es un mero acto represivo. -

Se procura la aplicación de éste solo contra los enemigos -- del orden social y se hace valer no por un individuo en particular, sino por la sociedad. Esto es porque el derecho penal tiene su génesis y su norma en la ley que es absoluta, - la cual constituye el único orden posible para la humanidad.

En tanto que para Pellegrino Rossi el derecho de reprimir se basa en la justicia y la utilidad, él manifiesta la - existencia de un orden moral que es obligatorio para todos - los seres libres e inteligentes. Este orden debe ser aplicado también en la sociedad, en la que éstos seres son obligados a vivir por su naturaleza, surgiendo de esta manera un orden social igualmente obligatorio, y del que se derivan to dos los derechos y obligaciones . (63)

Antonio Rosmini dice que el fundamento del derecho de - castigar es un "eterno principio de justicia". La capacidad de juzgar pertenece al superior, pero el hombre como ser inteligente puede juzgar al igual.(64)

Podemos concluir de todo lo anterior que el derecho de castigar está tutelado por el Estado, quien debiera observar y respetar los derechos del hombre. Asimismo el derecho penal es garantía de libertad, pues concede seguridad jurídica ante la autoridad.

Delito.- La Escuela Clásica se basa en el principio -- "Nullum Crimen, Nullua Poena, Sine Lege". El delito no es un ente de hecho sino un ente jurídico, por que su esencia debe

(63) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit. Pág. 235

(64) IDEM.; Pág. 236

consistir, necesariamente, en la violación de un derecho.

Para Carrara el delito es "la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso". (65)

Completa su definición basándose en la teoría de las -- fuerzas del delito, diciendo que la fuerza moral subjetiva es la voluntad inteligente del hombre que actuó; la fuerza moral objetiva es el daño moral, la intimidación y el mal -- ejemplo que provocó; la fuerza física subjetiva es el movimiento corporal realizado en el acto de delinquir; y la fuerza física objetiva es el daño material o la ofensa efectivamente sufrida por la víctima. Sólo existirá delito cuando -- las cuatro fuerzas concurren para la realización de un hecho, y de que una de esas fuerzas se destaque sobre las otras resultará la menor o mayor agravación del delito.

Para Bentham el delito es cualquier acción que se crea que debe prohibirse por consecuencia del mal que produce o que tiende a producir.

Filangieri sustenta que es toda acción prohibida por la ley. En tanto que para Romagnosi es el hecho ejecutado por persona inteligente y libre, que es injusto y nocivo para -- los demás.

Por lo antes citado podemos decir que sólo se debe cas-

(65) Carrara, Francisco; Programa de Derecho Criminal.; Traducción Ortega Torres, José, y Guerrero, Jorge; Ed. Temis Bogota; Colombia; 1971; Volumen I; Pág. 43

tigar cuando se viole un principio previsto por la ley, protegiéndose de esta manera al hombre, de la injusticia de la improvisación o invención de supuestas infracciones no previstas con anterioridad. Por lo que la realización de un hecho no se considerara como delito, si no está previamente es te hacer sancionado por la ley. Con esto se garantiza el res peto absoluto al principio de legalidad.

Delincuente.- La Escuela Clásica, considera que el actuar del hombre normal, ya sea que se oriente hacia el bien o hacia el mal, tiene tres fases psicológicas previas que son: la deliberación, decisión y ejecución. Teniendo como resultado un acto externo, es decir una manifestación que es el fin de este proceso, y que representa la libre voluntad de actuar. Por lo que el hombre tiene la capacidad de decidir entre el bien y el mal.

Siendo lo anterior la afirmación de una posición filosófica, espiritualista de carácter general, en la cual la Escuela Clásica se apoya para dar el fundamento de la ley penal. Por lo tanto, sujeto de la ley penal será, el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre.

Dejando de esta forma fuera el elemento humano y ocupándose solo de sus actos para sancionarlo ya que para los clásicos la ley únicamente toma en cuenta sus pasiones, impulsos, edad, educación y actividades, entre otras para graduar la pena.

Por lo que podemos resumir que los clásicos centran el derecho penal alrededor del delito dejando a un lado el ele-

mento humano.

Responsabilidad.- Sobre este particular, diremos que la corriente clásica sustenta que la imputabilidad está basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral.

No obstante hubo algunos tratadistas que no aceptaron el libre albedrío, y conceden a la pena un fin defensivo, -- tal es el caso de Bentham, Romagnosi y Feuerbach a quienes se les calificó como padres del positivismo.

El hombre al delinquir, lo hace conociendo el daño que produce con sus actos y esto lo realiza por que así lo ha decidido ya que tiene libre albedrío; por lo cual debe responder ante la sociedad. La responsabilidad moral pasa a ser el fundamento y la justicia de la pena.

Partiendo de la base de que los hombres tienen capacidad para elegir entre el bien y el mal ya que ésto es una -- cuestión de decisión personal. El contenido de la ley en este punto es esencialmente moral. De tal forma que para los -- clásicos existe la irresponsabilidad de los enfermos mentales, ebrios, y de los menores, y basan los conceptos de imputabilidad y responsabilidad en los de culpa y dolo.

Responsabilidad "las causas fisiológicas que deben tomarse en consideración para determinar si influyen sobre la imputación y en que casos, debido a que pueden afectar el entendimiento, se reducen a las siguientes. 1a) edad; 2a) sexo; 3a) sueño; 4a) sordomudez; 5a) locura."(66)

(66) Carrara, Francisco; Ob. Cit. Pág. 156

1a. Edad.

Para saber cuando y como la edad modifica la imputación a causa de la inteligencia del agente, es menester combinar los principios de la ciencia con la observación de los fenómenos de la naturaleza humana. Los primeros nos enseñan que el hombre no puede ser responsable de sus propias acciones, sino en cuanto es capaz de distinguir el bien del mal.

La inteligencia del niño va avanzando, conforme al progreso que va tomando con los años, y en la misma medida avanza el conocimiento del hombre de la misma medida debe surgir y progresar la imputación de sus actos.

La edad se divide en cuatro períodos.- 1° período de -- irresponsabilidad absoluta; 2° período de irresponsabilidad condicional y menos plena; 3° período de responsabilidad plena; 4° período de responsabilidad modificable en los resultados.

Primer período: Infancia (desde el nacimiento hasta los siete años) e impubertad próxima a la infancia (desde los siete años hasta los doce años). En ambas partes de este primer período no hay ninguna imputabilidad frente a la ley del Estado; hay una presunción juris et de jure de que no existe en el agente discernimiento suficiente para merecer las censuras de la justicia.

Cuando en este período un hombre muestre una precoz madurez y un extraordinario desarrollo mental, la autoridad de policía adopta medidas preventivas contra las infracciones -

que cometa.

Segundo período: Impubertad próxima a la minoridad (de los doce a los catorce años) y minoridad (de los catorce a los dieciocho años cumplidos). Se tiene una presunción juris tantum de capacidad para delinquir. Por ello, en este período el hombre esta obligado a dar cuenta de sus actos, pero le corresponden al juez examinar si obró o no con suficiente discernimiento. Si no encuentra discernimiento debe absolver, y si halla que obró con discernimiento, debe imputar el acto, pero en un grado menor que el establecido por la ley para el mayor de edad. Y es por tal razón por la que yo denomino este período de irresponsabilidad condicionada y menos plena.

Tercer período.- Mayor edad (desde los dieciocho años - cumplidos en adelante). Este período en el cual se aplica el grado ordinario de imputación, con arreglo a las condiciones especiales del hecho. En éste período la inteligencia ha alcanzado su madurez, y si otras circunstancias no le deparan alguna causa que aminore la imputación, el agente que se encuentre en él no puede esperar que los años le proporcione ninguna minorante.

Cuarto período.- Vejez. El período de la vejez y de la decrepitud, en formas diversas determinado por los fisiólogos en la vida humana, según el parecer de algunos criminalistas debe constituir un aminorante, pero esto es un error.

Ciertas especies de vejez, que resultan demasiado graves para un cuerpo quebrantado por los años, puede ser causa de disminución de la pena.

La vejez puede conducir al hombre a la imbecilidad, - y duré más cuando se prolonga, conduce a ella por proceso og dinario. Más en este caso la minorante estará en la demencia y no en los años.

2a. Sexo.

Creo que no debe verse en el sexo femenino una minorante de la imputación, el sexo puede ser causa para modificar_ la pena en consideración a la sensibilidad del reo o la demencia pública.

A esto se observa en primer lugar, que la inteligencia_ es menor en la mujer que en el hombre, y se requiere probar_ que la inteligencia de la mujer es más limitada.

La inteligencia de la mujer es suficientemente lúcida y ordenada para considerarla capaz de comprender el deber que_ le incumbe.

3a. Sueño.

Los actos cometidos durante el sueño, aun cuando los in dividuos que están sometidos al misterioso fenómeno del so- nambulismo presenten a primera vista la apariencia de haber_ sido ejecutados con inteligencia, son actos puramente maquinales y no están dirigidos por una voluntad racional, ni por la consciencia de las propias actuaciones, por esto, todos - están de acuerdo en que al hombre no se le pueden atribuir - dolo por lo que ejecuta durante el sueño.

Por otra parte se admite que al sonámbulo se le puede atribuir culpa, no ya por lo que hizo durante el sueño, sino, más propiamente, por no haber tomado precauciones cuando estaba despierto, si, consciente de la propia enfermedad, pudo preveer que está lo llevaría a violar la ley estando dormido, y no procuro impedir el mal.

4a. Sordomudez.

Admite en el alma humana el poder suplir aun la falta - de un sentido para alcanzar una clara noción de las cosas.

Nos manifiesta que las ideas abstractas como son la de_ deber, derecho y justicia, no las adquiere el hombre sino me diante la comunicación que de ella reciba, a través del oído, de parte de los demás hombres.

Los hombres sin el órgano del oído, no dispuso de me--- dios para adquirir a través de la voz ajena una clara percepción de las ideas de derecho y de justicia.

Al sordomudo se le puede atribuir capacidad de delin--- quir, por lo cual será necesario que el juez se cerciore de_ que el acusado había sido instruido de tal manera que le per mitiera formarse un recto juicio de las propias acciones, de sus consecuencias y sus relaciones con la ley penal.

Si el sordomudo resultara imputable, lo será siempre en un grado menor.

5a. Locura.

La locura, considerada como circunstancia dirimente de la imputación, puede definirse como un estado morboso que, quitándole al hombre la facultad de conocer las verdaderas relaciones de sus actos con la ley, lo llevó a violarla sin la consciencia de violarla.

De esta noción se deducen tres consecuencias.

1a) Que la sola manía intelectual o manía con delirio, puede excluir la imputación; y la excluye, sea que se presente bajo la forma de imbecilidad, de demencia o de locura.

2a) Que la manía intelectual excluye siempre la imputabilidad, cuando es vaga o total; cuando es fija o parcial -- la excluye sólo si fué eficaz, esto es, si influyó sobre la determinación para obrar.

3a) Que a mayor o menor duración de la alteración morbosa en nada influye sobre la imputabilidad, con tal que el acceso sea concomitante a la acción criminal; por lo cual hasta una locura transitoria puede excluir por completo la responsabilidad de los propios actos. Y, por el contrario, a un maniático con delirio, si delinque en el estado de intervalo lúcido, es responsable del propio hecho.

La embriaguez.

La considera una causa que modifica la voluntad del agente.

Sí la minoración de la fuerza moral en el delito lleva,

por justicia, una minoración de la imputación, siempre que - haya que admitir que la embriaguez ejerció dominio sobre la voluntad, en consecuencia lógica concederle eficacia excusante, y más aun si llegó a perturbar el entendimiento.

La embriaguez accidental nunca puede hacer surgir la -- configuración de culpa; o es completa, y entonces destruye - toda imputabilidad; o es incompleta, y entonces, debido a - que le queda al agente una facultad de conocimiento actual, - se mantiene la imputación del hecho como doloso, salvo la mi noración del dolo, como en la incompleta, culposa y voluntaria."(67)

En resumen podemos mencionar que:

- A) El sujeto de la ley penal es el hombre capaz de querer como ser consciente, inteligente y libre.
- B) La pena solo puede aplicarse a los individuos moralmente responsables. la responsabilidad es de carácter moral, ya que se tiene libre albedrío.
- C) Se considera que no tienen libre albedrío, los menores, los enfermos y los locos.

Pena.- La Escuela Clásica conceptúa la pena como un mal y como un medio de tutela jurídica, cuya medida se fija según la gravedad del delito. Considerando éste como un ente - jurídico, interesa primordialmente el daño producido por el mismo, lo que indicara la medida, clase y extensión de la pe na a aplicar, graduándola el juez, según los límites fijados en la ley.

(67) IDEM.; Pág. 156 y S.S.

Las penas son sanciones individuales, aflictivas, determinadas y proporcionadas a la entidad del daño, y en su ejecución son correctivas e improrrogables.

Para Giovanni Carmignani en su "Elementa Iuris Criminalis" hace de la utilidad social o necesidad de conservación del orden social, la fuente, y de la ley moral el límite; el objeto de la imputación civil al castigar al delincuente no es el de tomar venganza del delito cometido, sino el de esforzarse para que en el porvenir no se realicen otros delitos semejantes.(68). Así, el derecho de castigar no se basa en la justicia moral, sino en la política, que es una necesidad explicable como necesidad de hecho.

De las graduaciones infinitas de la culpabilidad y de la gran dificultad para juzgarla hace mención Antonio Rosmini para quien la pena es "la cantidad de pena ejemplar que el autor de un delito debe esperar de la sociedad."(69)

En tanto que Beccaria sostenía que la pena constituía un obstáculo político contra el delito. Bentham, justifica la pena en su utilidad o en su necesidad; Feuerbach en la amenaza precedente hecha por el legislador; Carmignani en la necesidad política; Romagnosi en el servicio que presta su amenaza para rechazar los impulsos malvados.

Carrara define la pena como: "el mal que, en conformidad con la ley del Estado, los magistrados infligen a los que, con las formas debidas son reconocidos culpables de un

(68) Autor citado por Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. cit.; - Pág. 235

(69) IDEM.

delito"(70) ...Es decir encuentra el fundamento del derecho de castigar en la necesidad de defender los derechos del hombre (tutela jurídica), el límite de su ejercicio en la justicia y el regulador de su forma en la opinión pública. La tutela jurídica es formula esencialmente diverra de la tutela social, porque ésta da a la punición un contenido enteramente material colocándola a merced de las fluctuantes exigencias de lo útil.

Después del desglosamiento de los principios principales de la Escuela Clásica que se han citado; podemos a manera de síntesis decir que a partir del célebre libro de los Delitos y las Penas del ilustre Marqués de Beccaria (1764) - el cual es una reacción contra el derecho penal existente en esa época mismo que era extremadamente cruel, sin garantías judiciales para el imputado y anticientífico en sus apreciaciones y criterios. Este sirvió como base para otros autores y otras obras, las cuales conformaron la Escuela Clásica del derecho penal; la cual organiza en forma sintemática un método orientado dentro de la legislación penal vigente en ese momento que era inorgánica y puramente empírica, casi sin -- fundamentación filosófica y doctrinaria. Con un método lógico - abstracto cuyo centro es el delito; fundando la responsabilidad penal en el libre albedrío del acusado; considerando al delito por su naturaleza jurídica como un desorden social; dando a la pena un carácter de ejemplo intimidatorio - con el fin de mantener el ordenamiento jurídico y la paz social; considerando que el delincuente es un ser humano completamente normal, y responsable por lo tanto de sus actos - en forma absoluta; fundamentando el derecho a reprimir y de aplicar penas que tiene el Estado en el contrato social que

(70) Carrara, Francisco; Ob. cit.; Pág. 43

venía desde Juan Jacobo Rousseau; llevando a los códigos penales una lista taxativa de hechos considerados como "delitos"; y reduciendo a un mínimo la actuación personal del juez penal.

La Escuela Clásica sistematiza una doctrina, pone orden y declara principios.

La influencia de la Escuela Clásica impera en los códigos penales del siglo pasado, tanto en la rama latina como en la germánica tales como el Código de 1810 en Francia; en Italia, el Código Toscano, el Napolitano de 1819 y el Zanardelli de 1889 que unifica la legislación penal italiana; en España, los códigos de 1822 y 1848, éste con sus reformas de 1850 y 1870; en Alemania, el bávaro de 1813, el prusiano de 1851 y el alemán de 1870 - 71 que, con modificaciones, rige hasta el presente.

2.2.- Escuela Positiva.- En la segunda mitad del siglo XIX se produce en los países europeos, principalmente en Italia un movimiento tendiente a reformar los principios y conceptos de la llamada Escuela Clásica del derecho penal. Teniendo éste movimiento un carácter general ya que se inicia casi simultáneamente en el campo antropológico, sociológico y jurídico.

La antropología descubre que el ser humano delincuente no es habitualmente un ser absolutamente normal, como se suponía hasta entonces. Es decir que el hombre delincuente era, habitualmente un ser humano con características psicológicas propias, que escapaban a los moldes clásicos conocidos en esa época.

Se ubicó al hombre delincuente desde el punto de vista

psicológico en una zona intermedia entre la razón y la demencia, sobre la "frontera" misma del mundo de los cuerdos y -- con un pié puesto ya en el mundo de la demencia; Lombroso los llamó "fronterizos", siendo esto la mayor aportación de la antropología y de Lombroso, además de una nueva orientación experimental en los estudios de criminología.

Por su parte la sociología pone de manifiesto que se -- había estado dando un trato injusto y cruel a ciertos delincuentes, señalando que si el hombre delincuente está más cerca de ser un verdadero enfermo que de ser un hombre perverso y malo, al delincuente había entonces que curarlo, readaptándolo y regenerándolo, y no como se hacía hasta entonces marginándolo de la sociedad por ser peligroso. También descubre la sociología las múltiples causas o influencias sociales -- del delito.

Con las nuevas aportaciones citadas, la ciencia jurídica del derecho penal también sufre cambios y evoluciones. De tal manera que ya no es posible continuar trabajando con un método meramente lógico - abstracto, considerando al delito como un ente jurídico abstracto y autónomo, ahora se hace necesaria la experimentación, es decir, el método científico, tomando como eje principal al delincuente y al ser humano -- que es primordialmente.

A continuación expondremos los criterios que caracterizaron a la Escuela Positiva y que sostenían respecto del delincuente, responsabilidad penal, delito y pena.

Delincuente.- Para esta corriente, el delincuente es un

ser semidemente anómalo, que obra habitualmente por impulsos irrefrenables de origen atávico. Señalando que el delincuente no era esencialmente igual al hombre normal, sino que --- constituía una variedad diferente dentro de la especie humana, con características anatómicas, fisiológicas y sociales propias, conociéndosele como "tipo criminal". siendo este un concepto antropológico.

Lo anterior lo concluyó César Lombroso, médico italiano, al estar observando el cráneo de un delincuente famoso, y -- observar una serie de anomalías que le hacen pensar que el - criminal, lo es, debido a ciertas deformidades craneales, y por su similitud con algunas especies animales.

El concepto de delincuente desde el punto de vista antropológico-social nos lo expone Enrico Ferri, de la siguiente manera; admite como elementos del delito los aspectos antropológicos del delincuente aunque los considera un - tanto relativos, ya que para él los elementos determinantes - son los sociales, "así como el delito es un fenómeno natural que resulta de diversos factores, así hay también una ley de saturación criminal, según la cual el ambiente físico y social, combinado con las tendencias individuales hereditarias o adquiridas y con los impulsos ocasionales, determinan necesariamente un contingente relativo de delitos. influyen -- por tanto, sobre la criminalidad de un pueblo en el orden natural las condiciones individuales y físicas y en el orden social, en primer lugar y mucho más que el código penal, las leyes económicas, políticas, administrativas y civiles".(71)

Los factores sociales que según Ferri inciden directa--

(71) Autor citado por Enciclopedia Jurídica Omeba; Ed. --- Driskill S. A. Buenos Aires; Argentina; 1979; Tomo - VI; Pág. 209.

mente sobre el delito las siguientes:

- A) De orden económico; como por ejemplo la falta de trabajo y la carestía aumentan el porcentaje de delitos;
- B) De carácter político; los que se dan casi siempre -- por falta de libertad, ya que ésta "proporciona a -- las sociedades un desahogo menos violento".
- C) De orden científico; los descubrimientos científicos influyen sobre la comisión del delito al facilitarlos en algunos casos, por ejemplo la pólvora y las armas de fuego;
- D) Factores de carácter legislativo; señalando que si -- ésta fuera poco "dispendiosa y fácil la administración de la justicia civil se disminuirían algunos de litos contra el orden público, las personas y la propiedad."
- E) De orden religioso; considera que así como una religión corrompida puede fomentar la criminalidad, si -- se le dirigiera al bien general y no al de una casta, sería un obstáculo a los delitos;
- F) De carácter educativo; citando a éste como un factor de gran importancia ya que para él, "muchísimas causas de los delitos se ahogarían en germen teniendo -- cuidado de la educación de la infancia", debiendo -- agregar a esta instrucción enseñanzas de carácter moral. Agrega que son contraproducentes los espectáculos atroces que hacen feroces a los hombres..., y --

que para disminuir el porcentaje de delitos es útil la existencia de espectáculos sanos y populares.

- G) Factor de orden familiar; todo lo que ayude y consolide la organización familiar.

En síntesis para Ferri, el delincuente es una combinación resultante de los caracteres naturales del individuo -- al nacer más la influencia producida sobre él por el medio social y los factores sociales antes citados.

Responsabilidad penal.- Para la Escuela Positiva esta responsabilidad no se basa únicamente en el libre albedrío, pues sustentan que el delincuente no es en todos los casos totalmente normal psíquicamente. Por lo que la responsabilidad social y no la responsabilidad moral es la base de la sanción; de tal forma que el imputable y el inimputable deben responder por igual del hecho delictuoso efectuado, en el caso concreto de éstos últimos, deberán ser reclusos en lugares especiales para su tratamiento como enfermos.(72)

Delito.- El delito ya no es considerado como un desorden social o ente jurídico, sino como un fenómeno natural, producido por el hombre, resultado de una desadaptación al medio social. Por lo que el delito no es conceptuado como una creación de la ley, sino que tiene existencia propia independiente de la ley. Por lo que para poder prevenirlo y combatirlo es esencial conocer sus causas, las cuales son primordialmente de carácter social.

Penas.- La pena para los positivistas ya no es una tutela jurídica, sin una medida de defensa social. Al substituir el término por el de sanción, implica el tratamiento para el delincuente con la finalidad de reeducarlo para su readaptación. Dicha sanción deberá ser proporcional a la peligrosidad del imputado; por lo que es más importante la clasificación de los delincuentes que la clasificación de los delitos. Pasando a ser más importantes las medidas de seguridad.

Las sanciones no son aflictivas, sino que son tratamientos que deben durar, lo que dura en desaparecer o disminuir la peligrosidad del delincuente, por lo que éstos períodos son de tiempo indeterminado; perdiendo la pena desde éste -- punto de vista su carácter de certeza, determinación, inmutable e improrrogable.

La defensa social excluye la idea de venganza o retribución, repudiando como insuficientes las ideas de conservación del orden o mantenimiento de la justicia.

Para los positivistas más importantes que las penas son los substitutivos penales, siendo éstos los numerosos factores de orden económico, político, científico, religioso, familiar y educativo que tienen como finalidad la prevención de los diversos factores criminógenos.

Rafael Garófalo (73), tuvo una indiscutible participación en la Escuela Positiva, ya que sin sus aportaciones, ésta no hubiera llegado a ser una verdadera escuela jurídico-penal, siendo algunas de ellas pilares del positivismo --

(73) Autor citado por Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; -- Pág. 240 y S.S.

como: A) prevención especial además de prevención general; - B) prevalencia de la especial frente a la general; C) la - peligrosidad del reo como criterio y medida de represión.

2.3.- La Terza Scuola.- Tratando de conciliar las posiciones opuestas de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva surge, con Carnevale y Alimena, la Tercera Escuela. Esta corriente toma de los positivistas, su orientación científica y el método experimental; niega el libre albedrío y está de acuerdo con el determinismo positivista pero niega que el delito sea un acontecimiento inevitable.

La pena no tiene el carácter de retribución moral; pasando a ser la sanción un medio intimidatorio cuya finalidad es la prevención general del delito.

Para Emanuele Carnevale en su obra "Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia", basa la responsabilidad en la salud, pero sin dejar de considerar a los inimputables para quienes señala que se deben aplicar medidas de seguridad. -- Considera el delito desde el punto de vista jurídico, tomando en cuenta su aspecto psicológico y antropológico.(74)

No está de acuerdo con el libre albedrío, sin embargo - acepta la responsabilidad moral. Señala la autonomía del derecho criminal frente al antropo-sociologismo criminológico; manifestando su desacuerdo contra el excesivo tecnicismo jurídico.

En tanto que Bernardino Alimena, busca coordinar los -

(74) Autor citado por Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; - Pág. 245.

aciertos de la Escuela Clásica y de la Escuela Positiva.

Para él, la imputabilidad esta basada en la dirigibilidad, esto es, que la acción sea querida por el sujeto. La naturaleza de la pena debe ser la coacción psicológica acompañada del sentimiento de reprobación moral causada por el delito.

Está de acuerdo con la existencia paralela de ramas como la sociología, estadística, antropología y psicología, para complementar la dogmática para el análisis del fenómeno criminal.

Podemos citar los siguientes puntos como enunciados de la Tercera Escuela:

- 1.- Distinguen entre derecho penal cuyo método debe ser lógico - abstracto; y criminología en la cual se utiliza el método causal explicativo.
- 2.- El delito es considerado como un fenómeno social naturalmente causado.
- 3.- No aceptan el tipo criminal, dado por Lombroso, sin embargo están de acuerdo en la existencia de delinquentes ocasionales, habituales y normales.
- 4.- Señalan la necesidad de que existan tanto penas como medidas de seguridad; rechazando la pena vindictiva, pero sin aceptar la sanción en forma generalizada.

- 5.- Para ellos prevalece el concepto de responsabilidad moral, aceptando al mismo tiempo el de peligrosidad o temibilidad.
- 6.- No aceptan ni el determinismo absoluto, ni el libre arbitrio total. Aceptan que se debe prescindir del fundamento del libre albedrío pero dentro de un marco de responsabilidad moral.
- 7.- La pena no solo debe ser retributiva, sino también correctiva y educativa.
- 8.- El delito es consecuencia de diversos factores. La imputabilidad por lo tanto se basa en la dirigibilidad de los actos del hombre.
- 9.- Para ellos, los imputables son los individuos capaces de sentirse amedrentados por el castigo, es decir, por la pena.

2.3.1.- Las Doctrinas de Franz Von Liszt.- Otra escuela, también resultado de la Escuela Positiva es la Escuela de la Política Criminal. Von Liszt y Adolfo Prins, actuaron con una finalidad práctica haciendo a un lado los aspectos teóricos, tanto de la corriente de los clásicos como de los positivistas. Extrayendo solo los elementos realmente útiles en la lucha contra el crimen.

Esto constituye una recopilación práctica de los elementos verdaderamente útiles en la defensa de la sociedad contra la delincuencia; siendo éstos primordialmente aspectos -

de política criminal.

Esta escuela tiene un carácter dúctil, adaptable y práctico desvinculado en gran parte de cuestiones doctrinales, - lo que ha dado a esta corriente su mayor importancia, ya -- que ésta orientación es la que ha influido en muchas legislaciones occidentales de fines del siglo pasado y de éste.

Von Liszt (75) define el contenido de la ciencia del derecho penal, manifestando que éste no debe ser invadido por otras ciencias de la naturaleza causal - explicativa como la criminología y la penología. El define el método lógico abstracto para la ciencia del derecho penal.

La responsabilidad encuentra su justificación en la imputabilidad del sujeto, entendiéndose por tal la capacidad de éste para comportarse socialmente.

Define al delito como una creación de la ley, aunque -- también lo considera como un fenómeno social.

Las penas y medidas de seguridad constituyen medios legales de lucha contra el crimen.

2.3.2.- La Dirección Técnico Jurídica.- A ésta corriente se le conoció también como Escuela Neoclásica, ya que representa en cierta forma una versión moderna de la Escuela Clásica. Sus principios son dogmáticos, rígidos e intransigentes.

Se desarrolla con Manzini en Italia, y se caracteriza -

(75) Autor citado por Pavón Vasconcelos, Francisco; Ob. cit.; Pág. 64

por su aversión a la filosofía al considerar que la función del derecho penal, no va más allá de hacer la "exégesis del derecho positivo". (76)

Para sus sustentantes el derecho penal es simplemente - la legislación penal vigente; la responsabilidad emana de la ley; delito es lo que establece la ley como tal; y la pena es la sanción jurídica que se aplica al que comete un delito.

Sostiene que la antropología, la sociología y la política criminal son ciencias independientes del derecho penal; y que sus descubrimientos y conquistas válidos o no, correspondían a su exclusiva esfera, de donde podía tomarlos si lo creía conveniente el derecho penal, así como podía también - tomar elementos de otras disciplinas científicas.

CAPITULO III

EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

- 3.1.- DELIMITACIONES PREVIAS
- 3.2.- LA PENA RETRIBUTIVA
 - 3.2.1.- DOCTRINAS QUE ESTAN A FAVOR DE QUE LA PENA SEA DE -
 CARACTER FUNDAMENTALMENTE PREVENTIVO
- 3.3.- LA DOCTRINA CORRECCIONALISTA
- 3.4.- DOCTRINA DEL POSITIVISMO CRIMINOLOGICO
- 3.5.- LA PENA-FIN DE FRANZ VON LISZT
- 3.6.- LA DOCTRINA DE LA DEFENSA SOCIAL
- 3.7.- REPRESENTANTES DE LA DEFENSA SOCIAL
- 3.8.- CORRIENTES DOCTRINALES DE LA DEFENSA SOCIAL
- 3.9.- POSTULADOS DE LA DEFENSA SOCIAL
- 3.10.- CUADRO COMPARATIVO

CAPITULO III

EDAD CONTEMPORANEA.

3.1.- Delimitaciones Previas.- El derecho penal pasa por una crisis de crecimiento, (fines del siglo pasado y principios de éste). Esto debido a la aparición en el ámbito jurídico de las medidas de seguridad, como medio para combatir el delito. Por lo cual, algunos sustentantes, aducen la necesidad de cambiar la terminología del derecho penal por el de criminal.

Así pues con éste nuevo criterio, se pretende hacer desaparecer a "la pena" como única solución para la lucha contra el delito. ya que fundamenta la existencia de cierto tipo de delincuentes; tales como los menores de edad, los dementes, enfermos mentales, etc.; que al no ser responsables de conformidad con los principios de la escuela clásica, escapan al ámbito de aplicación de la pena; lo que deja desamparada a la sociedad.

De esta forma se hizo ver que el sistema clásico que -- considera a la pena como único medio de lucha contra el delito, no defiende convenientemente a la sociedad, ya que quedarían impunes los sujetos peligrosos e irresponsables.

Dadas las necesidades político criminales, se hace necesario analizar los siguientes supuestos.

A) "Desvirtuar la naturaleza de la pena, convirtiéndola en un medio puramente preventivo".

B) "Respetar el carácter retributivo de la pena e integrar el sistema penal cuyo fundamento no fuese la retribución y estuviera destinado específicamente a la prevención". (77)

Franz Von Liszt con su teoría de la pena - fin, esta a favor de la primera postura.

En tanto que Carlos Stoos apoya la segunda.

De ésta forma se introducen las medidas de seguridad -- que tendrán una función preventiva y servirán para complementar a la pena retributiva. Surge la solución dualista aportada por Stoos, con lo cual a partir de este momento el derecho penal contará para la lucha contra el delito, con la pena retributiva (culpabilidad) y también con las medidas de seguridad fundadas en la peligrosidad criminal del sujeto. - (78)

3.2.- La Pena Retributiva Como Medio de Lucha Contra el Delito.- Esta corriente es apoyada por la mayoría de los juristas clásicos, quienes en su mayoría son retribucionistas y consideran la pena como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Así el mismo Carrara define el carácter retributivo de la pena como "el mal que, en conformidad con la Ley del Estado, los magistrados infligen a los que, con las formas debi-

(77) Barreiro, Agustín Jorge; Las medidas de Seguridad en el Derecho Penal Español; Ed. Civitas; Madrid; 1970: Pág. 25

(78) IDEM.; Pág. 26

das son reconocidas culpables de un delito".(79)

Por su parte Antonio Rosmini conceptua a la pena como -
"la cantidad de pena ejemplar que el autor de un delito debe
esperar de la sociedad".(80)

La corriente retribucionista, partiendo de una serie de
principios doctrinales, justifica y fundamenta su política de
lucha contra la delincuencia, en los siguientes postulados:

- 1.- El delito es un desorden, es decir, un desequili-
brio que ha de anularse a través de la pena, ésta -
tiene como fin primario el restablecimiento del or-
den interno de la sociedad.
- 2.- La retribución exige la proporcionalidad entre la -
gravedad de la pena y la ilicitud del hecho y la --
culpabilidad del delincuente.
- 3.- La imposición de la pena retributiva presupone una_
responsabilidad moral (el reproche de culpabilidad_
del sujeto); éste postulado implica el admitir que_
el hombre es libre, es decir, que tiene libertad de
determinación de su conducta, por ello se dice que_
la causa del delito no esta en la personalidad huma_
na, sino en la libertad de la que abusa el delin-
cuenta.
- 4.- La pena esencialmente retributiva es el medio funda

(79) Carrara, Francisco; Ob. Cit.; Pág. 43

(80) Autor citado por Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; -
Pág. 235

mental de lucha contra el delito.(81)

Por lo antes mencionado, vemos que la pena se aplica en base a los principios de imputabilidad y libre albedrío. La teoría de la imputabilidad considera al delito en relación con libre albedrío, así la pena será aplicada cuando el delincuente resulte imputable, es decir, con capacidad para entender el significado jurídico del hecho cometido y para actuar conforme a ello. Mediante la justa retribución, la pena constituye un importante medio de tutela jurídica y un instrumento imprescindible para la justicia penal. Cabe señalar que es de carácter racionalista ya que, "desprecia todo el elemento o dato social del derecho y lo reduce a un sistema de normas que la razón construye sin tomar en cuenta la realidad".(82)

Sin embargo, estos intentos de subsistencia de la pena retributiva como único recurso para combatir el delito, resulta infructuoso debido al aumento de la criminalidad. A finales del siglo pasado se hace evidente la desconfianza e inseguridad de la sociedad en relación a la tutela jurídica de la pena, ya que debido a las limitaciones del sistema retribucionista, enfocado exclusivamente al delito, excluye del ámbito de la sanción penal a un gran número de delincuentes habituales. La estadística criminal, testifica el fracaso de la pena retributiva, al demostrar que la criminalidad seguía creciendo.(83)

Por otro lado, la sociedad tampoco se encontraba protegida convenientemente contra los delincuentes inimputables -

(81) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 30 y 55

(82) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 237

(83) IDEM.; Pág. 237.

que, al no ser responsables no podían ser castigados. De tal forma, el sistema retributivo como única vía, había fracasado a causa de una serie de factores que es conveniente destacar. Primeramente, desde el punto de vista de su estructura, se encontraba con la limitación que implica consagrar el --- principio de responsabilidad moral como criterio único para la pena. Dejando de esta forma fuera del ámbito penal a los delinquentes más peligrosos.

Asimismo, se aprecian una serie de inconvenientes, tales como el constante aumento de la delincuencia, el problema de la delincuencia juvenil, el gran descuido en que se encontraban los establecimientos penitenciarios, etc.; evidenciaban el fracaso de la organización del sistema; por lo que se imponía que el derecho penal para proteger a la sociedad y luchar eficazmente contra la delincuencia, debía tomar --- otras soluciones, completando sus funciones propiamente retributivas a través de la incorporación de nuevos medios con un cometido exclusivamente preventivo. (84)

3.2.1 Doctrinas que están a favor de que la pena sea de carácter fundamentalmente preventivo.- La historia de las teorías penales contemporáneas, tiene sus comienzos en épocas de la Ilustración, que con sus postulados críticos respeta --- los principios consagrados en la justicia criminal del siglo XVIII e imprime un cambio radical en la política de lucha -- contra el delito. Los reformistas pretenden corregir los abusos derivados de las penas excesivas, demostrando la ineficacia del exceso de la crueldad para los efectos de la prevención general, proponiendo para tales fines dos elementos moderadores: 1) La legalidad de los delitos y de las penas --- frente al desmedido arbitrio judicial; 2) La proporcionali-- dad entre los castigos y las infracciones en oposición a la

(84) IDEM.; Pág. 36 y S.S.

crueldad innecesaria.(85)

En la época de la Ilustración fue el jurisconsulto español Don Manuel de Lardizábal y Uribe (1754-1820), (86), --- quien elaboró la fórmula completa de los fines de la pena, - la cual "no sólo ha de buscar una finalidad general utilitaria, como es la seguridad de los ciudadanos y de la República; sino también otros fines particulares" entre los que se destaca la corrección del delincuente. Así junto a una concepción utilitaria de la pena, el jurisconsulto español, inserta con carácter preponderante el elemento ético de la enmienda del delincuente. de esta forma, destaca la relevancia de la prevención especial en los fines a conseguir por la pena. Posteriormente y a raíz de los acontecimientos ya señalados se inicia el desarrollo liberal de una serie de corrientes, en busca de la verdadera solución en pro de corregir los viejos vicios.

3.3. La Doctrina Correccionalista.- Esta teoría tiene su origen en Alemania, durante la primera mitad del siglo XIX; para cierto sector doctrinal, el nacimiento de la Escuela Correccionalista se da en el año de 1839, que es cuando Carlos David Augusto Roder, publica su "folleto sobre la pena correccional", en el cual expone lo que sería la nueva doctrina penal. Fiel reflejo de la doctrina Kraussista, el correccionalismo se traduce en una teoría moralista. El fundamento y fin de la pena y el criterio para establecer su género y grados, se contiene en el concepto que Roder postula de aquella. Para él, la pena es el medio racional y necesario para ayudar a la voluntad injustamente determinada de un miembro

(85) IBIDEM.; Pág. 39

(86) Autor citado por Jiménez de Azúa, Luis; La Ley y el Delito; Ed. Sudamericana; Buenos Aires; Argentina; 1980; Pág. 38

bro del Estado a ordenarse por sí misma, porque y en cuanto la desarmonía que nace de su desorden, perturba la armonía-- del organismo racional de aquél.(87)

La delincuencia es para los correccionalistas, una causa limitadora de la capacidad real y jurídica del individuo. El delincuente resulta incapacitado para hacer buen uso de una completa libertad exterior y de su derecho a ella. Se ha de considerar al delincuente como a un menor de edad y necesitado de una segunda educación hasta que se capacite para usar convenientemente su libertad exterior, es decir, mientras no se haya corregido.

Con la Doctrina Correccionalista, el derecho penal comienza a mirar al hombre delincuente y no preponderantemente al hecho delictivo. La pena se dirige al hombre real, vivo y efectivo, es decir a su total y exclusiva individualidad. La pena correccionalista es fundamentalmente un bien para el --delincuente y par el Estado, ya que al constituir un medio --psíquico respecto a aquel, restablece juntamente en su rigor y autoridad a la ley. El único fin esencial de toda pena justa es, para Roder, ejercer un influjo bienhechor sobre el --ánimo del penado en su pensamiento, sentimiento y voluntad; de esta forma la pena viene a constituir un tratamiento penal o protección tutelar del delincuente.

Es precisamente este "fin único y exclusivista (de corrección o enmienda moral del delincuente) de la pena lo que caracteriza y diferencia la Escuela Correccionalista de otras tendencias doctrinales.(88)

(87) IDEM.; Pág. 59

(88) IBIDEM.; Pág. 60

El correccionalismo contribuyó en destacar los puntos críticos del sistema represivo y con su doctrina cooperó también, a dar el importante paso encaminado a un derecho penal preventivo. Es preciso reconocer que, si bien, la teoría correccionalista, los acerca a la lucha contra la delincuencia, sin embargo, peca un tanto de utópica al no plantearse los problemas de los delincuentes no enmendables y el de las posibilidades de la administración pública, con relación al financiamiento de los costosos procedimientos necesarios para cumplir su objetivo. Fue esta corriente la que destacó la importancia del papel que ha de desempeñar el delincuente, - (como ser humano) en el estudio del delito.(89)

3.4.- Doctrina del positivismo criminológico.- La escuela positiva puso de manifiesto el fracaso de la escuela clásica ante la imposibilidad de otorgar una adecuada protección a la sociedad contra la delincuencia. Aduciendo una mínima eficacia de la pena, al no poder impedir los factores físicos y sociales del delito tales como: el clima, los problemas económicos y políticos, las costumbres, la educación, el aumento de la población; los cuales eran causa directa del aumento de la delincuencia.

Rafael Garófalo en sus trabajos "Estudios Recientes Sobre la Penalidad", "Criterio positivo de la Penalidad" y --- "Criminología", sustenta que la sanción no debe adaptarse a la gravedad del delito (escuela clásica), ni al deber violado sino a la temibilidad del delincuente.(90)

(89) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 42

(90) Beristain, S.J. Antonio; Medidas Penales en el Derecho contemporáneo; Ed. Reus, S.A.; Madrid; 1974; Pág. 44 y S.S.

Enrico Ferri, está en contra del libre albedrío, negando su existencia como elemento presente en la comisión del delito.

También manifiesta su inconformidad que la pena sea considerada como una panacea contra todos los impulsos criminales y para todo tipo de delincuentes; pues aduce que esto no es posible debido a la complejidad de factores criminales de diverso carácter y energía. La pena ha pasado por una serie de fases evolutivas siendo la última la ético - jurídica, en la cual tiene un carácter de retribución de culpa moral, mediante la aplicación de un castigo. Dando paso a la fase social, en la cual la pena pasa a ser un conjunto de medios sociales, preventivos y represivos, que respondan mejor a la naturaleza y más eficazmente contra las causas del delito y al mismo tiempo, preservan de una forma más humana a la sociedad. (91)

Asimismo Ferri, sostiene que ante el aumento de la criminalidad y la imposibilidad de controlarla mediante la pena; se debe dejar a un lado el fetichismo de ésta y recurrir a los "substitutivos penales", "que son más antídotos de los factores sociales de la criminalidad"(92). Tales medios preventivos no cooperan con la pena sino que la sustituyen.

La finalidad de la pena es la defensa y la conservación del organismo social. La responsabilidad del delincuente radica en el hecho de vivir en sociedad, y la sanción social no depende de la culpa moral del sujeto, sino que varía se--

(91) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit. Pág. 45

(92) IDEM.; Pág. 46

gún las circunstancias especiales de éste, del acto cometido y de la sociedad en que vive. Los delitos aumentan por causa de las condiciones citadas que no tienen nada que ver con la pena.

Los positivistas menospreciaron el papel insustituible que cumplía la pena exclusivamente retributiva, y creyeron solucionar el problema de la criminalidad a través de la política de prevención social. Por otro lado, justo es reconocer que fueron ellos quienes pusieron de manifiesto la insuficiencia y limitaciones del sistema clásico y estableció -- nuevos medios preventivos destinados a la lucha contra la peligrosidad o temibilidad del delincuente. (93)

Los principios de la Escuela positiva que sirven de apoyo al preventivismo son los siguientes:

A).- La Defensa Social.- Los positivistas italianos hablan indistintamente de defensa social y de justicia social. La sociedad y derecho, son dos términos correlativos y, defensa jurídica o defensa social es la misma cosa. La fórmula "necesidad de defensa o conservación social" no es solo equivalente sino, según Ferri, mucho más exacta que la de "defensa jurídica".

La sociedad es considerada como un organismo al igual que el cuerpo animal. El Estado y la sociedad, como verdaderos organismos vivientes tienen derecho a la propia conservación y están sujetos a la necesidad de la propia defensa; de

(93) Jiménez de Azúa, Luis; Ob. Cit.; Pág. 51 y 55

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

esta concepción de la sociedad, se llega a justificar la eliminación del individuo delincuente en base, a la finalidad - conservadora del organismo social, expulsando a los miembros que no muestran la actitud necesaria de adaptación a su medio ambiente.

La justicia penal, queda reducida para los positivistas, a una función clínica preservativa de la sociedad; aquella - debe transformarse en una función de preservación contra la enfermedad del crimen y fiarse más de las medidas y del método de preservación social, que de la violencia de una represión brutal, siempre impotente para suprimir los efectos --- mientras que dejan de subsistir sus causas. (94)

El fin último de los postulados positivistas se encamina a la idea de defensa social.

B).- El determinismo.- Los positivistas, basados en los datos proporcionados por la antropología criminal, consideran al delincuente, como un sujeto anormal. Su anormalidad cambiante criminal en una clase especial, que por anomalías orgánicas o físicas representan dentro de la sociedad humana, a las primitivas razas salvajes en las que las ideas y los sentimientos morales si existen, en embrión. (95)

En relación a este problema, Ferri, considera que en la formación del sujeto delincuente, actúan tres factores que son:

(94) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 76.

(95) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 275 y S.S.

Antropológicos.- Constitución orgánica del criminal; - constitución psíquica (inteligencia, sentido moral, -- etc.); caracteres personales (raza, edad, sexo, etc.).

Físicos.- Clima, suelo, temperatura, etc.

Sociales.- Densidad de la población, religión, moral, - educación, alcoholismo, etc.(96)

Como consecuencia de éstos postulados deterministas, se niega el principio de libre albedrío, lo cual se hace teniendo en cuenta las aportaciones de la fisiopsicología positivista. Al aprobar que se trata de una mera alusión de la observación psicológica subjetiva, y de las dificultades teóricas y prácticas inaccesibles; dejando campo libre a una multitud de subterfugios, para falsas deducciones de los nuevos e incontestables datos que suministra el estudio del hombre, paralizando la justicia penal.

Los positivistas asientan los pilares de su sistema en base a los siguientes principios:

De Responsabilidad Social, en el cual el sujeto será imputable, por el simple hecho de vivir en sociedad.

De peligrosidad, que viene siendo el criterio a utilizar, para adaptar la sanción penal a la personalidad -- del delincuente.(97)

C).- La peligrosidad.- Los conceptos de responsabilidad e imputabilidad morales, basados en procesos filosóficos, --

(96) Ferri, Enrique; Principios de Derecho Criminal; Traducción Rodríguez Muñoz, José Arturo; Ed. Reus S.A; Madrid; España; Pág. 275.

(97) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit. Pág. 77

son sustituidos por una nueva fórmula que Garófalo llamo - "temibilitta", conociéndose posteriormente como peligrosidad.

La "temibilitta" consiste en la perversidad constante - del delincuente y la cantidad de mal previsto que se teme -- de parte del mismo.

El medio penal de lucha contra el delito, se determinará por elección de las condiciones en las que puede presumir se que cesará la "temibilitta" del sujeto y a su menor o mayor readaptación a la vida social.

La peligrosidad es considerada como la causa de la "temibilitta" y el fundamento de la sanción criminal; ésta viene a unificar en sí, los fines de prevención general y especial, siendo el medio más eficaz para impedir nuevos delitos. (98)

Dentro del concepto de peligrosidad, Enrique Ferri reconoce dos momentos que son: la peligrosidad social (antes de la comisión del delito), y la peligrosidad criminal (después de la comisión del delito). Para Ferri, la peligrosidad social constituye, el fundamento jurídico de las medidas preventivas de la policía de seguridad, éste tipo de peligrosidad puede existir antes y con la independencia de la comisión del delito.

La peligrosidad criminal se da cuando el sujeto ha cometido el delito; para su valoración se deben tomar en cuenta los siguientes criterios. (99)

(98) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 240 y S.S.

(99) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 79.

- A).- La gravedad del delito.
- B).- Los motivos determinantes.
- C).- La personalidad del agente.

Junto a la peligrosidad, aparece el pensamiento positivista el concepto de responsabilidad social, mismo que se convierte en la base de la defensa de la sociedad; según esta teoría el delincuente es imputable porque vive en sociedad y consecuentemente debe ser responsable de las infracciones cometidas por él, ya que de acuerdo a lo que señala Enrique Ferrí, la ley penal posee un imperio absoluto sobre todos, normales y anormales más o menos peligrosos, por lo que todo delincuente responderá de sus actos frente a la justicia, sin importar sus condiciones físico - psíquicas y su normalidad y anormalidad en el momento del ilícito.(100)

D).- El utilitarismo.- Entre los positivistas italianos, predomina la función defensiva y conservadora de la sociedad.

La justicia para los positivistas consiste en buscar y aplicar una relación de conveniencia y utilidad social, entre el acto peligroso y el medio más apropiado para impedir que se repita. La justificación de las medidas preventivas se encontrará en la idea de utilidad.

El positivismo, creyó poder construir el derecho penal sobre bases deterministas, desechando toda idea de retribu--

ción. substituyendo el derecho penal por la defensa social y sus conceptos de peligrosidad, utilitarismo y "una serie de medidas incoloras" no solo ética sino también jurídicamente consideradas. (101)

3.5.- La pena - fin de Franz Von Liszt.- Dentro de este período de crisis de la pena retributiva, ocupa un lugar destacando la teoría de la pena-fin o pena - defensa de Franz Von Liszt.

Con Liszt la política criminal tiene un punto de partida antropológico - sociológico: las "causas del delito"; a través de otro axioma político: la "defensa social", es una de sus fórmulas: la "lucha contra el delito", ...del que la crítica y reforma de las leyes penales es un desarrollo técnico, variable en relación con las circunstancias. Así entra la política criminal en la ciencia del derecho penal:

- 1.- El fin en el derecho.- El derecho es por su naturaleza, la protección de los intereses - dijo Ihering- (102); la idea de fin da fuerza generadora al derecho.

El derecho, en fin tiene una "estructura teleológica".

- 2.- Fundamentación jurídica de la "pena finalista" --- (zweckstrafe). La idea de fin en el derecho penal --- (Dic Zwcksedanke im strafrecht). La "pena finalista", es tan antigua como la pena misma y sus teorías"; pero su fundamentación jurídica se debe a -

(101) IBIDEM; Pág. 82

(102) Autor citado Por Von Liszt, Franz; Ob. Cit.; Tomo II; Pág. 64.

Liszt.

La iniciativa personal de Liszt, su originalidad - consiste en aplicar al derecho penal las derivaciones de la idea de fin, desarrollada por Ihering en - la filosofía del derecho.

- 3.- Prioridad.- La idea de fin, en la pena, existió, -- sin embargo, mucho antes que la idea de fin en la - teoría general del derecho; y la política criminal_ nació cuando aun no se había soñado en hacer la metafísica del derecho, que aparece en Ihering.

Ferri había condicionado la pena al sintomatismo inicial de los motivos.

En Alemania se sistematiza la teoría.

El carácter antisocial del delincuente, se determina según: A) la influencia del acto sobre un tercero; B) importancia de los bienes dañados o atacados; C) de la mayor o menor temibilidad del ataque, y D) de los intereses sociales; así, en el llamado "derecho penal de sentido", la pena criminal o pena de sentido tiene por fin la protección de los intereses comunes, según la medida de aquel sentido, cuyo postulado es su "proporción" con la pena. (103)

La doctrina de Liszt, tiende hacia un concepto utilitario de pena, su postura doctrinal es ecléctica, sin renunciar a un cierto retribucionismo. La única pena retributiva

(103) Idem.; Pág. 64 y S.S.

fecunda y que puede mantenerse es, la pena defensa.

La pena defensa se determinará no a través del concepto del delito, sino en base a la acción del delincuente. Para Franz Von Liszt represión y prevención, no se encuentran en oposición, tampoco están en un mismo plano, la pena es prevención a través de la retribución, prevaleciendo la idea de prevención especial sobre la prevención general.

Las clases de pena se determinan de acuerdo con sus fines esencialmente de corrección, intimidación o inocuización. La pena esta destinada a realizar las funciones siguientes:

- 1a.- "Corregir a los criminales susceptibles de corrección.
- 2a.- Intimidar a los no necesitados de corrección.
- 3a.- Inocuir a los incorregibles" (104)

3.6.- La Doctrina de la Defensa Social.- La Escuela Positiva adoptó como fundamento amplio la defensa social; pero sin hacer de ella su propia y principal base de sustentación. La corriente positivista parte del estado peligroso del delincuente atendiendo a la defensa social. (105)

Este movimiento de Defensa Social nace con el fin de -- salvaguardar la dignidad y la personalidad del delincuente.- se llegó a rehusar la noción de pena, hablando de antisocialidad (Gramática), aunque sin dejar de mantener el principio

(104) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 52

(105) Carrancá y Tujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 159

de responsabilidad (ancel). Posteriormente el movimiento de de defensa social se convirtió en movimiento de política criminal, que incorpora a la criminología y penología. (106)

El concepto de "defensa social" fué manejado por Enri-- que Ferri, que lo entendía como la salvaguardia social fren-- te a los actos que son contrarios a las condiciones de la - existencia individual y colectiva.

Aun pudiendo considerarse como precursores de esta doc-- trina a Romagnosi, Bentham y Feuerbach, es indudable -- que su desarrollo como escuela propiamente dicha se debe a - Filippo Gramática y a Marc Ancel. (107)

Para el distinguido jurista Agustín J. Barreiro, es --- Adolfo Prins quien propaga esta doctrina señalándolo como pa dre de la defensa social.

3.7.- Representantes de la Defensa Social.- Filippo Gramática.- Representante italiano, considera como líneas directrices de su teoría las siguientes:(108)

- a) "El Estado debe orientar su función hacia la elimina ción de las causas del malestar del individuo en la sociedad.
- b) Para afirmar el orden querido por la ley, el Estado no tiene derecho de castigar, sino el deber de socia lizar.

(106) Rodríguez Manzanera, Luis; Ob. Cit.; Pág. 247

(107) IDEM.; Pág. 248

(108) IBIDEM.; Pág. 248

- c) La obra de socialización debe realizarse no con penas, sino con medidas de defensa social, preventivas, educativas y curativas.
- d) La medida de defensa social debe adaptarse al sujeto en concreto, en relación a su personalidad (antisocialidad subjetiva) y no en relación (responsabilidad) al daño causado (delito).
- e) El proceso de defensa social empieza por la determinación de la naturaleza y grado de antisocialidad -- del individuo y se completa, siempre judicialmente -- con el agotamiento de la necesidad de aplicación de la medida, al igual que el tratamiento del enfermo -- concluye con su curación.
- f) Entendemos pues, aquí, por defensa social, la negación junto con la pena, del derecho de castigar, es por tanto un sistema jurídico sustituto del derecho penal y no integrante del mismo."

Por su parte el francés Marc Ancel, esquematiza sus -- ideas en los puntos siguientes: (109)

- a) "La defensa social presupone una concepción general del derecho penal que viene no a castigar una falta y sancionar con un castigo la violación consciente -- de una regla legal, sino a proteger a la sociedad -- contra las empresas criminales.
- b) La defensa social pretende realizar la protección de

manera natural por un conjunto de medidas generalmente extra-penal, en el sentido estricto del término, destinadas a neutralizar al delincuente, sea por eliminación o por segregación, sea por la aplicación de métodos curativos o educativos.

- c) También busca promover una Política Criminal que depaso a la prevención individual sobre la prevencióncolectiva.

- d) La acción de resocialización no puede desarrollarsemas que para una humanización cada día mayor del nuevo Derecho Penal que buscará mover todos los resortes del individuo, darle confianza en sí mismo, darle el sentido de los valores humanos, esforzándose -
por asegurar y respetar los derechos inherentes a su
calidad de hombre.

- e) Esta humanización del derecho y del proceso penal no será solamente el efecto de un movimiento humanitario o sentimental, sino que se apoyará todo lo sólidamente posible en el conocimiento científico del hecho criminal y de la personalidad del delincuente."

Adolfo Prins en su obra "La Defensa Social y las Transformaciones del Derecho Penal" (1920), expone lo que para él
son los puntos fundamentales de ésta corriente.(110)

- a) "El principio de Defensa Social, es el punto básicode la doctrina; el fin perseguido será el salvaguardar mediante medidas adecuadas, el patrimonio de seguridad y moralidad social.

(110) Barreiro, Agustín Jorge; Ob. Cit.; Pág. 68 y S.S.

- b) La noción de estado peligroso, ha de figurar en un primer plano; se admite la posibilidad de existencia del estado peligroso, sin delincuente y por lo tanto se reconoce el derecho de intervención del Estado, - en donde todavía no hay delito.
- c) La tarea fundamental del Estado en el futuro, será - la de conciliar el máximo posible de sufrimiento individual.
- d) La lucha sobre el delito se llevará a cabo a través de medidas de defensa, basadas en el juicio de peligrosidad, que serán complementadas mediante una --- acción preventiva de carácter social".

3.8.- Corrientes Doctrinales de la Defensa Social.- Dentro de la corriente de la Defensa Social, Rehban, señala tres Direcciones que son las siguientes: (111)

- 1.- La Dirección de Génova o Extrema. Al lado de Gramática, se citan nombres como Mergen, Mendoza y Ma---ttia.
- 2.- La Dirección de París o Moderna. Marc Ancel y Levasseu.
- 3.- La Dirección Conservadora. Nuvolone, Guarneri, Jeschek y Frey.

1.- La Dirección de Génova o Extrema, cuyos postulados sustentados por Filipo Gramática ya citados en hojas anteriores; en los cuales el ilustre genovés, pretende que su sistema de defensa social sea no solo integrativo, sino sustitutivo del derecho penal; siendo considerada su postura por otros - defensistas, como irrazonable y extremista.

2.- La Dirección de París o Moderna, la cual tiene en - Marc Ancel a su máximo expositor y cuyas directrices también han sido expuestas en hojas anteriores. La tendencia de ésta doctrina defensiva aparece en forma estructurada, siendo la más libre de extremismos utópicos. Su criterio se distingue de otras corrientes, por una elaboración más razonable - de sus postulados. Siendo el propio Marc Ancel quien bautizó a su teoría, añadiendo a la Defensa Social el calificativo de "nueva".

Marc Ancel cita las diferencias entre su postura y la - Defensa Social, las cuales son las siguientes: (112)

a.- El problema del libre albedrío, es indiferente para la Defensa Social, mientras que la nueva tendencia lo supone existente.

b.- La nueva Defensa Social es activa y actuante, pues trata de combatir y conseguir anular el peligro, frente a la Defensa Social, que es pasiva, tratando de impedir la producción del daño.

c.- La nueva Defensa Social posee una gran gama de medidas para la lucha contra el delito, frente al marco de --- acción reducido de la Defensa social que abarca a los multi-reincidentes y anormales. Por otra parte, la nueva Defensa Social, se opone al positivismo, según lo cita el propio Ancel, en cinco puntos de vista diferentes:

1.- La doctrina de la nueva Defensa Social, rechaza resueltamente el determinismo positivista.

2.- Se desconfia en las clasificaciones de delincuentes y lo que interesa es la explicación de la dinámica del crimen, buscando las razones individuales que descencadenan el hecho delictivo.

3.- Se restauran las nociones de libre albedrío y de responsabilidad.

4.- Las medidas de seguridad deben ser sometidas a un regimen de legalidad y a una intervención judicial; y

5.- La nueva Defensa Social pretende, llevar a cabo una acción social que supera igualmente, tanto a la investigación científica, como la simple técnica jurídica.

El jurista Agustín Barreiro expone otros puntos de vista al respecto, señalando el lugar destacado que ocupa el tratamiento del delincuente, reorganizándose el cuadro actual de medidas de seguridad en un sistema unitario de defensa social; así pena y medida de seguridad pueden ser igualmente utilizadas teniendo en cuenta la personalidad del individuo. Se utilizará una u otra medida, sin necesidad de calificarlos jurídicamente, ya que lo importante es el contenido y no su denominación jurídica.

En esta nueva orientación política criminal, no hay unificación sino integración de la pena y medida de seguridad, - en el sistema unitario de sanciones penales dirigido por criterios a la vez físicos, sociales y morales. La guía de la política criminal será la eficacia de la sanción con respecto al individuo que es objeto de la misma.

Dentro del programa de lucha contra el delito, la nueva-defensa social, no renuncia a la pena y al castigo retributivo y admite también las medidas de seguridad predelictuales - en base a la realidad sociológica de protección social.

La desjuridización que es característica fundamental de este movimiento doctrinal, abarca también el sistema de lucha contra el delito, originando una grave confusión que tendrá una consecuencia no poco lamentable para la seguridad jurídica a que tiene derecho el individuo. (113)

3.- La Dirección Conservadora. Esta teoría, es la que más se acerca al derecho penal clásico; considerándose a Nuvolone como el más genuino de sus representantes. El cual -- sustenta, que el individuo es un sujeto activo que tiene derecho a manifestar sus exigencias, reclamando su resocialización. Asimismo, se muestra partidario de la unificación pena-medidas de seguridad, considerando absurda su bifurcación toda vez que se fundirán en diversos grados, sanción y recuperación, según el tipo de culpable al cual la medida se aplica. Se trata de una escala gradual que va desde la sanción pura y simple, para cierto tipo de delitos y delincuentes, hasta la simple medida curativa para ciertos anormales. (114)

El mismo autor, considera que la citada unificación, no contradice la esencia del derecho penal y está en armonía -- con la naturaleza del hombre, en cambio la contraposición entre la pena y la medida de seguridad, así como su aplicación por separado de una, van en contra de la fundamental unidad de la persona humana. Dentro del esquema doctrinal de la Defensa Social; Nuvolone cree que se puede mantener la aplicación del principio de legalidad, aun cuando las medidas de seguridad se impongan sin tener en cuenta la comisión de un hecho previsto en la ley, como el delito; para ello será preciso, adaptar aquel principio a las nuevas formas de vida -- sin altera su esencia. (115)

3.9.- Postulados de la Defensa Social.- Resumiendo el triple objetivo de la Defensa Social, Rodríguez Manzanera, cita los postulados de dicha corriente:

(114) Nuvolone; "Los Principios de Legalidad en los Principios de la Defensa Social"; Ed. Padova; Madrid; 1964; Pág. 259

(115) IDEM.; Pág. 266

1.- La pena no tiene únicamente carácter expiatorio, -- sino que se interesa también de la protección de la sociedad

2.- La pena, además de ser ejemplar y retributiva, tiene el propósito de mejoramiento y aun de reeducación del delincuente.

3.- La justicia penal debe tener siempre presente la -- persona humana además de las simples exigencias de la técnica procesal, con el fin de que el tratamiento penal sea --- siempre humano.

Señalando, por otro lado que los puntos principales --- (con evidentes peculiaridades según los diversos autores) -- son:

1.- No una pena para cada delito, sino una medida para cada persona.

2.- Derecho del delincuente a ser "socializado".

3.- Predominio de la prevención especial.

4.- Tratamiento desprovisto por completo de sentido represivo.

5.- Se considera ante todo un movimiento de Política -- Criminal.

6.- En algunos autores, imposición del llamado "derecho penal de autor" (Täterprinzip).

7.- Substitución de la pena por un sistema de medidas - de prevención especial impuestas de acuerdo a la personalidad del delincuente.

8.- El hecho antisocial considerado como simple síntoma de peligrosidad social.

9.- Humanización del derecho penal.

10.- Bases científicas. (116)

3.10.- Cuadro Comparativo.- Cuadro comparativo de los postulados de las diversas escuelas jurídico-penales. (117)

CLASICA	POSITIVA	ECLECTICAS
BASE JUSNATURALISTA	BASE POSITIVISTA	NO DISCUSION FILOSOFICA (TS)
PRINCIPIO DE LEGALIDAD TOTAL	EXCEPCION EN MEDIDA DE SEGURIDAD	PRINCIPIO DE LEGALIDAD
DELITO COMO ENTE JURIDICO	DELITO HECHO NATURAL Y SOCIAL	AMBOS, SON 2 OBJETOS DIFEREN- TES (TS) (JE)
LIBRE ALBEDRIO	DETERMINISMO	NINGUNO/CAUSALI- DAD (TS) (JE)
RESPONSABILIDAD MORAL	RESPONSABILIDAD SOCIAL	IMPUTABILIDAD + PELIGROSIDAD (TS) PELIGRO (JE)
EXCLUIDOS NIÑOS Y LOCOS	NO HAY EXCEPCION	PENA A IMPUTABLES MEDIDA DE SEGURI- DAD A LOS DEMAS (JE) (TS)
PENA RETRIBUCION	SANCION TRATAMIENTO	AMBAS (TS) (JE)
PENA PROPORCIONAL A DELITO Y DAÑO	SANCION PROPORCIONAL A PELIGROSIDAD DEL ANTISOCIAL	MEDIDA TRATAMIE <u>N</u> TO (DS)
PENA DETERMINADA	PENA INDETERMINADA	MEDIDA INDETERMI <u>N</u> ADA (DS)
PENA RESTABLECE ORDEN JURIDICO	MEDIDA PROTEGE ORDEN SOCIAL	PROTEGE ORDEN <u>SO</u> SOCIAL (DS)
ESTADO TUTELA JURIDICAMENTE	ESTADO DEFIENDE SOCIALMENTE	DEFIENDE SOCIAL- MENTE (DS)
	SUBSTITUTIVOS PENA- LES Y PREVENCION	SUBSTITUTIVOS PENALES Y PREVEN <u>C</u> CION (DS)

CLASIFICACION DE DELITOS	TIPOS Y CLASIFICA- CION DE CRIMINALES	NO ACEPTAN EL "TIPO"/SI CLASI- FICACION (TS) (JE)
COMO BASE PRINCIPIOS DADOS A PRIORI	COMO BASE ESTUDIOS ANTROPO-SOCIALES A POSTERIORI	COMO BASE ESTUDIOS CIENTIFICOS (DS)
METODO LOGICO ABS- TRACTO, SICOLOGIS- TICO Y DEDUCTIVO	METODO INDUCTIVO EXPERIMENTAL	EL CLASICO PARA EL DERECHO EL POSITIVISTA PA- RA CRIMINOLOGIA (TS)

(TS) = TERZA SCUOLA
 (JE) = JOVEN ESCUELA
 (DS) = DEFENSA SOCIAL

CAPITULO IV

DERECHO PENAL MEXICANO

- 4.1.- EPOCA INDEPENDIENTE
- 4.2.- PRIMERAS LEYES PENALES ANTES DE LA CODIFICACION
 - 4.2.1.- INTRODUCCION
 - 4.2.2.- BOSQUEJO GENERAL DEL CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE_ MEXICO
 - 4.2.3.- CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE VERACRUZ, DE 1835
- 4.3.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES_ DE 1871 CODIGO MARTINEZ CASTRO
- 4.4.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES_ DE 1929 (CODIGO ALMARAZ)
 - 4.4.1.- TRABAJOS DE REVISION DE 1912.
 - 4.4.2.- LA REVOLUCION ARMADA Y LA CONSTITUCION DE 1917
 - 4.4.3.- NECESIDAD DE REFORMAR LA LEY PENAL
 - 4.4.4.- EL CODIGO PENAL DE 1929
- 4.5.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES_ DE 1931
 - 4.5.1.- SITUACIONES QUE MOTIVARON LAS REFORMAS AL CODIGO DE_ 1929
 - 4.5.2.- ANTEPROYECTO DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TE- RRITORIOS FEDERALES DE 1930
 - 4.5.3.- CODIGO PENAL DE 1931

CAPITULO IV

DERECHO PENAL MEXICANO.

4.1.- Epoca independiente.- A la consumación de la independencia entre México y España (iniciada el 16 de septiembre de 1818, consumada el 21 de septiembre de 1821), nuestro recién formado país independiente conservaba en vigor la legisla^ción heredada de España, con las adaptaciones propias del coloniaje. España empleó para sus colonias, inclusive la Nueva España, un régimen asimilador, las consideró como parte integrante de su territorio nacional; pero al mismo tiempo permitió ir dibujándose un esbozo de personería particular en cada uno de sus virreynatos, lo que dió por resultado el nacimiento de normas jurídicas propias de cada uno, de acuerdo con sus necesidades particulares.

"Fue así como en el México independiente continuaron en vigor las principales leyes de uso en España, tales como La Novísima Recopilación (1805) y Las Siete Partidas (1265), cuerpos legales que practicamente eran utilizados para decidir la mayor parte de los conflictos jurídicos, por lo que su autoridad resultó mayor que la que la misma ley escrita les asignaba"(118)

Igualmente estaba en vigor el Fuero Juzgo (693), aunque su aplicación práctica era nula. En cuanto a las Ordenanzas de Bilbao (1737), era tal su importancia, que normaban toda la materia mercantil.

En cuanto a la legislación particular mexicana, "además -

(118) Gonzáles de la Vega, Francisco; El Código Penal Comentado; Ed. Porrúa S.A.; México; 1985; Pág. 18

de la Recopilación de Indias (1680), que, aunque reunía normas de aplicación general a toda la América Española, contenía no obstante prevenciones especialmente aplicables a la Nueva España; y de los autos acordados que las complementaba por ser disposiciones dictadas por el Consejo Real y a las que se concedió fuerza de ley, hallábanse en vigor, como leyes especiales de la Nueva España, las Ordenanzas de Minería (1783) y las de intendentes (1786).

Por desgracia la decadencia jurídica de España se tradujo, en México, en un grave retardo en la labor codificadora, por lo que las leyes citadas, estuvieron en vigor prácticamente hasta el segundo tercio del siglo XIX. "En vano se había iniciado vigorosamente el remozamiento jurídico de España y sus Colonias con la espléndida obra legislativa, de tipo netamente liberal, de las cortes de Cádiz (1828) y con sus decretos subsecuentes. A pesar de ello, el estancamiento de las instituciones jurídicas fue tal que logró retrasar -- considerablemente , como se ha dicho, la evolución del derecho patrio mexicano".(119)

Escasa la legislación existente inmediata posterior a la independencia del país, para atacar los ingentes problemas que en materia penal existían, los que sólo podían hallar cauce legal en los textos heredados de la Colonia y cuya vigencia real se imponía, no obstante la independencia política las primeras leyes expedidas en éste período se refirieron al derecho constitucional, siendo la primera la de Apatzingán, de 1814. Aunque no pudo entrar en vigor, en ella se establece ya la República como forma de Estado, se decla-

ra la desaparición de la esclavitud y la igualdad de todas las razas. Fue la Constitución de 1824, que estableció el sistema federal en México, la primera que tuvo vigencia. A ella le siguieron las "Leyes Constitucionales" de 1836, las que desaparecieron el sistema "federal" de la anterior e implantaron el sistema "central" republicano que duró hasta el año de 1846, en que se volvió al sistema federal, que fue plasmado posteriormente en la Constitución de 1857 y, finalmente en la vigente de 1817.

4.2.- Primeras Leyes Penales antes de la Codificación.

4.2.1. Introducción.- Natural era que el nuevo Estado, nacido con la independencia política se interesara primeramente por legislar sobre su ser y funciones. De aquí que todo el empeño legislativo mirase, primero, al derecho constitucional y al administrativo. "Pero, no obstante, el imperativo de orden impuso una inmediata reglamentación; la relativa a la portación de armas, uso de bebidas alcoholizadas, represión de la vagancia y de la mendicidad y organización policial (bandos de 7 de abril de 1824; 3 de septiembre de 1825; 3 de marzo de 1828; 8 de agosto de 1834 y otros)"(121)

En orden a la prevención de la delincuencia, se atendió también a la organización de la policía preventiva (7 de febrero de 1822), por medio de los regidores del Ayuntamiento y sus auxiliares, a los que se comisionó para efectuar rondas nocturnas en los diferentes sectores en que se dividió la

(120) IDEM.; Pág. 18

(121) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 121

ciudad, pudiendo aprender a los infractores in fraganti o -- cuya fuga fuese de temer. En 1834 fue organizada la "policía de seguridad" como cuerpo permanente y especializado.

El procedimiento penal fue reformado con relación a los salteadores de caminos en cuadrilla, a los ladrones en despo blado o en poblado, que fueran aprehendidos por las tropas o las milicias locales, o que opusieran resistencia. La ley -- del 27 de septiembre de 1823 dispuso que se le juzgase mili- tarmente en consejo de guerra. Las penas de los ladrones --- eran trabajos en obras públicas, de fortificación, del servi- cio de los bajeles o de las Californias. Igual jurisdicción_ militar fue reconocida para los delitos de robo y homicidio_ por la ley del 29 de octubre de 1835. Se dispuso el turno -- diario de los jueces en la ciudad de México (1 de julio de - 1830) y se dictaron reglas para substanciar las causas y de- terminar las competencias. Las leyes del 5 de enero de 1833_ y 11 de mayo de 1831 establecieron el principio de que la -- ejecución de las sentencias corresponde al Poder Ejecutivo,_ señalando la terminación de la competencia de uno, al dictar_ se sentencia irrevocable, y justo empezando aquí la compe- tencia del Poder Ejecutivo. (122)

En diciembre de 1826 se dictó un articulado que regla-- mentó las cárceles de la ciudad de México sobre la base de - las reglamentaciones anteriores (1820, 1824). En 1833 un nue- vo reglamento estableció talleres de artes y oficios y se hi- zo un ensayo de colonización penal en las Californias y Te-- jas.

"En 1824 se reglamento la concesión de indultos por el po- der Legislativo, requiriendose el apoyo del Ejecutivo. Nume- rosas leyes sancionaron indultos generales amnistias, facul

tando al Ejecutivo para conmutar penas comunes, dispensar to tal o parcialmente su cumplimiento, aplicar penas especiales como la de destierro, etc.."(123)

Con la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos decretada el 4 de octubre de 1824, en la cual se establece que la Nación adopta el sistema federal, señalando cuales eran - las partes integrantes de la Federación a las que denominó - Estados o Territorios. Con lo que se sumaban nuevos proble-- mas administrativos y legislativos a los ya existentes, pues amparaba el nacimiento de legislaciones locales o de los Es- tados al par que la federal. (124)

Establecido el régimen político federal van surgiendo, aunque en forma lenta y originadas por especiales circunstan- cias apremiantes de la época, tanto Códigos Penales como Esta- dos integran la Federación. Correspondiendo al Estado de Ve- racruz promulgar en 1835 el primer Código Penal de México y segundo de América independiente -el primero fue el de Boli- via-. Este Código fue sancionado el 28 de abril de 1835, el cual fue redactado por una comisión que integraban Bernardo_ Couto, Manuel Fernández Leal, José Julián Tornel y Antonio - María Osorio. Este Código fue remplazado en 1869, pero antes José Julián Tornel, en los años 1850-1851, elaboró un Proyec- to de Código Penal para el Estado de Veracruz. Dicho Proyec- to no fue sancionado y en 1868, por decreto número 127, del 17 de diciembre, el Gobernador de Veracruz, Francisco Hernán- dez y Hernández sancionó los Códigos proyectados por el pre- sidente del Tribunal Superior de Justicia, Lic. Fernan-

(123) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 122

(124) Leyes Penales Mexicanas; Ed. Instituto Nacional de -- Ciencias Penales; México; 1979; Tomo I.

do de Jesús Corona, los que comenzaron a regir desde el 5 - de mayo de 1869. Siendo este Código de gran significado jurídico, pues representa junto con el Código Civil y el de Procedimientos Penales para el mismo Estado, el principio de la unidad legislativa. (125)

Ante la magnitud de tales problemas, el Gobierno Federal se vió en la necesidad de reconocer expresamente la constante vigencia de la legislación colonial y de la metropolitana, como legislación mexicana propia. Para ilustrarnos al respecto, el doctor Carrancá y Trujillo nos refiere el siguiente caso, el cual consta en una "Circular del Ministro del Interior (septiembre 20 de 1838), bajo el Gobierno del general Anastasio Bustamente. La circular dice, en lo que importa, así:

"Excelentísimo señor: El consejo aprobó y emite como su al Excelentísimo Sr. Presidente, el dictamen que sigue: - D. José M. López se quejó a la inspección de milicia permanente de ... etc. El supremo Gobierno dirigió al Consejo el expediente para que consulte sobre los puntos que abraza y, además, si las leyes de los antiguos Estados deben regir con perjuicio de las disposiciones del mismo Gobierno. Para resolver el segundo punto de la consulta del Gobierno la Comisión, hará algunas observaciones que tal vez puedan conducirnos al intento."

"Debe notarse, principalmente, que están en vigor todas aquellas leyes que, no chocando abiertamente con el sistema que rige, tampoco se encuentran derogadas expresamente por

(125) Leyes Penales Mexicanas; Ob. Cit.; Tomo I; Pág. 11

alguna otra disposición posterior, teniendo lugar esta regla con respecto de aquellas leyes que fueron dictadas en épocas muy remotas y bajo las diferentes formas de Gobierno que ha tenido la Nación; así es que los tribunales y otras autoridades diariamente resuelven los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las Cortes de España, - de las leyes de Partida y Recopilación, con tal que estas -- disposiciones no se recientan mas o menos de la forma de go, bierno en que fueron sancionadas."

"Sentado este principio fluyen, naturalmente, dos consecuencias; la primera es que deben considerarse vigentes -- las leyes de los antiguos Estados siempre que tengan los requisitos de que antes se hizo mención, sin que obste para - ello ni la forma de Gobierno bajo que fueron dictadas ni que el Supremo Gobierno haya dispuesto otra cosa, puesto que sus disposiciones jamás deben sobreponerse a las leyes. La otra consecuencia es que si las ordenes del Gobierno fuesen efecto de alguna de sus atribuciones Constitucionales o de alguna otra ley posterior que lo faculta para tal o cual acto, - entonces las leyes de los Estados no deben considerarse vi-- gentes, no porque se opongan a las disposiciones del Gobierno, sino más bien porque la ley que lo autorizó para dictar esta o la otra disposición contraria, por el mismo hecho de rogatorio, cualquiera otra disposición anterior.

"Y estando de conformidad el Excelentísimo Sr. Presidente ha tenido a bien acordar se comunique a los Gobiernos de los Departamentos para que se observe esta disposición por - punto general.(126)

(126) Carrancá y Trujillo Raúl; Ob. Cit. ; Pág. 122 y S.S.

Con el ejemplo práctico narrado, se puede apreciar, que no obstante la Independencia política del país, y aun del federalismo constitucional, México seguía viviendo una unidad legislativa representada por el derecho colonial.

Por lo que para el conocimiento, discusión y decisión de los negocios o casos jurídicos, debía atenderse y preferirse las leyes posteriores en tiempo a las que eran anteriores; citándose por lo tanto para tales casos el orden de prelación de las leyes aplicadas en la República hasta 1857.

- 1.-"en los Estados las leyes dictadas por sus Congresos y en el Distrito y Territorios Federales las leyes generales.
- 2.- Los Decretos de las Cortes de España y las Reales Cédulas.
- 3.- La Ordenanza de Artillería.
- 4.- La Ordenanza de Ingenieros.
- 5.- La Ordenanza General de Correos.
- 6.- Las Ordenanzas Generales de Marina.
- 7.- La Ordenanza de Intendentes.
- 8.- La Ordenanza de Minería
- 9.- La Ordenanza Militar.
- 10.- La Ordenanza de Milicia Activa o Provincial.

- 11.- Las Ordenanzas de Bilbao.
- 12.- Las Leyes de Indias.
- 13.- La Novísima Recopilación de Castilla
- 14.- La Nueva Recopilación de Castilla.
- 15.- Las Leyes de Toro.
- 16.- Las Ordenanzas reales de Castilla.
- 17.- El Ordenamiento de Alcalá.
- 18.- El Fuero Real.
- 19.- El Fuero Juzgo.
- 20.- Las Siete Partidas.
- 21.- El Derecho Canónico.
- 22.- El Derecho Romano."(127)

En los Tribunales y entre los jurisconsultos fueron considerados, además, como textos autorizados los Autos Acordados, especialmente en relación con el trámite de los juicios civiles y procesos criminales, prefiriendoseles incluso a -- las anteriormente citadas colecciones.

(127) IDEM.; Pág. 124

4.2.2.- Bosquejo General del Código Penal para el Estado de México.- El Estado de México fue uno de los primeros Estados, que preocupados por el desconcierto jurídico existente y la diversidad de leyes aplicables a una misma situación, pugná por la creación de una ley codificada, precisa y completa, - por lo que se elaboró un "Bosquejo General de Código Penal - para el Estado de México" en 1831, esto en respuesta al clamor de las necesidades ciudadanas y que de acuerdo a las propias palabras del jurisconsulto José María Heredia dice "los pueblos verán con satisfacción y gratitud que sus mandata---rios se afanan en cumplir sus sagrados deberes, y en mejorar los resortes de la administración, promoviendo en una buena legislación la mejor garantía del orden y la libertad; empre sa que es ardua y difícil, mas no por eso debe dejarse con - un desaliento vergonzoso; que lo excelente es a veces el más temible enemigo de lo mejor, y aunque los nuevos Códigos lle van el infalible sello de la impercepción humana, será inmen samente superior a los Fueros, Partidas y Recopilaciones y - los legisladores que hagan este presente al Estado, podrán - gloriarse de él como de una larga serie de acciones virtuo--sas, y decir con el poeta italiano: Exigi Momentum." (128)

Este Bosquejo fue presentado con las declaraciones pre--vias de la Comisión Redactora y que a la letra dicen: "El -- Gobierno del Estado, convencido de que por todas partes se eleva un clamor general y sostenido contra los defectos - de la ley que nos rige y forma un caos de tinieblas y confu siones, en el que juez y ciudadano se afanan inútilmente por hallar la norma segura de conducta, y la firme garantía de - sus derechos, así como de la necesidad urgente de una re--

forma radical y completa, no ha cesado de clamar por ella; - que por persuadido el Congreso de la misma verdad, dispuso - que una Comisión de su seno, asociada por comisionados del - Consejo de Gobierno, Supremo Tribunal de Justicia y Audien-- cia, se encargase de preparar nuevos Códigos, empezando por_ el Penal." (129)

La comisión de trabajo, estuvo integrada por los seño-- res Mariano Esteva, Agustín Gómez Equiarte, Francisco Ruano_ y José María Heredia.

El texto del citado "Bosquejo" comprendía lo siguiente: Título preliminar, parte Primera, Parte Segunda.

"Título Preliminar

- 1.- De los delitos y culpas.
- 2.- De los delitos y culpables, de sus cómplices, auto-- res auxiliadores, receptadores y encubridores y de-- más responsables de acciones ajenas.
- 3.- De las penas y de su ejecución.
- 4.- De la aplicación de las penas y circunstancias agra vantes y disminuyentes de los delitos.
- 5.- De la reincidencia y de sus efectos.
- 6.- De la omisión en impedir los delitos y de la perse-

cución, entrega o remisión de los delincuentes.

7.- Del derecho de acusar los delitos y de los acusados procesados.

8.- De los reos ausentes.

9.- De la rebaja de la pena a los condenados que se enmiendan, y de su rehabilitación.

10.- De los indultos.

11.- De la prescripción de los delitos y las culpas.

12.- De la indemnización a los inocentes.

Parte Primera.

I.- Delitos contra la sociedad.

II.- Delitos contra la seguridad del Estado.

III.- Delitos contra la salud pública.

IV.- Delitos contra la fe pública.

V.- Delitos y culpas de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos.

VI.- Delitos contra las buenas costumbres.

VII.- Omisión de servicios debidos al Estado.

Parte Segunda.

I.- Delitos contra los particulares.

II.- Delitos contra la honra, fama y tranquilidad de --
las personas.

III.- Delitos contra la propiedad."(130)

Aun cuando este trabajo sólo fue un proyecto inacabado, en el "Título preliminar", en el número 9, hace referencia a una disminución en la pena, cuando el condenado a observado_ una rehabilitación y enmendando su conducta antijurídica.

Cabe hacer mención que este "Bosquejo de Código" no contempla en ninguna parte las medidas de seguridad, y sólo cita delitos y penas.

4.2.3.- Código Penal para el Estado de Veracruz de 1835.- - Este código en la PRIMERA PARTE, en su artículo 1., habla de las penas en general entre las que destacan la de muerte, -- trabajos forzados para siempre ya fuera en prisión o en otro lugar distinto; trabajos forzados por tiempo determinado; -- prisión; presenciar la ejecución de las sentencias de reos - del mismo delito; así como depósito en alguna casa honrada - por vía de corrección.

Podemos observar que por lo que se refiere a la pena de_ privación de la vida no sólo se continuaba con este castigo, sino que además tenía que ser ejecutado en lugar público, -- previa su notificación al reo y publicación popular tal como lo refieren la sección II, en lo relativo a la pena de muer-

(130) IBIDEM.; Pág. 18 y S.S.

te.

Artículo 2°.- "El condenado a muerte será pasado por -- las armas, ó le será dado garrote, según_ fuere pronunciada la sentencia o sean di- versas las circunsatncias de los lugares."

Artículo 3°.- "No se pronunciará sentencia en causa de - mujer embarazada que merezca pena de muer- te, ni esta pena le será aplicada hasta - pasados cuarenta días despues de su parto"

Artículo 6°.- "Desde la notificación de la sentencia -- hasta la ejecución, se tratara al reo con la mayor consideración y blandura, se le_ proporcionarán todos los auxilios y con-- suelos espirituales y corporales que ape- tezca, sin irregularidad ni demasia;...."

Artículo 9.- "Desde la notificación de la sentencia se_ anunciará al público por carteles el día,_ hora y sitio de la ejecución, con el nom- bre, domicilio y delito del reo."

Artículo 10°.- "la ejecución será siempre pública entre once y doce de la mañana.

Artículo 12°.- "En el patíbulo se colocará un cartel -- con letras grandes, que anuncie el deli- to porque se ejecuta al reo...."(131)

Este Código, no comprende dentro de su articulado ninguna medida preventiva o de seguridad y la única pena que pudiera dar cierta luz al respecto es la relativa al "depósito en alguna casa honrada por vía de corrección", castigo que se les aplicaba a las mujeres y a los menores de 17 años, pero haciéndolos trabajar todo el tiempo sin descanso, más que el estrictamente necesario y en labores aunque propias de cada uno, de diversa índole.

El Código para el Estado de Veracruz que estuvo en observancia por decreto del 28 de abril de 1835 continuó vigente, con algunas modificaciones, hechas por decreto del 15 de diciembre de 1849.

Podemos señalar que existieron propuestas de Códigos Penales como el de Proyecto de Código Criminal y Penal de --- 1851-1852, presentado por el Doctor y ministro de la Suprema Corte de Justicia José J. Tornel, para el Estado de Veracruz.

Durante el Imperio de Maximiliano de Hasburgo y por órdenes de él, se formó una comisión integrada por miembros -- del consejo de Estado del Imperio para redactar el "Código Penal" y de "procedimientos Penales"; proyecto que no llegó a tener vigencia por el restablecimiento de la república.

Los Códigos de Instrucción Criminal y Penal franceses de 1865 y 1866 respectivamente fueron traducidos al castellano, por orden de Don Maximiliano. (132)

4.3.- Código Penal Para el Distrito y Territorios Federales de 1871, Código Martínez Castro.- Con la Constitución de ---

1857, se pretendió, forjar las bases del derecho penal mexicano, consignándose garantías, derivadas del derecho individual (artículos 13-26 de la Constitución) poniendo fin de esta manera a la dominante anarquía legislativa.

También se plasma el principio de que las penas sólo -- pueden ser aplicadas en base a la ley vigente con anterioridad al hecho, de la misma manera como lo establece la Constitución de 1917. (133)

La necesidad urgente de emprender la tarea codificadora, principalmente en materia penal, es continuamente manifestada por los Ministros de Justicia y por la Suprema Corte. Haciéndose necesaria la clasificación de los delitos y las penas.

En vista de estas manifestaciones, "el presidente de la República Mexicana C. Benito Juárez conociendo la urgente necesidad de reformar la legislación penal vigente, dispuso -- que se nombrase una comisión para que formara un proyecto de Código Penal". Por lo cual en el año de 1861, el Ministro de justicia D. Jesús Terán, nombro una comisión, la cual estuvo integrada por los C. Licenciados D. Antonio Martínez de Castro, D. Urbano Fonseca, D. Manuel María Zamacona, D. José María Herrera y Zavala y D. Carlos María Saavedra.

Esta comisión estuvo desarrollando sus labores, hasta -- el año de 1863, fecha en la cual con motivo de la invasión -- francesa se vió obligada a suspender sus labores. (134)

(133) IBIDEM.; Pág. 11

(134) IBIDEM.; Pág. 269

Después de la invasión francesa a territorio nacional, y una vez reprimido el movimiento de intervención en la Batalla de Puebla, tras cruentas luchas; el triunfador Partido Liberal encabezado por Benito Juárez, se estableció en la capital de la República, procediendo Juárez de inmediato a reorganizar su gobierno (1867). Para pasar a enfocar su atención a la creación del Código Penal y Civil; por lo que dispuso se continuaran nuevamente dichos trabajos, nombrándose el 28 de septiembre de 1868, por conducto del Ministro de Justicia C. Lic. Ignacio Mariscal, la siguiente Comisión: Como presidente de la misma el C. Lic. Antonio Martínez de Castro y como secretario el C. Lic. Indalecio Sánchez Gavito; así como los C. Lic. Manuel Zamacona, José María la Fragua y Eulalio Ma. Ortega. (135):

En la Exposición de Motivos el Lic. Martínez de Castro, plasma la necesidad de una Codificación, de la forma siguiente:

"Solamente por una casualidad muy rara podrá suceder -- que la legislación de un pueblo convenga a otro según dice Montesquieu, pero puede asegurarse que es absolutamente imposible que ese fenómeno se verifique con una legislación formada en una época remota, porque el solo transcurso del tiempo será entonces causa bastante para que, por buenas que -- esas leyes hayan sido, dejen de ser adecuadas a la situación del pueblo mismo para quien se dictaron." (136)

"Pero aun cuando así no fuera, habría necesidad de hacer una nueva legislación, por haber caído la española en --

(135, IBIDEM; Pág. 269

(136) IBIDEM; Pág. 332

completo desuso desde muy antiguo, pues de lo contrario, tendríamos que seguir, como hasta aquí, sin mas ley que el arbitrio, prudente y a veces caprichoso, de los encargados de -- administrar justicia".(137)

No obstante lo antes expuesto el Código Penal, estuvo -- inspirado en la Escuela Clásica de Derecho Penal; basándose -- en una gran parte del Código Penal Español de 1870, siendo -- este último de la constitución de 1812 y después de varios antecedentes, un exponente de la época del derecho codificado -- de España. No pudiéndose sustraer los miembros de la Comisión Redactora del Código, a la influencia y autoridad de las disposiciones españolas, repitiéndose una gran parte del corpo de la ley del Código Español de 1870, en nuestro Código penal de 1871.

El Código Penal de 1871, como ya dijimos toma las ideas de la corriente clásica, aceptando la existencia del libre -- albedrío, tal como se puede deducir de los siguientes principios: el individuo será responsable penalmente; siendo el delito el resultado del libre albedrío pues se considera al -- infractor como un individuo, que habiendo podido optar por -- el bien, optó por el mal, por lo que la pena no es mas que -- la legitima consecuencia expiatoria del auto - determinismo -- del responsable.

La pena persigue esencialmente, mas que la defensa so-- cial, el sufrimiento, castigo o expiación del delincuente, -- teniendo también como finalidad la ejemplaridad, así como la protección del Estado, lo que se aprecia con la inclusión de la pena de muerte en el Código.

En cuanto a las disposiciones reglamentarias sobre la ejecución de la pena de prisión, (art. 77 al 82), los reos pasaban generalmente por períodos de incomunicación e incomunicación con trabajos. Asimismo si su conducta y antecedente en prisión eran buenos, se les podía otorgar propiamente la "libertad condicional"; permitiéndoseles incluso salir a la calle por asuntos particulares, artículos 130 - 135.

En base a los conceptos anteriores, el Código Penal, de fine al delito en su artículo 4º, Capítulo 1º, de la siguiente forma: "Delito es, la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que manda"; por lo que todo acto que careciera de libertad, conocimiento e intención no era delito; por lo que se consignaron tablas de "excluyentes de responsabilidad", "atenuantes" y "agravantes"; como es el caso de la locura, la cual es una excluyente por falta de conocimiento de lo que se hace o se produce.

También hizo una clasificación minuciosa de las categorías del delincuente, ya fuera cómplice o encubridor, de acuerdo a su participación en la infracción.

Se clasificó la gravedad del delito de acuerdo a su intencionalidad, distinguiéndolo entre el conato, delito intentado, frustrado y consumado, señalando una pena para cada caso particular, considerando el casuismo de las modalidades de los delitos.

Por otra parte es importante remarcar el valor que esta codificación tuvo, tomando en cuenta la época en que fue re-

dactada, ya que fue un modelo de claridad, orden y sencillez, llenando muchos vacíos de la penalidad mexicana que hasta antes de su promulgación, continuaba teniendo como norma las viejas disposiciones españolas, por demás inaplicables a nuestra realidad y necesidades de mediados del siglo pasado, las cuales exclamaban, igualdad, justicia y libertad.

4.4.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, (Código Almaraz).

4.4.1.- Trabajos de revisión de 1912.- Debido a los enormes cambios que se habían sucedido en el país, en todos los ámbitos, imponía una revisión urgente a las Codificaciones existentes. Por lo que estos trabajos de revisión, hablando concretamente del Código Penal, de hecho se habían iniciado desde el año de 1907, teniendo como idea, cubrir las lagunas que el Código de 1871 presentaba y agregar algunas teorías vanguardistas de la época (escuela positiva) o bien reformar dicha legislación en su totalidad; inclinándose por la primera tendencia.

Para tal empresa se formó una Comisión revisora, integrada por los C.C. Lic. Miguel Macedo quien encabezaba al grupo, Demetrio Sodi, Ramón Prida, Victoriano Pimentel y otros.

Esta Comisión, elaboró un acucioso proyecto de reformas, tomó además "como base de su labor respetar los principios generales del Código de 1871, conservar el núcleo de su sistema y de sus disposiciones y limitarse a incorporar en él -

los nuevos preceptos o las nuevas instituciones cuya bondad se puede estimar ya alquilada y cuya admisión es exigida por el Estado social del país al presente -tales son, por ejemplo, la condena condicional, la protección a la propiedad de la energía eléctrica, la protección a los teléfonos y su uso- y a enmendar las obscuridades, las incoherencias, las contradicciones, aunque solo sean aparentes, y a los vacíos que han podido notarse en el texto del Código, por mas que afecten a su sistema". Labor prudente de mero retoque, adaptación y aseo. (138)

En estos trabajos que terminaron en 1912, de ahí su denominación, además de las modificaciones hechas en cuanto a la penalidad de ciertos delitos, se consideró como delitos - algunos pocos hechos que antes no tenían ese carácter.

Es importante señalar que se contemplaron como reformas esenciales lo relativo a la condena condicional, así como -- ampliar el margen para la imposición de las penas por parte del juzgador; considerándose el problema de la reincidencia en colonias y campamentos penales. También se incluían en el proyecto, medidas represivas para el alcoholismo y un nuevo sistema para la penalidad de las lesiones y el homicidio, modificando la base para calificar a esos delitos en simples y calificados.

El Proyecto no vió cristalizado su trabajo y plasmado en ley, debido al movimiento revolucionario de 1910 en que se vió envuelto todo el país.

4.4.2.- La Revolución armada y la Constitución de 1917.- Con la revolución se paralizó este encomiable movimiento en la - codificación penal mexicana y durante varios años de guerra_ civil, privó la arbitrariedad, viviendo la gente con inseguridad jurídica notoria.

El orden de legalidad, destruido por el usurpador Victo riano Huerta, fue restablecido nuevamente por el ejército -- Constitucionalista, siendo la Carta Magna de la República ob jeto de muy importantes reformas; mismas que influyeron en - el ámbito penal. La Constitución de 1857 de espíritu liberal, era inadecuada, en sus bases generales para las nuevas necesidades de la sociedad postrevolucionaria, pues si ésta ha-- bía nacido al clamor de la "no reelección", sus verdaderas - causas estribaron en el enorme desajuste económico del país, en la miseria de la clase laboral y campesina. Por lo que se hacía urgente y necesario que la Constitución aumentara las_ garantías en todos aspectos, adaptándose al nuevo estado de cosas creado por el movimiento revolucionario. Toda esta si- tuación forzosamente tuvo que influir en el sistema penal, - ya que si desde 1903, los autores del Proyecto de reformas - al Código de 1871, manifestaban la necesidad, dada la trans- formación que para ese tiempo había sufrido el país, más jug_ tificada y necesaria se hacía la reforma debido a los efec-- tos de la revolución.

La Constitución de 1917, estableció garantías penales, _ ya que estableció los casos en que procedían la pena de muer_ te; protege a los reos con las disposiciones relativas a los juicios de orden criminal, consignadas por el artículo 20. - También se aumenta el radio de acción del agente del minist_ rio público, a diferencia de lo establecido en la Carta Mag-

na de 1857 en que al juez se le restringiría su interven--
ción (atrículo 21 y 102).

4.4.3.- Necesidad de Reformar la Ley Penal.- En México se --
imponía una reforma a la ley penal, a fin de adaptarla a las
nuevas e imperiosas necesidades, tales como la humanización_
en la represión de los delitos, cuyo origen se encontraba, -
en la falta de sustentación legal, como la prevención para -
las nuevas infracciones, actitud que era tan propicia en el
país; dictando medidas adecuadas para los menores delincuen-
tes, así como todo lo relativo para la disminución de los vi-
cios, conductas antisociales (tráfico de enervantes), y sobre
todo para la verdadera individualización de la pena.

No obstante las necesidades citadas, reclamadas por la_
sociedad; no se trabajó con la profundidad que éstas deman--
daban, debido a una serie de intereses políticos y de actitu-
des falsas de ciertas autoridades que una vez cumplido con -
el movimiento de revolución, abandonaron sus ideales.

Pero a pesar de ello y en virtud principalmente de las_
anacrónicas que resultaban las disposiciones penales en el -
diario acontecer de la práctica en los tribunales; durante -
el gobierno de el Lic. Emilio Portes Gil, se nombro una comi-
sión, presedida por el Lic. José Almaraz, quien a principios
de septiembre de 1929, presentó los Proyectos del Código pe-
nal para el Distrito y Territorios Federales y del Código de
Organización, de Competencia y Procedimientos en Materia pe-
nal.

4.4.4.- El Código Penal de 1929.- Con éste Código, se pre--
tendió llevar a México, en materia penal, a la altura de las

más adelantadas naciones extranjeras, siendo este uno de los ideales de el Lic. Almaraz.

Es importante señalar previamente, que uno de los principales integrantes de este Proyecto fue el Lic. Luis Chico Goerne, quien expuso la estructura filosófica del Ordenamiento en una serie de conferencias dictadas en febrero de 1929. Durante las cuales se expuso el criterio de la Comisión, en el sentido de abrogar el Código de 1871, creando uno nuevo, el cual debía contener los postulados de la Escuela Positiva, es decir, la Defensa Social. "Manifestándose el interés de la Comisión, en el hombre no en el acto, ya que el delincuente a partir de la humanización de la pena, es el objeto esencial de la penología."(139)

Señalándose el delito "como un acto social que daña al hombre y a los agregados sociales, reconocidos expresa e implícitamente por la ley fundamentalmente en cualquiera de -- sus valores esenciales reconocidos por la misma ley como derechos, en forma tal, que el daño no puede ser reparado por la sanción civil."(140)

Por lo que respecta al delincuente, el Lic. Chico Goerne (141), lo consideró como a un ser temible, el cual debía ser estudiado de acuerdo a los móviles profundos del delito, tanto intra como extra espiritual, para poder así conocer, - el medio exterior donde se originó el acto y la personalidad

(139) Autor citado por Ceniceros, José Angel, Garrido Luis; Ley Penal Mexicana; Ed. La Justicia; México; 1971; Pág. 46.

(140) IDEM.; Pág. 47

(141) IBIDEM.; Pág.47

criminal. debiendose de esta forma cambiar el concepto de pena, considerada como acción de la sociedad sobre el criminal, por el de represión del delito, es decir, la aplicación de -- una política criminal que del hombre y el presidio, se extiende al ambiente social y físico de la gestación delictuosa. Asimismo estableció un dualismo en la prevención represiva, diciendo que la represión colectiva debía significar fundamentalmente una actividad sociológica, y la individual, - una actividad bio - psicológica por naturaleza; idea que es clave para la realización del humanismo penal, ya que de niñguna otra forma puede efectuarse esa labor de investigación, en el reo.

No obstante todo lo antes plasmado, durante la redac---ción del Código de 1929, no refleja los criterios que se habían expuesto, según los cuales se conformaría la nueva Legislación Penal. Y cuando éste Proyecto se convierte en el - Ordenamiento oficial, se vio que dejaba mucho que desear respecto a todo lo prometido; presentando éste graves contradicciones, dando lugar a muy delicados conflictos; era casuista en exceso pues presentaba 1228 artículos, además de estar -- fuera de la verdaderas necesidades del país, ya que ni la judicatura de aquella época ni el organismo encargado de aplicar la ley, estaban debidamente preparados. Así fue como, en tanto que "Las torías de la defensa social y de la peligrosidad eran acogidas declarativamente en sendos artículos, --- otros venían a establecer que se consideraba en estado peligroso a todo aquel que sin justificación legal cometiera un acto de los conminados en el catálogo de los delitos establecido por el mismo código, así fuera ejecutado ese acto por - imprudencia y no consciente y deliberadamente"(142)

Este Código consideró al delito no como producto del libre albedrío, sino como el resultado de factores de diversa índole tanto endógenos como exógenos; cambiando el término "pena" por el de sanción, para alejar toda idea aflictiva o de venganza (art. 68), introdujo además la condena condicional (artículos 241 - 248), así como el concepto de estado peligroso (artículo 32); creandose también como órgano ejecutivo de las sanciones el llamado Consejo Supremo de Defensa y Previsión Social, desgraciadamente este Consejo tenía tantas atribuciones, que era el complemento de todo el Código Penal (artículos 71 al 87 del Código de Procedimientos Penales).

En términos generales podemos concluir que no obstante lo avanzado que se pretendió fuera el Código Penal de 1829, éste era igual a la codificación de 1871 en cuanto a sus bases; pues no le otorgaba arbitrio al juzgador y por el contrario seguía el sistema rígido de las atenuantes y las agravantes, así como la clásica distinción de los grados del delito (artículo 20); en cuanto a las personas responsables -- del delito, las clasificaba en autores, cómplices y encubridores (artículo 36). Por último diremos que se reglamentó el trabajo de los presos, pero no se logró la individualización de la pena y en contraposición consideró como delinquentes a los locos, menores, alcohólicos y a los toxicomanos.

Por lo que respecta a la reparación del daño causado -- por algún delito, no se logró su propósito, esto debido a la poca afortunada tabla de indemnizaciones que se estableció y al procedimiento inadecuado para la obtención efectiva de la reparación. Además, el Código no dictó procedimientos legales adecuados para la liquidación o ejecución de la condena,

ya que las medidas que se establecieron, fueron ilusorias pa
ra ese medio. (143)

"No debe, sin embargo, desconocerse el hecho significativa-
tivo de que el Código de 1929 logró aglutinar en un haz in--
quietudes científicas antes dispersas, despertando en los ju
ristas mexicanos el claro anhelo de una reforma integral de_
las instituciones jurídico- penales que, por ley de inercia,
se resistían a ser desalojadas, atrincherándose en el venera
ble monumento que edificara Martínez de Castro".(144)

4.5.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales_
de 1931.

4.5.1.- Situaciones que motivaron las Reformas al Código de_
1929.- La codificación penal de 1929 levantó un clamor gene-
ral, por sus errores e inadaptabilidad, ya que después de --
tantos años de esfuerzos en mejoras en materia penal, se es-
taba en una situación similar a la de 1871; y los sanos e -
inteligentes principios que pretendieron plasmar en el Orde-
namiento sus creadores, o estaban mal consignados por lo que
resultaban contraproducentes, o bien continuaban en la som--
bra; en general todas las conquistas penales a que pudo con-
ducir la Escuela Positiva del derecho penal, en la que se --
inspiro este Código, estaban muy lejos de verse reflejadas -
en la realidad mexicana.

La reforma era más que justificada, por lo que el Eje--

(143) IDEM.; Pág. 24
(144) IBIDEM. Pág. 24

tivo Federal, por acuerdo del 2 de junio de 1930, consideró necesaria una revisión al Código Penal de 1929, con la finalidad de que se propusieran las reformas necesarias.

4.5.2.- Anteproyecto del Código Penal Para el Distrito y Territorios Federales de 1930. La Comisión técnica nombrada para la redacción del proyecto de reformas, estuvo integrada -- por los C.C. José Angel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, José López Lira, Luis Garrido y Ernesto Garza; quienes elaboraron el Anteproyecto el cual estuvo terminado para el 15 de diciembre de 1930. Esta comisión tuvo el brillante tino de escuchar y atender las numerosas sugerencias que les fueron -- formuladas, de tal forma que una buena parte del Código Penal de 1931 es debido a autores anónimos. La Comisión se encontró ante la disyuntiva de volver al Código de 1871 y reformarlo, o hacer un nuevo Código, optando por esta última -- solución.

La revisión hecha por la Comisión se hizo de acuerdo a las bases formuladas por la Secretaría de Gobernación y se -- condensan en los siguientes puntos:

- 1.- "Revisar el Código Penal, de Procedimientos Penales y las leyes conexas y proponer las reformas indispensables para su buen funcionamiento.
- 2.- Procurar la simplificación de la ley, evitando las -- definiciones doctrinales las confusiones de redacción, las contradicciones y las deficiencias penales.

- 3.- Enmendar los errores en materia de procedimiento, para que la justicia penal sea más expedita y pronta.
- 4.- Estudiar la manera de que se resuelvan los problemas relativos a la delincuencia de menores, a la relajación en las colonias penales de los delincuentes habituales, el restablecimiento de los Juzgados de Paz, la conveniencia o inconveniencia de la suspensión del Jurado y de la pena de muerte y la definición de los límites del arbitrio judicial.
- 5.- Aclarar y simplificar las disposiciones del Código Penal y del de Procedimientos Penales, eliminando todo lo que constituya declaraciones doctrinales, así como las enumeraciones demasiado prolijas, teniendo en cuenta las restricciones especiales que, para una legislación como la mencionada, existen en nuestro medio, tanto desde el punto de vista económico como por el respeto que debe tenerse a la tradición jurídica y a la opinión y sentimientos generales".(145)

4.5.3.- Código Penal de 1931.- La Comisión realizadora del Anteproyecto del Código Penal, consideró que era vital hacer las reformas necesarias a efecto de que la nueva legislación se adaptara a las necesidades del medio, disponiendo de todos los recursos necesarios para rectificar los errores de los Códigos vigentes, orientando al derecho penal de acuerdo a los progresos de la ciencia moderna, en forma posible de realizar. De acuerdo a las propias palabras del Dr. José Angel Ceniceros, señala "en el primer cambio de imprecisiones resolvimos no hacer reformas al Código impugnado (1929), sino hacer uno nuevo, ya que su arquitectura era defectuosa y era mejor, en lugar de remendar un trabajo mal planeado levantar

(145) Leyes Penales Mexicanas; Ob. Cit.; Tomo III; Pág. 241

otro sobre bases mejores, a cuyo efecto nos pusimos de acuerdo en lo siguiente:"

Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno - puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Solo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática o sea práctica y realizable. La fórmula; "No -- hay delitos, sino delincuentes", debe completarse así "No -- hay delincuentes sino hombres". El delito es principalmente un hecho contingente. Sus causas son múltiples, es un resultado de fuerzas antisociales. La pena es un mal necesario, - se justifica por distintos conceptos parciales por la intimidad, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor --- científico como crítica y como método. El derecho penal es la base jurídica y la ley penal el límite de la política criminal. La sanción penal es "uno de los recursos de la lucha -- contra el delito". La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución --- principalmente por:

- a).- Aplicación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales;
- b).- Disminución del casuismo con los mismos límites;
- c).- Individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de seguridad);
- d).- Efectividad de la reparación del daño;

- e).- Simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política con estas orientaciones.
- 1.- Organización práctica del trabajo de los presos, -- reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados;
 - 2.- Dejar a los niños al margen de la función penal repressiva, sujetos a una política tutelar y educativa;
 - 3.- Completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.);
 - 4.- Medidas sociales y económicas de prevención".(146)

En la concepción del Código Penal de 1931, se incluyeron las nuevas orientaciones de la ciencia penal relativas a la existencia del arbitrio judicial suficiente, como medio para realizar una eficaz individualización de las penas, sin dejar a un lado la realidad jurídica en México, la cual cargaba de los elementos técnicos y económicos, aunado a la desconfianza que se tenía a los funcionarios judiciales, ya fuera porque se dudaba de su capacidad; o por el temor de ausencia de parcialidad en sus criterios jurídicos, motivada esta por dádivas económicas o bien por aspectos de amistad.

(146) Ceniceros, José Angel; Un discurso Sobre el Código Penal de 1931; Serie de Estudios Jurídicos; Ed. la Justicia; México; 1977; Pág. 10

En cuanto al arbitrio judicial, aunque no se dió este - en un sentido amplio, por las restricciones marcadas en la - Constitución (Artículo 14), sí se pensó en un arbitrio racional, lo cual se logro de acuerdo con los artículos 51 y 52 - del Código Penal; así como con la pena que se aplica a cada_ delito en la que se habló de un máximo y un mínimo rango en_ el que se puede manejar el arbitrio judicial; con excepción_ del delito de robo y lesiones. Este arbitrio racional consis_ te en dejar en libertad al juez para valorar las circunstan_ cias objetivas que concurren en la comisión del hecho delictu_ oso y las subjetivas del infractor. Con lo que se justifi_ ca los capítulos de atenuantes y agravantes de primera a --- cuarta clase, así como el enorme listado de atenuantes y a_ agravantes, siendo substituidas como ya se dijo por el artícu_ lo 51 el cual previene los límites fijados por la ley, para_ que los jueces apliquen las sanciones establecidas para cada_ delito, teniendo en cuenta las circunsatncias exteriores de_ ejecución y las peculiares del delincuente, y por el artícu_ lo 52 que enumera esas circunstancias en forma positiva.

Artículo 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendran en cuenta :

1° La naturaleza de la acción u omisión de los medios - empleados para ejecutarla y la extensión del daño causa_ do y del peligro corrido;

2° La edad, la educación, la ilustración, las costum--- bres y la conducta precedente del sujeto, los motivos - que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus con_ diciones económicas;

3° Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse, así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Con lo anterior el juez puede obtener una descripción de la personalidad psicológica, social y moral del autor del delito, el perfil del delincuente ocasional o habitual, así como un análisis de las causas mismas y móviles que dieron origen al delito.

Por otra parte el Lic. Ceniceros, puso de manifiesto que los autores de este ordenamiento no quisieron afiliarse por completo a ninguna tendencia, ya que consideraban que cada una de las Escuelas, tenían parte de la verdad. Por lo que el Código Penal de 1931 presentó una tendencia ecléctica entre la doctrina Clásica y la Positiva, presentando las siguientes modalidades:

- A).-"Fija la legalidad del peligro, de acuerdo con el principio "Nullum Periculum sine previa lege penale"

- B).- Radiación del concepto pena como castigo.
- C).- El principio del estado peligroso se admite en el aspecto criminal en los artículos 52 y 255, pero - éste último con una formulación administrativa y - no médico - legal.
- D).- Establece un tratamiento mitigado para los delitos políticos, señalando por primera vez cuales son -- estós.
- E).- En el robo famélico, consagra una posición revolucionaria frente a la propiedad y
- F).- En el problema de la reincidencia, tiene en cuenta las sentencias dictadas por tribunales extranjeros y en algunos aspectos de los delitos que afectan - la comunidad internacional, no hace distinción para los efectos de la pena, aunque se trate de daños extranjeros".(147)

Por otro lado, el Código de 1931, emplea indistintamente los vocablos "penas" y "sanción" en virtud de que; según el maestro Carrancá y Trujillo, "encontrarlos inoperantes si no traducen una real situación y por ser usual el primero en nuestro léxico".(148)

Cabe hacer mención que el Código Penal de 1931, vigente, enuncia conjuntamente las penas y las medidas de seguridad,-

(147) IDEM.; Pág. 15

(148) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 130

toda vez que, conforme a la orientación seguida por sus autores, la distinción corresponde únicamente a la doctrina.

Es de trascendencia puntualizar que en catálogo contenido en el artículo 24 del Código Penal no comprende ninguna - de las penas prohibidas por la Constitución; y en cuanto a - la pena de muerte autorizada por el mismo artículo 22 Constitucional, para ciertos delitos, tampoco la comprende.

La codificación penal mexicana ha estado sujeta desde - 1931 a la fecha, a una gran variedad de modificaciones, lo - cual ha dado lugar ha que se obligue frecuentemente la conveniencia de hacer una obra nueva.

Hubo al respecto un anteproyecto oficial 1949, de solo - 381 artículos que nunca llegó al Congreso, y otro proyecto - de 1958, que no fue aceptado por el Poder Ejecutivo. Sin embargo estos sí influyeron en otras legislaciones locales (como las de los Estados de México y Michoacan).

Finalmente, en 1983, se presentó un Proyecto de Refor--mas al Código Penal, cuya redacción quedó a cargo de una Comisión precedida por el Dr. Sergio García Ramírez, Exprocura dor General de la República.

Las citadas reformas fueron promulgadas el 30 de diciem bre de 1983, durante el mandato del presidente Miguel de la Madrid Hurtado.

El citado decreto, reformó, adicionó y derogó al Código Penal de 1931 en un 14.2 por ciento aproximadamente.

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

- 5.1.- LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD SEGUN EL CODIGO PENAL VIGENTE
- 5.2.- CONCEPTO DE PENA Y MEDIDA DE SEGURIDAD
- 5.3.- CRITERIOS QUE DELINEAN LA NATURALEZA DE LAS PENAS Y --
MEDIDAS DE SEGURIDAD
- 5.4.- DIFERENCIAS ENTRE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
- 5.5.- TEMPORALIDAD DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD
- 5.6.- IMPUTABILIDAD E INIMPUTABILIDAD
- 5.7.- APLICACION DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

CAPITULO V

DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

5.1.- Las Penas y Medidas de Seguridad según el Código Penal vigente.- El Código Penal mexicano señala en su artículo 24_ la aplicación de las siguientes penas y medidas de seguridad:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria.
- 7.- Derogado.
- 8.- Decomiso o pérdida de instrumentos y objetos relacionados con el 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 sentencia.
- 15.- Vigilancia de la autoridad.
- 16.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 17.- Medidas tutelares para menores.
- 18.- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

Y las demás que fijen las leyes.

Como podemos apreciar en lo antes escrito el Código Penal, solo nos provee un listado en el cual aparecen tanto penas como medidas de seguridad, sin que se establezca concretamente la diferencia entre unas y otras, por lo que recurriremos a la doctrina para ello.

5.2.- Concepto de Pena y Medida de Seguridad.

A) Pena: Según el Diccionario Jurídico Mexicano, nos dice que viene (del latín poena; castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta). Disminución de uno o más bienes jurídicos impuesta jurisdiccional-

mente al autor de un acto antijurídico (delito), que no representa la ejecución coactiva, efectiva, real y concreta del precepto infringido, sino su reafirmación ideal, moral y simbólica.(149)

No obstante debemos tener presente que los más destacados juristas han dado su definición de la pena enfocándola desde el ángulo particular de su pensamiento o de la escuela a la que pertenecen. De tal forma tenemos que la pena es para unos retributiva, para otros preventiva, intimidativa, repressiva. Estableciéndose en la actualidad dos corrientes fundamentales de matices extremos que son la retribución y la prevención.

Las penas se fundan en la culpabilidad, por eso sólo se aplican post delictum y por determinación de los tribunales penales, apoyadas en el principio de legalidad de la pena -- nulla poena sine lege, ésta se aplicará de acuerdo con lo ordenado por la ley, creándose una garantía para el procesado.

B) Medidas de Seguridad: Son medios preventivos especiales, privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por autoridad judicial competente a determinados delincuentes para la obtención de a) su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación); b) su separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) readaptación, a prevenir también la comisión de nuevos delitos."(150)

(149) Instituto de Investigaciones Jurídicas; Diccionario Jurídico Mexicano; Universidad Nacional Autónoma de México; Ed. Porrúa S. A., México; 1991; Pág. 2372

(150) Cuello Calón, Eugenio; La Moderna Penología; Ed. Bosch; Barcelona; España; 1958; Pág. 88

Las medidas de seguridad se fundan en la peligrosidad, sólo se aplican como consecuencia de la perpetración de un delito y recaen sobre la peligrosidad postdelictual. Su imposición queda reservada a los tribunales de justicia que la ordenan en la sentencia con todo género de garantías para el sentenciado, pues estas medidas encierran una restricción, más o menos grave de la libertad y de otros bienes jurídicos del sujeto sometido a ellas. Correspondiendo su aplicación a las autoridades administrativas.

El artículo 24 del Código Penal confundiendo penas y medidas de seguridad, autoriza también la aplicación de éstas últimas por los tribunales penales. De ellas solo no son aplicables por los citados tribunales las señaladas en el numeral 17.

Como ya ha sido citado en capítulos anteriores, podemos decir que las sanciones penales persiguen diversos fines tales como, la represión, la retribución, la intimidación social, la prevención especial, etc.; perteneciendo a estas últimas por su carácter propio las medidas de seguridad, teniendo como objeto su aplicación a personas que por sus características mentales o físicas así lo requieran, para con esto tratar de evitar nuevos ilícitos.

5.3.- Criterios que Delinean la Naturaleza de las Penas y Medidas de Seguridad.

a) En razón a la causa necesaria para su aplicación. - La pena se aplica en base al acto culpable, mientras que la medida de seguridad, se impone a causa del estado de peligro

sidad criminal del sujeto. Por lo que la pena se modula en - relación con el hecho cometido, en tanto que la medida de seguridad obedece a una contemplación sintomática del delito - fundamentándose su aplicación en razón de la personalidad -- del delincuente. (151)

b).- Por su fundamento.- El fundamento de la pena, radica en la justa retribución del hecho delictivo, teniendo como objetivo primordial la prevención de la delincuencia. Por lo que hace a la medida de seguridad criminal, se encuentra fundamentada en el estado personal de peligrosidad del sujeto y tenderá preferentemente a la prevención especial del delito. Ahora; las penas se regularán de acuerdo con su esencia retributiva y su objeto será la prevención general en tipos o supuestos de hecho, mientras que las medidas de seguridad criminales se modelarán con relación a su finalidad de prevención especial, en tipos criminológicos del autor.(152)

Para Rocco las penas son medios fundamentales de lucha contra el delito, sea de parte del delincuente, sea de parte de la víctima, sea de la colectividad. No atiende sólo al delincuente sino a todo el mundo. Considera la prevención especial como medio de eliminación o de corrección y, además, -- por la intimidación y la prevención general; ejemplaridad y funcionamiento que satisfacen porque impiden la venganza y - las responsabilidades.

Las medidas de seguridad aplicadas al igual que las penas, Post Factum, tomada por la autoridad judicial; acceso--

(151) Repolles, Quintano; Curso de Derecho Penal; Ed. Rep.; Madrid, España; 1980; Pág. 573.

(152) Mezger, Eduardo; Tratado de Derecho Penal; Traducido - por Rodríguez Muñoz y adicionado por Quintano Repolles; Ed. Padova; Madrid, España; 1951; Pág. 453.

rias y substitutivas de las penas o alternadas con ellas. --- Constituyen una defensa contra el peligro de nuevos delitos_ de parte del delincuente. Prevención especial por medio de - la eliminación o de la corrección.

Es decir, las medidas de seguridad constituyen una de-- fensa contra el peligro de nuevos delitos, por parte del de-- lincuente (Prevención especial, eliminación, corrección); y las penas son una defensa contra el peligro de nuevos deli-- tos, pero no sólo por parte del delincuente, sino también -- por parte de la víctima, sus próximos o aun de parte de la colectividad. (153)

C) por su identidad.- En la actualidad se han unificado criterios en la doctrina, en cuanto a que la pena ha de ten-- der en su ejecución a la reeducación del individuo delincuen-- te; siendo éste también el espíritu del artículo 18 de la - Constitución Mexicana, en base a tal afirmación, ciertos sec-- tores doctrinales han llegado a deducir la identidad entre - la pena y la medida de seguridad.

No obstante lo anterior debemos tener en cuenta que la - pretendida humanización de la pena admitida, a su vez, por -- los más firmes retribucionistas, no implica la negación de su carácter esencialmente retributivo; ya que la pena es siempre retributiva. No importa que, aun sin pretender conseguirlo, - produzca efectos preventivos que alejen del delito a los miem-- bros de la colectividad por miedo al mal que conlleva, co-- mo generalmente se admite, ni que aspire directamente ---

(153) Autor citado por González de la Vega, Francisco; Ob. -- Cit.; Pág. 108.

a semejante función de prevención general, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estos beneficiosos resultados o deseadas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo.

La justa retribución es la medula de la pena, sin ella no sería posible hablar de justicia penal. Sin embargo su naturaleza retributiva no es obstáculo para que sea aplicada con finalidad reformadora, a la que debe aspirarse con el mayor empeño cuando tal fin deba y pueda ser alcanzado. (154)

La diferencia entre pena y medida de seguridad deberá persistir mientras la finalidad esencial de aquella radique en la prevención general a través de una justa retribución del hecho frente al fin, entendiéndose por esta, la proporcionalidad que debe existir entre el delito culpable cometido y la pena a imponer y exclusivamente la de prevención especial que impera en las medidas de seguridad. (155)

Por otra parte, las medidas de seguridad que tienden en base al juicio de peligrosidad a la prevención especial, produce evidentemente efectos de prevención general en casos como los supuestos de medidas de seguridad privativas y restrictivas de libertad.

D).- Por su ejecución.- De acuerdo con las diversas corrientes doctrinales que se han expuesto, toca ahora el proyectarlas hacia la práctica penitenciaria, a través de un tratamiento apropiado al carácter de las penas y medidas de

(154) Cuello Calón, Eugenio; Ob. Cit.; Pág. 17

(155) Carvallo, D.; El Problema de los Raptos; Ed. Rep.; Madrid, España; 1960; Pág. 252.

seguridad criminal. Desafortunadamente la realidad es muy -- distinta y ha dado lugar a que cierto sector doctrinal considere de igual naturaleza tanto a las penas como a las medidas de seguridad. Tal afirmación a tratada de apoyarse en el hecho de que la ejecución de las medidas de seguridad (sobre todo las privativas de la libertad), no difieren en esencia de las auténticas penas, sin embargo tal identidad es accidental, ya que puede y debe ser solucionada, mas no cuenta con el suficiente fundamento como para que se olviden las diferencias esenciales que la doctrina ha elaborado.

La solución más viable será procurar que las penas y -- las medidas de seguridad criminales, se compurguen en establecimientos adecuados a su diferente fundamento, de acuerdo con los principios rectores ya señalados y, con el sentido -- criminológico peculiar que deberá predominar en el régimen interior de los establecimientos, en la ejecución de las medidas de seguridad. Con relación a la pretendida identidad -- habra que recordar las palabras de R. Maurach, "la práctica -- ha sometido al internado, en el caso del internamiento de seguridad, al general régimen ejecutivo de la pena, de tal --- suerte, que el virulento término acuñado por Kohlrausch --- "fraude de etiquetas", ha encontrado su ejecución: el paso -- del presidio a un internamiento de seguridad, se agotaba frecuentemente en la traslación del preso bajo un régimen invariable "del ala oriental a la occidental" del establecimiento".(156)

5.4.- Diferencias entre las Penas y las Medidas de Seguridad. Se ha planteado el problema sí entre las penas y las medidas

(156) Maurach, R.; Tratado de Derecho Penal; Ed. Rep.; Madrid, España; Tomo II; 1961; Pág. 583.

de seguridad existe unidad o dualidad, ya que mientras que algunos autores entienden que la separan diferencias profundas, otros consideran que tales diferencias son puramente -- ilusorias, aunque cabe decir que tanto en la doctrina como en las legislaciones impera un criterio dualista.

Según Stoos, cuya opinión comparten en líneas generales Alimena, Garraud, Thyren y otros, las diferencias que median entre las penas y las medidas de seguridad son las siguientes:

- a) "Mientras la pena se impone a consecuencia del delito, la medida de seguridad se funda en el carácter -- dañoso o peligroso del agente; en algo relacionado con una acción punible;
- b) Mientras la pena ocasiona un sufrimiento, la medida de seguridad aunque puede también ocasionarlo, no -- lleva nunca tal fin;
- c) Mientras la pena se impone en función de la importancia del bien lesionado, la medida de seguridad tiene establecida su duración solo en términos generales;
- d) Mientras la pena es una reacción contra la lesión -- producida, la medida de seguridad debe proteger a la sociedad antes que buscar el resarcimiento del daño -- ocasionado." (157)

(157) Autor citado por el Dr. Noretta Easolino, Alfredo; Enciclopedia Jurídica Omeba; Tomo XXI; Ob. Cit.; Pág. -- 970.

Como podemos observar para Stoos, la pena se impone al culpable como consecuencia de un delito, es medio para causarle un sufrimiento, se determina conforme al valor del bien jurídico atacado, según la gravedad del hecho y la culpabilidad del agente y constituye una reacción estatal contra la lesión o peligro de un bien penalmente protegido. Las medidas de seguridad, por el contrario, presentan caracteres muy distintos; tienen por base la estimación de la nocividad o peligrosidad del agente, son un medio de seguridad ligado a una privación de libertad o a una restricción de los derechos de una persona, no tienden a imponer al culpable un sufrimiento penal, su duración se determina por la ley en atención a su fin de seguridad, y cuando consisten en un influjo educativo aquella depende del éxito de este influjo, y protegen a la sociedad de daños y peligros provenientes de personas que han cometido un hecho punible.

Estas diferencias de esencia entre penas y medidas de seguridad (dualismo) han sido ampliamente acogidas por la doctrina, manteniéndolas en vigor numerosos autores.

Por otra parte, el problema enormemente debatido, de si han de ser mantenidas las esenciales diferencias que entre penas y medidas de seguridad se señalan (dualismo), o si, por el contrario, ambas deben fundirse (monismo) no es de fácil solución. La cuestión se plantea principalmente respecto de las medidas privativas de libertad, en cuanto a las que constituyen restricciones de otros bienes jurídicos la dificultad es menor, pues sus diferencias o no existen o son menos marcadas, o su calificación como, penas o medidas de seguridad, no es de especial trascendencia. Muchas de las diferencias que antiguamente se señalaron entre las penas y medi

das de seguridad se van borrando.

Siendo importante el tener presente que ya no es posible sostener, como se hacía anteriormente, que la medida de seguridad, a diferencia de la pena, no implica un sufrimiento. Ya que la pérdida, o la restricción de la libertad, siempre es dolorosa, en particular cuando la medida es de larga duración.

Semejante carácter aflictivo da, por consiguiente, a la medida de seguridad un marcado tono intimidativo realizando así una función de prevención general.

Eugenio Cuello Calón nos da como las más importantes -- diferencias entre la pena y la medida de seguridad privativas de la libertad las siguientes:

- 1) "La pena es esencialmente retribución del delito cometido, toma en cuenta principalmente el hecho perpetrado, y aspira a la realización de justicia, se impone sobre la base de la culpabilidad del reo, nulla poena sine culpa, y, por consiguiente, sólo los sujetos imputables y culpables pueden ser objeto de pena, y su grado de culpabilidad es la norma para la determinación de ésta. Diversamente, la medida de seguridad aspira a la prevención de nuevos delitos, mira el porvenir, a diferencia de la pena, que sólo atiende al pasado; se impone no en consideración a la culpabilidad del sujeto, sino en atención a su peligrosidad, y mientras la pena sólo se aplica a individuos imputables y culpables; esta medida se reser-

van para los sujetos inimputables o de imputabilidad atenuada.

- 2) La pena por otra parte, no solo realiza su función -- sobre la persona del infractor, sino que toma en -- cuenta tradicionales sentimientos hondamente arraigados en la conciencia colectiva que exigen el justo -- castigo del delito, mientras que la medida de seguridad desconoce y descuida por completo el sentimiento de justicia de la masa popular. La pena realiza una -- función de prevención general, sobre delincuentes y -- no delincuentes, la medida solo debe ser empleada -- como medio de prevención especial, de reincorpora-- ción social del sujeto".(158)

Para las medidas de corrección y curación, señala Cuello Calón, no se han presentado dificultades; por lo general se admite que el tratamiento de jóvenes delincuentes, alcohólicos y toxicómanos y el de delincuentes enfermos y anormales mentales son efectivas medidas de seguridad. El problema surge en cuanto al carácter que ha de revestir el interna-- miento de seguridad de criminales habituales, que en unos -- países lleva la etiqueta de medida de seguridad, y en otros -- se considera como pena y ésta creo, es su verdadera naturale za. Los criminales habituales son individuos imputables y -- culpables, por cuya razón la medida aplicable debe tener carácter de pena. La mayoría de las legislaciones que estable-- cen su internamiento con sentido de medida de seguridad -- lo reconocen implícitamente, pues en primer lugar disponen la ejecución de la pena correspondiente al hecho cometido, -- aseguran el justo castigo del delito, que sólo puede ser im-- puesto a los sujetos imputables y culpables, y, una vez cum--

plida la justicia mediante la ejecución de la pena merecida, en atención a la peligrosidad del criminal habitual y con -- vistas de protección social, se procede a ejecutar la medida de seguridad. Primero la pena realiza su función de justicia, después la medida de seguridad cumple una misión de defensa_ social.(159)

Por otra parte, la evolución realizada por la pena la - aproxima más cada día a la medida de seguridad. Aun cuando - algunos penalistas le atribuyen un único sentido expiatorio y retributivo. Otros en gran número, han defendido la pena - retributiva, le asignan también una finalidad reformadora y en ciertos casos defensiva, sin contar con la gran masa de - los defensores de la pena-tratamiento que, de modo exclusivo, le atribuyen una función rehabilitadora.

Así pues, actualmente se señalan fines análogos a los - de medida de seguridad. Y a ésta además de su predominante - sentido preventivo, se le reconoce un indudable carácter --- aflictivo, e incluso intimidativo, es decir, rasgos peculia- res de la prevención general. Es decir la pena y medida de - seguridad, presentan ciertos caracteres comunes que atenúan en grado importante las tajantes diferencias que entre ellas establecen tantos penalistas.

Sin embargo semejante fusión entre una y otra no sería - imposible en el caso de las medidas de tratamiento curativo, _ como en el caso de delincuentes alcohólicos y fármaco depen- dientes, en las que a su sentido primordialmente preventivo - la aflicción causada por el internamiento puede unir elemen- tos de prevención.

En conclusión podemos decir que no obstante que penas y medidas de seguridad se acercan más cada día, no pueden llegar a confundirse, pues la aspiración a la realización de la justicia, que es esencia de la pena, impedirá su completa fusión.(160)

Mas a pesar de las indudables semejanzas que existen en tre penas y medidas de seguridad, y aun cuando en especial - no existen en la práctica relevantes diferencias entre ellas, debe reconocerse que las medidas de seguridad detentivas, -- las de tipo correccional y en particular las curativas, po-- seen naturaleza diversa de la pena y se proponen la realiza-- ción de fines distintos a los asignados a ésta.

A pesar de todo lo planteado, no falta quien afirme que este problema carece de importancia práctica, que es indife-- rente rotular con la etiqueta de pena o de medida de seguri-- dad. En pero, la distinción entre ambas tiene no escasa tras cendencia, y así lo prueban sus diferencias formales ya seña ladas. Desde el punto de vista del delincuente, es de gran - importancia saber si puede gozar o no de las ventajas de la_ condena condicional, de la detención preventiva, etc., dere-- chos que no se conceden a los sometidos a medidas de seguri-- dad.

5.5.- Temporalidad de las Penas y Medidas de Seguridad Priva tivas de Libertad.- En el presente título se tratará de ana-- lizar brevemente la situación que guardan, por un lado los - reos que cumplen una pena privativa de libertad (concretamente la pena de prisión), y por el otro, aquellos inimputables_ que como medida de seguridad se encuentran bajo reclusión en manicomios.

El artículo 25 del Código Penal vigente, define la pena de prisión como "la privación de la libertad corporal"; la cual "sera de 3 días a 40 años", debiéndose cumplir en "las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señale el órgano ejecutor de las sanciones penales", es decir, la Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social, dependiente de la Secretaría de Gobernación. (161)

A su vez, el artículo 18 Constitucional ordena la completa separación física de los lugares o "sitios" destinados para la extinción de las penas de los que deban asignarse a la prisión preventiva. Por otro lado, también toma en cuenta el local destinado a las mujeres delincuentes, las que purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

En cuanto a los límites amplísimos de la pena de prisión que va de 3 días a 40 años, Raúl Carrancá y Rivas señala que "eminentes especialistas en la materia opinan que después de 8 a 10 años la prisión es inútil y hasta contraproducente". (162). Por otra parte el maestro Carrancá y Trujillo manifiesta sobre este punto que "cabe tener presente que el aumento a 40 años (ya que inicialmente era de 30 años y fue reformado el 31 de diciembre de 1954 ...) que marca el artículo 25 del Código Penal vigente, de la pena de prisión, no constituye por sí mismo un medio adecuado y suficiente para combatir la evolución y el aumento de la delincuencia, cuyas

(161) Ley de Normas Mínimas Sobre Readaptación Social de Sentenciados; Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Código Federal de Procedimientos Penales; artículos 38; 575 y 529 respectivamente.

(162) Carrancá y Rivas, Raúl; Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México; Ed Porrúa S. A.; México; 1982; Pág. 445.

causas complejas requieren otros tratamientos."(163)

Por lo que se refiere a la temporalidad en la aplicación de las medidas de seguridad privativas de libertad, el artículo 69 del Código Penal señala lo siguiente: "En ningún caso la medida de tratamiento impuesta 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 continúa necesitando el -- tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables."

5.6.- Imputabilidad e inimputabilidad.- Es necesario precisar estos conceptos, para la adecuada comprensión de la aplicación de las penas y medidas de seguridad por lo que haré breve referencia a los mismos:

A) Imputabilidad.- Para ser culpable el sujeto, precisa que antes sea imputable; si en la culpabilidad, intervienen el conocimiento y la voluntad se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades. Para que el individuo conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce; luego la actitud (intelectual y volutiva) -- constituye el presupuesto necesario de la culpabilidad. Por eso a la imputabilidad (calidad del sujeto, capacidad ante el derecho penal) se le debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Es la capacidad de obrar en derecho penal, es decir, de realizar actos refe-

(163) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl; Código Penal Anotado; Ed. Porrúa S. A.; México; 1979; -- Pág. 110; nota 100

ridos al derecho penal que traigan consigo las consecuencias penales de la infracción. En pocas palabras, podemos definir la imputabilidad como "la capacidad de entender y de querer_ en el campo del derecho penal".(164)

Será imputable, según Carrancá y Trujillo "todo aquel - que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas - exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto o idóneo jurídicamente, para observar una conducta que -- responda a las exigencias de la vida en sociedad humana". (165)

En tanto que Sebastián Soler manifiesta que la "imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud y madurez espiritual del autor, de valorar correctamente los deberes y el de obrar conforme a ese conocimiento".(166)

La imputabilidad es pues, el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal que lo capacitan para responder_ del mismo.

B) Inimputabilidad.- Si la imputabilidad, según el criterio más generalizado, es la capacidad del sujeto para conocer el carácter ilícito del hecho y determinarse espontáneamente conforme a esa comprensión, la inimputabilidad supone, consecuentemente la ausencia de dicha capacidad y por ello - incapacidad para conocer la ilicitud del hecho o bien para - determinarse en forma espontánea conforme a esa comprensión.

(164) Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 217 y S.S.

(165) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 415.

(166) Soler, Sebastián; Ob. Cit.; Pág.35

"Sólo por excepción el derecho positivo define la imputabilidad por lo que su concepto dogmático debe extraerse de las normas que regulan el tratamiento aplicable a los menores de edad o a los enfermos mentales, así como de los casos que taxativamente recoge la ley como excluyentes de responsabilidad y en los cuales es el trastorno mental la razón legal de su impunidad".(167)

Para determinar las causas de inimputabilidad las legislaciones emplean principalmente los criterios biológico, psicológico y mixto.

El criterio biológico se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionado con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto. Nuestro Código apoyado en ese criterio determina la edad de 18 años para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables penalmente.

El psiquiátrico, elabora la noción de inimputabilidad en función del trastorno mental, sea este transitorio o permanente, en cuyo último caso designasele comunmente con el nombre de enfermedad mental o anomalía psicosomática permanente. El criterio psicológico, apoyándose en el concepto -- que desde tal punto de vista merece el sujeto, calificándolo de inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la inmadurez mental, independientemente del factor cronológico y toda clase de alteraciones o traumas psíquicos "que afectan la esfera intelectual de la personalidad o constriñen su voluntad, o alteraciones más o menos profundas del biosiquismo en la medida en que disminuyan su capacidad de comprensión y de ac

(167) Pavón Vasconcelos, Francisco; Manual de Derecho Penal Mexicano; Ed. Porrúa S. A.; México; 1984; Pág.367

tuación". El mixto permite el empleo de las anteriores combinaciones. (168)

La legislación mexicana adopta un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende a este triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (estado de inconsciencia y enfermedades mentales).

b) Miedo grave.- La fracción IV del artículo 15 del citado Código Penal, establece como excluyentes de responsabilidad: "el miedo grave o el temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en la persona del contraventor o a la necesidad de salvar su propia persona o sus bienes o a la persona o bienes de otros, de un peligro real, grave e inminente, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial.

El miedo grave constituye una causa de inimputabilidad, esta reacción obedece a procesos causales psicológicos, mientras el temor encuentra su origen en procesos materiales.

c) La sordomudez.- Es causa de inimputabilidad porque se considera que quienes la padecen no tienen un conocimiento real de lo que es la comisión de un acto antijurídico, es decir tienen una apreciación de su entorno en un concepto disminuido.

C) Culpabilidad.- Como ya se citó anteriormente la inimputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y --- constituye la capacidad del sujeto para entender y querer en el campo penal.

Una conducta será delictuosa no solo cuando sea típica_ y antijurídica, sino además culpable. Por otra parte, se considera culpable la conducta, según Eugenio Cuello Calón, --- cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre_ ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada.(169)

Jiménez de Azúa define el término de la forma siguiente "en el más amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabi_lidad personal de la conducta antijurídica"(170)

Por su parte Fernando Castellanos define "la culpabili_dad como el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto_ con su acto".

Por lo tanto sólo el individuo que siendo imputable en_ general, deba responder en concreto del hecho penal determi_nado que se le atribuya, es culpable. Esto es, la culpabili_dad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión_ con relación al hecho de que se trate.

D).- Peligrosidad.- La teoría del estado peligroso ha - sido perfeccionada últimamente, distinguiéndose entre los eg_tados peligrosos predelictivos (infractores defectuosos, de_generados o anormales, por antecedentes y por vías de habito o de pasion), y los posdelictivos, que se comprueban por la misma infracción penal, teniéndose entonces por medida de la peligrosidad la infracción misma considerarla ya como resul-

{169} Cuello Calón, Eugenio; Ob. Cit.; Pág. 290

{170} Autor citado por Castellanos, Fernando; Ob. Cit.; Pág. 231

tante de un fenómeno humano y social complejo y no como entidad legal. La aplicación de una pena a un sujeto imputable debe sustentarse en la prueba de su responsabilidad y ésta tiene como fundamento el estado peligroso, por que la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal. Pero debe distinguirse entre peligrosidad social y criminal; la primera es subjetiva, es la sola aptitud, mientras que la segunda es objetiva, es la misma -- aptitud revelada objetivamente por el delito, y mientras en el Derecho Penal rija la garantía criminal, aquella caerá -- fuera del campo penal propio; a la peligrosidad social deben dedicarse las medidas de seguridad y a la criminal las penas como consecuencia del delito, si bien teniendo aplicación -- también en relación con estas la peligrosidad, pero solo --- cuando de individualizar dichas penas se trate en vista de -- la viciosa inclinación para delinquir revelada por el delito mismo. (171)

5.7.- Aplicación de las Penas y Medidas de Seguridad.- El Código Penal vigente, en su catálogo general, de sanciones, no establece concretamente la diferencia entre penas y medidas de seguridad, probablemente por que su distinción corresponde a la doctrina y varía en sus distintos casos de aplicación.

Este punto, es la parte medular del presente trabajo de investigación, en el cual pretendo que se tenga claramente definido dentro de las sanciones del Código Punitivo cuales son penas y cuales medidas de seguridad, y así proceder correctamente para su adecuada aplicación, además de ser posible, sean citadas unas y otras en artículos diferentes.

(171) Carrancá y Trujillo, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 418 y S.S.

Por lo cual iniciaré por clasificarlas de la forma siguiente: a) medidas de seguridad, b) penas y c) penas que deben de tener paralelamente aplicación de medidas de seguridad.

a) Medidas de seguridad.- Retomando su definición diré que estas se fundan en la peligrosidad del sujeto (nivel educativo, salud tanto mental como física, entorno social, condiciones específicas existentes en el momento de la comisión del ilícito), y sólo se aplican como consecuencia de la perpetración de un delito; son medios preventivos especiales, --privativos o limitativos de bienes jurídicos, impuestos por autoridad judicial competente a determinados delincuentes para la obtención de a) su readaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección y curación), b) su separación de la misma (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables); c) readaptación, a prevenir también la comisión de nuevos delitos.

En base a lo antes mencionado, citaré nuevamente el artículo 24 del Código Penal vigente en lo referente a los numerales 2, 3, 17, 4, 5, 8, 9, 11, 12, 13, 15, 16 y 18 en ese orden respectivamente.

Numeral 2.-"Tratamiento en libertad, semilibertad y tra bajo en favor de la comunidad."

En relación a este numeral, tenemos el artículo 27 del mismo ordenamiento punitivo que a la letra dice: "El tratamiento en libertad de imputables consiste en la aplicación de las medidas laborales, educativas y curativas, en su caso autorizadas por la ley y conducentes a la readaptación social del sentenciado, bajo la orientación y cuidado de la --

autoridad ejecutora. Su duración no podrá exceder de la correspondiente a la pena de prisión sustituida.

La semilibertad implica alternación de períodos 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 sustituida.

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

Cada día de prisión será sustituido por una jornada de trabajo en favor de la comunidad.

La extensión de la jornada de trabajo será fijada por el juez tomando en cuenta las circunstancias del caso.

Por ningún concepto se desarrollará este trabajo en forma que resulte degradante o humillante para el condenado."

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

En cuanto a las medidas para inimputables tenemos que - el artículo 67 del ya citado Código Penal nos dice: "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 institución correspondiente para su trata-- miento.

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

Por otro lado el artículo 68 del mismo Código señala -- "Las personas inimputables podrán ser entregadas por la auto_ ridad 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 vigilan_ cia, garantizando, por cualquier medio y a satisfacción de - las mencionadas autoridades el cumplimiento de las obligacio_ nes contraídas.

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

Por su parte el artículo 69 del multicitado Código Pe--

nal dice: "En ningún caso la medida de tratamiento impuesta 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 continúa necesitando el tratamiento, lo pondrá a disposición de las autoridades sanitarias para que procedan conforme a las leyes aplicables."

En cuanto a la toxicomanía en sí misma, el uso de estupefacientes en forma aislada o crónica, no fue objeto de la reglamentación legal del Código Punitivo, abandonando el problema a las autoridades administrativas, las que por medio de la hospitalización obligatoria de los viciosos, pueden -- combatir con mayor eficacia este grave problema. Al respecto se atenderá a lo dispuesto en el artículo 6o. por lo que se aplicará supletoriamente la Ley Federal de Salud.

Por su parte la Suprema Corte de Justicia resolvió que la reclusión de toxicómanos debería interpretarse, no como una medida represiva jurídico-penal, sino como un procedimiento tutelar administrativo para el tratamiento y cura de los pacientes y como medida de seguridad, destinada a evitar la comisión de verdaderos delitos o el contagio de costumbres viciosas.

En cuanto al problema de la delincuencia originada por estados de insania mental, el Código Punitivo, adoptó una -- postura radical y positiva. Siguiendo al respecto el sistema de la defensa social.

En resumen, la responsabilidad de los sujetos que delinquen cuyo estado mental es anormal en forma permanente, se aprecia desde el punto de vista de su peligrosidad, pero no

debe aplicárseles una pena, sino una medida de seguridad, al término del proceso, reclusiéndolos en manicomios o en departamentos especiales por todo el tiempo necesario, para su cu ración y sometidos, con autorización del facultativo, a un régimen de trabajo.

Cabe hacer mención que en relación a lo antes manifesta do, no se da fácilmente en la práctica, ya que se tiene la experiencia de que algunos abogados se valen de ciertas prácticas para tratar de acreditar la inimputabilidad en su de--fendido, y de esta forma liberarlo más rápidamente, ya que piden para su representado se le hospitalice o interne en alguna institución curativa, tratando de evitar con esto la --cárcel que es lo que procedería.

Dadas las circunstancias anteriores, en este tipo de casos de pena privativa de libertad, debe dársele participa---ción al C. juez para su autorización, y evitar el abuso de estas alternativas (granjas). Es de hacerse notar lo inadecuado de las penas privativas de libertad de corta duración, para personas que necesitan tratamientos especiales ya sea --psiquiátricos o de otra índole, ya que en lapsos reducidos de tiempo no es factible alcanzar la readaptación social ver dadera del delincuente, y lo único que se logra es tener a--fuera un delincuente potencialmente reincidente. Por lo que en estos casos no se les deberá aplicar penas alternativas.

Para tratar de evitar lo anterior los criminólogos, ponen de manifiesto la necesidad de hacer una evaluación profesional y exhaustiva tanto en el aspecto psicológico como psiquiátrico, educación, entorno social y condiciones específicas que se dieron en el momento de la comisión del delito.

Lo anteriormente citado tiene relación directa con el artículo 15 del mismo compendio punitivo el cual nos enumera como circunstancias excluyentes de responsabilidad penal las siguientes: I. Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntarias; II. Padecer el inculpado, al cometer la infracción, trastorno mental o desarrollo intelectual retardado que le impida comprender el carácter ilícito del hecho, o conducirse de acuerdo con esa comprensión, excepto en los casos en que el propio sujeto activo haya provocado esa incapacidad intencional o imprudencialmente; III. Repeler el acusado una agresión real, actual o inminente y sin derecho, en defensa de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad racional de la defensa empleada y no medie provocación suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende. Se presumirá que concurren los requisitos de la legítima defensa, salvo prueba en contrario, respecto de aquel que cause un daño a quien a través de la violencia, del escalamiento o por cualquier otro medio, trate de penetrar, sin derecho a su hogar al de su familia, a sus dependientes o a los de cualquier persona que tenga el mismo deber de defender o al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que tenga la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la posibilidad de una agresión; IV. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado intencionalmente ni por grave imprudencia por el agente, y que éste no tuviere el deber jurídico de afrontar, siempre que no exista otro medio y menos perjudicial a su alcance; V. Obrar en forma legítima en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho; VI. Obrar en vir-

tud de miedo grave o temor fundado e irresistible de un mal inminente y grave en bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que no exista otro medio practicable y menos perjudicial al alcance del agente; VII. Obedecer a un superior legítimo en el orden jerárquico, aun cuando su mandato constituya un delito, si esta circunstancia no es notoria ni se prueba - que el acusado la conocía; VIII. Contravenir lo dispuesto en una ley penal dejando de hacer lo que manda, por un impedimento legítimo; IX. Derogado; X. Causar un daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito con todas las precauciones debidas, y XI. -- Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto -- activo que es lícita su conducta. No se excluye la responsabilidad si el error es vencible.

Cabe señalar que en la fracción II antes citada, se hicieron reformas, la cual tiene una mayor precisión en relación a las causas de inimputabilidad e introduce el desarrollo intelectual retardado que le impide al sujeto comprender la antijuricidad de su acto. Toda vez que expresamente deja establecido que el inculpaado de ciertos hechos criminales, - es inimputable, en primer término, cuando sufre un padecimiento que altere sus facultades mentales, trayendo como consecuencia la imposibilidad de exigirle que en ese estado, alcanzara a comprender la naturaleza de lo injusto. Por otro lado, no habla la reforma de las causas que provocan este -- trastorno mental. El precepto agrega la circunstancia de que pudiera existir un desarrollo intelectual retardado, que de igual manera le imposibilite al sujeto conocer los alcances de su conducta, lo que hace suponer que el sujeto por razones ajenas a su voluntad, no desarrolló normalmente las facultades intelectivas.

Por otra parte, y ya que la fracción II del artículo 15 ya citado, señala que la inimputabilidad es una causa que ex cluye la responsabilidad, la aplicación de los artículos 67 y 68 debe ser para los casos en que, no obstante encontrarse en la hipótesis de dicha fracción, se requiera de tratamiento.

"El fundamento para la aplicación de una medida para -- inimputables no es, por lo tanto, la existencia de un delito y, consecuentemente, la de una persona finalmente responsable, sino la de, por lo menos, un hecho relevante para el De recho Penal, es decir, de una conducta antijurídica, y la ne cesidad de tal tratamiento. Si no se dan esos presupuestos mínimos, no se puede justificar la imposición de una medida. (172)

Sobre el procedimiento relativo a los enfermos mentales, el Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 595 que, "tan pronto como se sospeche que el inculpado esté loco, idiota, imbécilo sufra cualquier otra debilidad, en enfermedad o anomalías mentales, el tribunal lo -- mandará examinar por peritos médicos, sin perjuicio de continuar el procedimiento en la forma ordinaria. Si existe motivo fundado, ordenará provisionalmente la reclusión del inculpado en manicomio o en departamento especial".

Siguiendo con dicho procedimiento el artículo 496 pre-- ceptúa que "Inmediatamente que se compruebe que el inculpado está en alguno de los casos a que se refiere el artículo anterior, cesará el procedimiento ordinario, y se abrirá el es pecial, en el que la ley deja al recto criterio y a la pru--

(172) Madrazo, Carlos A.; La Reforma Penal; Ed. Porrúa S. A.; México; 1989; Pág. 138

dencia del tribunal la forma de investigar la infracción penal imputada, la participación que en ella hubiere tenido el inculcado, y la de estimar la personalidad de éste, sin necesidad de que el procedimiento que se emplee sea similar al judicial".

Continuando con la secuencia procesal del mencionado -- Compendio Federal, el artículo 498 a la letra dice: "cuando en el curso del proceso el inculcado enloquezca, se suspenderá el procedimiento en los términos del artículo 468, fracción III, remitiéndose al loco al establecimiento adecuado para su tratamiento".

Concerniente a lo antes dicho, existe jurisprudencia de la corte, la cual prescribe lo siguiente:

"Según la teoría defensiva que inspiró al legislador de 1931, los enfermos mentales por el grado de peligro que revelan son tan responsables como quienes ejecutan un hecho punible en el completo uso de sus facultades psíquicas; pero de acuerdo con los principios de la responsabilidad clásica, basada en la voluntad del agente de la infracción, que consagra la Constitución en el capítulo de garantías individuales, debe absolverseles por ser irresponsables en virtud de no haber tenido conciencia del acto ejecutado, ya que otra cosa equivaldría a seguirles un proceso criminal ficticio sin que en realidad se cumpliera con las formalidades del procedimiento, como son, entre otras, que el acusado conozca bien el hecho punible que se le atribuye y esté en condiciones de aportar los datos que necesite para su defensa (A.J., t. XI, Pág. 860). Los enfermos mentales son irresponsables penalmente por las acciones u omisiones que hubieren cometido, definidas por la ley como delitos; pero quedan sujetos a las medidas de seguridad (A.J., t. V, Pág. 334). La responsabili--

dad de los sujetos que delinquen, cuyo estado mental es anormal en forma permanente, se aprecia en razón de su peligrosidad y desde el punto de vista social, pero no para aplicarles una pena sino una medida de seguridad al concluir el proceso, internándolos en manicomios o departamentos especiales por todo el tiempo que necesiten para su curación (A.J., t. XIX, Pág. 853). El hecho de que un delincuente sea un débil mental no es circunstancia excluyente de responsabilidad sino que solo debe tomarse en cuenta para la ejecución de la pena impuesta al acusado, conforme a las modalidades establecidas por la ley para esta clase de delincuentes (S.J., y. XXXIV, Pág. 918)" (173)

Por otra parte, pasando a la fracción 17 del citado artículo 24 que señala: "medidas tutelares para menores"

Al respecto diremos que por lo que hace al Código Penal para el Distrito Federal, los artículos 119 al 122 se encuentran derogados por la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal.

Cabe hacer mención y según observó García Ramírez "subsiste una reserva: Los mandamientos del Código Penal cuyo alcance es a un tiempo local y federal, según el caso, se hayan abrogados solamente por lo que toca al Distrito Federal.

La Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, señala lo siguiente:

Artículo 1º.- El Consejo Tutelar para Menores tiene por objeto promover la readaptación social de los menores

(173) Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl; - Ob. Cit.; Pág. 186.

de dieciocho años en los casos a que se refiere el artículo siguiente, mediante el estudio de la personalidad, la aplicación de medidas correctivas y de protección y la vigilancia del tratamiento."

Este artículo habla de la readaptación social de los infractores como meta de la actividad de los Consejos, Así se recoge el sentido de las medidas de seguridad (médicas, educativas, sociales, laborales, etc.), que el órgano dispone. De tal suerte, el tratamiento al que alude la parte final -- del artículo 18 de la Constitución Política es entendido como vía para obtener semejante readaptación. (174)

El primer instrumento para la readaptación social, por la que el Consejo pugna es el estudio de la personalidad. Al procedimiento en materia de menores infractores interesa, -- fundamentalmente, la personalidad del sujeto, que en este orden de cosas excede la trascendencia al hecho consumado o a la misma situación de peligro. (175)

Artículo 2º, . "El Consejo Tutelar intervendrá en los términos de la presente ley, cuando los menores infrinjan -- las leyes penales o los reglamentos de policía y buen gobierno, o manifiesten otra forma de conducta que haga presumir, -- fundadamente, una inclinación a causar daños, así mismo, a su familia o a la sociedad, y ameriten, por lo tanto, la actuación preventiva del Consejo."

Por lo que se refiere a los restantes numerales del mencionado artículo 24 del Código Penal vigente y por su cono-

(174) García Ramírez, Sergio; Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada; Ed. Cárdenas; México; 1978; Pág. 271.

(175) IDEM.; Pág. 272.

tación especial y prevención de la comisión de nuevos delitos, además de los antes señalados agregaremos como medidas de seguridad los siguientes numerales: Confinamiento (numeral 4); prohibición de ir a lugar determinado (numeral 5); decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito (numeral 8); amonestación (numeral 9); causión de no ofender (numeral 11); suspensión o privación de derechos (numeral 12) inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos (numeral 13); vigilancia de la autoridad (numeral 15); suspensión o disolución de sociedades (numeral 16); decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito (numeral 18).

b) Penas.- Considerando la clasificación antes señalada continuaremos con las que consideramos tienen sólo el efecto de penas quedando con un perfil claramente definido de estas las siguientes: la sanción pecuniaria (numeral 6); y publicación especial de sentencia (numeral 14); esto en virtud de que aunque también miran a la prevención, se trata en estos casos de una prevención indirecta conatural a toda pena y no de la prevención especial propia de las medidas de seguridad.

Artículo 29.- "La sanción pecuniaria comprende la multa y la reparación del daño"; por lo que hace a la multa el Código Penal nos dice que: "La multa consiste en el pago de una suma de dinero al Estado que se fijará por días de multa, los cuales no podrán exceder de quinientos. El día multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado en el momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos...". En cuanto a la reparación del daño el artículo 30 del mismo precepto legal nos manifiesta lo siguiente: "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; II.- La indemnización del daño material y moral de los perjuicios causados; y III.- Tratándose de -- los delitos comprendidos en el Título décimo, la reparación_ del daño abarcará la restitución de la cosa o de su valor, y además, hasta dos tantos el valor de la cosa o los bienes obtenidos por el delito."

Por lo que se refiere al numeral 14, relativo a la pu-- blicación especial de sentencia el artículo 47 nos dice lo - siguiente: "La publicación especial de sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella, en uno o dos periódicos que circulen en la localidad. El juez escogerá los períodi-- cos y resolverá la forma en que debe hacerse la publicación.

La publicación de la sentencia se hará a costa del de-- lincuente, del ofendido si éste lo solisitare o del Estado - si el juez lo estima necesario."

c)Penas que deben tener paralelamente la aplicación de_ medidas de seguridad.- Por último hablaremos de la pena de - prisión, la cual he dejado hasta el final deliberadamente -- por la importancia que esta reviste.

Nuestro Código Punitivo en su artículo 25 la define de_ la forma siguiente: "La prisión consiste en la privación de la libertad corporal y su duración será de tres días a cua-- renta 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 peni_ tenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o el órgano ejecutor de las sanciones penales, --- ajustándose a la resolución judicial respectiva.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención."

Por su parte el artículo 18 Constitucional ordena la -- completa separación física de los "sitios" destinados para la extinción de las penas "de los que deban asignarse a la -- prisión preventiva". También toma en cuenta el local destinado a las mujeres delincuentes, las que "compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto."

Así mismo habla de que los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, "sobre, la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medio para la "readaptación social" del delincuente, y de igual forma hace referencia al artículo 2° de la Ley de Normas Mínimas sobre la organización del sistema penal.

Por su parte el artículo 20 de la Constitución Política señala las garantías con las que cuenta el acusado en todo -- juicio criminal.

Al respecto diremos que la pena de prisión es la reclusión del sentenciado en un establecimiento penal, en el que permanece en mayor o menor grado, privado de su libertad y -- sometido a un determinado régimen de vida y sujeto a la obligación de trabajar.

A pesar de sus nocivos efectos, y de la fuerte reacción que contra ella se ha manifestado, ésta es el medio de protección social contra el delito empleado con mayor frecuencia y constituye el eje del sistema penal. Ha sido un Método insustituible hasta ahora, para la segregación de los suje--

tos peligrosos que no pueden ser dejados en libertad sin --- grave quebranto de la vida social.

Las penas de privación de libertad deben ser organiza-- das sobre una amplia base de humanidad eliminando en su eje-- cución cuanto sea ofensivo para la dignidad humana, teniendo siempre muy en cuenta al ser humano que hay en todo delin--- ciente.

Siendo de vital importancia, sin duda, el trato de los... reclusos, por lo que el tratamiento que tengan no debe acen-- tuar la exclusión de los reclusos de la sociedad sino por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella. Por esta causa en la ejecución de la pena de privación de li bertad debe inculcarse al penado la idea de que por el hecho de la condena no se convierte en un ser fuera de la sociedad, sino que continúa siendo parte de ella y en la plena pose--- sión de sus derechos, salvo los perdidos o disminuídos como_ consecuencia de su condena.

Aun cuando el respeto a la persona del penado este con-- signada en la legislación, sólo cuando en el trato penal sur ge el sentido humano, es entonces cuando aparece el acata--- miento de la dignidad de la persona del sentenciado, pues la humanización en este ámbito consiste en la ejecución de la - pena respetando la condición humana del penado, y sus atribu tos y entre ellos, en lugar destacado, su dignidad.

Así mismo es necesario citar los derechos del recluso, _ los cuales son parte sustancial de su personalidad; ya que - si bien es cierto que dentro de su reclusión tiene obligacio nes que cumplir, es también sujeto de derechos, los cuales - han de ser reconocidos y amparados por el Estado. Estos dere

chos que como hombre posee el recluso son el derecho a su seguridad, a su salud, a la vida, etc., así como sus derechos de familia deben ser respetados en la ejecución de la pena, a menos que su condena le prive o limite su disfrute.

Por otra parte junto al principio de humanidad se acentúa la aspiración reformadora. El régimen penitenciario debe ser organizado y aplicado con la finalidad de alcanzar la reforma del recluso y su readaptación social. Sin embargo, tal orientación que de forma exclusiva se pretende dar es de proporciones mayúsculas ya que un gran número de delincuentes, son refractarios al tratamiento reformador, son incorregi---bles , y sólo el transcurso de los años podrá tal vez ate---nuar su peligrosidad. Por lo que hay casos en que los grupos interdisciplinarios que determina la rehabilitación, han concluido que algunos delincuentes de alto grado de temibilidad son irreadaptables, por lo que ha procedido la segregación indefinida de los mismos, como se da en el primer Centro de Prevención y Readaptación Social de Almo o a de Juárez.

Además cabe hacer notar que muchos delincuentes no necesitan ser reformados, pues existen individuos dotados de un temple moral, que delinquen en un impetu de pasión; los delincentes políticos, cuando la idea política no es motivo para encubrir situaciones criminales; de igual modo los culpables de delitos cometidos por imprudencia cuya cifra continúa aumentando, y otros muchos delincuentes que no son depravados o desmoralizados, por lo que sería superfluo someter---los a un tratamiento reformador por largo tiempo.

Por esta razón no parece acertado señalar como fin único de la ejecución penal la reforma y readaptación social --

del recluso, la prisión debe obrar sobre grandes masas de -- delincuentes como medio de prevención del delito mediante su eficacia intimidativa (prevención general), sin olvidar su - sentido retributivo. Sin embargo, más cuando fuere necesario conseguirlo, y posible alcanzarlo, el fin reformador (rein-- cersión social), habrá de inspirar de modo predominante la - ejecución de estas penas. Sólo en éste caso puede hablarse - de tratamiento penitenciario, que viene siendo de algún modo una educación tardía, esto es dar a un recluso adulto la for mación general que debió de haber recibido en su juventud.

Por lo tanto, si no se cumple la acción educadora, por - ser el sujeto inaccesible a ella, el trato aplicado a los re clusos sólo podrá ser calificado como ejecución penal, cuyas modalidades variarán en atención a las condiciones persona-- les del penado.

Sin embargo para que un sistema penitenciario pueda cum plir cabalmente su función reformadora y de readaptación so-- cial del delincuente, respondiendo de esta forma a las exi-- gencias actuales de la sociedad, debe de cumplir con un cier to número de exigencias mínimas, las que según Cuello Calón_ deben ser las siguientes:

- a).- "Una clasificación de los reclusos encaminada a fa cilitar el tratamiento adecuado.
- b).- Un régimen de asistencia moral, religiosa, social y de educación intelectual.
- c).- Un régimen de trabajo principalmente encaminado a a la formación profesional del recluso como medio de subvenir a sus necesidades en la vida libre.

d).- Un régimen sanitario, higiénico y alimenticio adecuado, una organización de cultura física y la asistencia médica (en amplio sentido) necesaria.

e).- Un régimen disciplinario firme pero humano."(176)

Por otra parte debemos tener presente, que las citadas conquistas o ventajas no se pueden obtener si no se realiza la individualización del tratamiento, el que a su vez requiere una clasificación, en grupos de los reclusos. Al efecto, es recomendable establecer diversos grados de seguridad según cada grupo.

Debemos hacer notar que "la individualización tropieza con el gravísimo obstáculo de la elevación del número de reclusos en los establecimientos de máxima seguridad o seguridad media, número que no debe pasar de 500".(177)

Esta situación viene a colación desde la individualización de la pena, que plasman los artículos 51 y 52 del Código Penal, en los cuales los jueces y tribunales, atenderán para aplicar las sanciones establecidas tomando en cuenta -- las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente, dentro de estas últimas, es de vital importancia, que se atienda cuidadosamente, sobre todo en lo relativo a lo de los primodelinquentes, para evitar (en los casos en que en la naturaleza de la acción no hubo premeditación), que en ellos recaiga una pena privativa de libertad, que lejos de readaptarlos, los hunda en un medio rodeado de sujetos delinquentes con los que tendría que convivir, lo --

(176) Cuello Calón, Eugenio; Ob. Cit.; Pág. 267

(177) Carrancá y Rivas, Raúl; Ob. Cit.; Pág. 440

cual provocaría una posible contaminación de su actuar y de sus valores.

por lo antes escrito y en base a los datos proporcionados, respecto a los efectos nocivos de las condenas privativas de libertad de larga duración, es importante recapacitar sobre éstas, ya que se ha demostrado que el aumento en la penalidad no reporta una disminución de la criminalidad. Y estando en el entendido de la defensa social, es más viable atender a la reeducación y readaptación de los sentenciados, concretamente los que presentan viabilidad para ésto; dejando a los delincuentes reincidentes o habituales, para consideración de otro estudio aparte.

Además de que atendiendo a la individualización de la pena (artículos 51 y 52 del Código Penal), debe reforzarse el criterio del juez con un profesional análisis psico-psiquiátrico del procesado, (no simples estudios en hojas de ma chote), para que en atención a ello se catalogue correctamente a los delincuentes, y no exista sobrepoblación producida por una inadecuada individualización de la pena.

Por otra parte y en base a los párrafos antes mencionados, diremos que para poder gozar del beneficio de libertad sin haber compurgado la pena al cien por ciento dispuesta en la sentencia, se procederá a observar lo contenido en el artículo 84 del Código Penal que a la letra dice: "Se concederá libertad preparatoria al condenado, previo el informe a que se refiere el Código de Procedimientos Penales, que --- hubiera cumplido las tres quintas partes de su condena, si se trata de delitos intencionales, o la mitad de la misma en caso de delitos imprudenciales...; para lo cual señala los requisitos con que se debe cumplir.

Dentro de estos requisitos, concretamente la fracción - II manifiesta: "Que de el exámen de su personalidad se presuma que está socialmente readaptado y en condiciones de no -- volver a delinquir". Haciéndose evidente la calidad psicológica y psiquiátrica del sentenciado que ha superado el estado crítico motivo de su acción delictiva. Por lo que procedería sólo en los casos profesionalmente evaluados, y atendiendo además el modo honesto de vivir que se tenía antes, la -- educación y muy especialmente las circunstancias que se dieron en el momento de la comisión del ilícito y si todo lo anterior nos reporta un sujeto de valores y moral altos, debeen mi opinión, disminuirse el porcentaje de tiempo de condena compurgada para gozar del beneficio de la libertad preparatoria. Ya que en un momento dado es contraproducente que permanezca por mayor tiempo recluso.

Por otra parte e independientemente del precepto en cita que otorga la libertad preparatoria, y tomando en consideración las diversas acotaciones a que se ha hecho referencia, es importante citar que la Secretaría de Gobernación a través de su Dirección General de Servicios Coordinados dePrevención y Readaptación Social ha instituido la preliberación, cuyo fundamento especial es precisamente aplicar diversas alternativas para la obtención de la libertad, y que mediante el cumplimiento de ciertos requisitos, readaptación - comprobada, haber cubierto parte de la pena privativa de libertad entre otros, el reo es reincorporado a la sociedad, - terminando de compurgar su pena mediante la realización de - actividades estrictamente de carácter social y bajo una cuidadosa vigilancia de la Dirección de Ejecución de Sentencias de la referida Institución.

Por último y para concluir, en base a todo lo antes ex-

puesto sobre penas y medidas de seguridad, es para mí de relevante importancia, apuntar que la pena privativa de libertad debe de tener en su aplicación, en forma paralela la medida de seguridad, pero no vista sólo con carácter doctrinal, sino en forma real y palpable, es decir, independientemente de la comisión del delito y del castigo que se le imponga -- por la comisión del mismo, es necesario hacer una valoración personalísima del sentenciado, para determinar su peligrosidad y en base a ella, aplicarle los tratamientos necesarios y adecuados para su verdadera readaptación, y prevenir con -- ésto la comisión de nuevos delitos, lo que reduciría en una baja en el índice de la criminalidad.

CONCLUSIONES .

- I.- La aplicación de las penas en la antigüedad, era en algunos casos proporcional al daño causado (Ley del Talión), y en otras muchas sumamente cruel y desproporcionada al mal realizado, lo que nos demuestra que las penas se -- aplicaban con la finalidad de hacer que el delincuente_ sufriera lo más posible para con esto lograr su arrepen_timiento y expiación .
- II.- En la mayoría de los pueblos antiguos al no existir una_ ley escrita, la aplicación de las sanciones se hacia en_ forma injusta y arbitraria.
- III.- En la Grecia antigua, Protágoras de Abdera conceptua a - la pena con un fin de ejemplaridad para la sociedad; en_ tanto que Sócrates habla de la rehabilitación del delin_cuente a través de que se le eduque; por su parte Platon pone de manifiesto que no debe castigarse a los niños in_ fractores igual que a los delincuentes adultos, ya que - hace referencia a la existencia del elemento "inconciencia" en los menores, el cual es una situación de "igno-- rancia natural".
- IV.- La Ley de las XII Tablas de derecho romano, contempla a los enfermos mentales, como personas que al carecer de - capacidad para delinquir, sus hechos antijurídicos no se consideraban como delitos.
- V.- En tiempos más recientes aparece la Escuela Clásica, la_ cual se basa en el principio de legalidad penal "Nullum_ crimen, nullum poena, sine lege".
- VI.- Esta corriente, sustenta la existencia del libre albe---

drío en el hombre, por lo que la responsabilidad es el -
fundamento y justicia de la pena. No considera que los -
enfermos mentales, ebrios y menores de edad sean sujetos
de sanciones penales.

- VII.- Para la Escuela positiva, la responsabilidad social es -
la base de la sanción, por lo que el imputable y el inim-
putable deben responder por igual del hecho delictuoso -
cometido.
- VIII.- Para los positivistas el delito tiene existencia propia,
independientemente de la ley.
- IX.- Considera a la pena como una medida de defensa social, -
por lo que es necesario el reeducar al delincuente para
su readaptación a la sociedad.
- X.- Para la Escuela Positiva, es más importante la clasificac-
ción de los delincuentes que la de los delitos; siendo -
más importante las medidas de seguridad, las cuales no -
son aflictivas, sino curativas.
- XI.- Para los positivistas, más importante que las penas son_
los substitutivos penales, que tienen como finalidad la
prevención de los factores criminológicos.
- XII.- Como consecuencia de la crisis de crecimiento por la que
atravesaba el derecho penal, surgen diversos movimientos
u opciones doctrinales que trataron de alguna forma de -
conciliar las corrientes criminológicas. De esta forma -
surgieron la Doctrina de la Defensa Social, La Terza ---
Scuola y la Dirección Técnico Jurídica.

- XIII.- Por lo que hace a Mexico, no sería hasta 1871, cuando se crearía un Código Punitivo, el cual estuvo inspirado en la Escuela Clásica de derecho penal, aceptando la existencia del libre albedrío, tal como se puede deducir de los siguientes principios: El individuo será responsable penalmente, siendo el delito el resultado del libre albedrío; por lo que la pena no es más que la legítima consecuencia expiatoria del acto del responsable.
- XIV.- En el Código antes citado la pena persigue, más que la - defensa social, el castigo o expiación del delincuente, - teniendo también como finalidad la ejemplaridad, lo que - se aprecia con la inclusión de la pena de muerte.
- XV.- Con la promulgación de la Constitución de 1917, se establecieron garantías penales, señalándose los casos en -- que procedía la pena de muerte; protege a los reos con - disposiciones relativas a los juicios de orden criminal, consignadas en el artículo 20.
- XVI.- Con el Código Penal de 1931, se logró la aplicación del - arbitrio judicial hasta los límites Constitucionales; -- individualización de las sanciones; organización práctica del trabajo de los presos y la creación de establecimientos adecuados para su reclusión; deja a los niños al margen de la función penal represiva, sometiendolos a -- una política tutelar y educativa; completa la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a - la vida social.
- XVII.- En éste Código no se diferencian las penas de las medidas de seguridad, dejando esta distinción a la doctrina.

- XVIII.- En el derecho penal mexicano actualmente prevalecen dos corrientes fundamentales de matices extremos que son la retribución y la prevención.
- XIX.- Las penas se fundan en la culpabilidad, y se aplican --- post delictum, apoyándose en el principio de legalidad nullum poena sine lege, creándose de esta forma una garantía para el procesado.
- XX.- Las medidas de seguridad, son medios preventivos especiales, privativos o limitativos de bienes jurídicos y se aplican post delictum. Tienen como finalidad obtener la readaptación a la vida social del delincuente (medidas de educación, de corrección y de duración); su segregación (medidas de aseguramiento de delincuentes inadaptables).
- XXI.- El Código Penal vigente debe citar en artículos diferentes las medidas de seguridad y las penas.
- XXII.- En el caso de la pena privativa de libertad, debe aplicarse paralelamente a la sanción correspondiente, medidas de seguridad atendiendo a la peligrosidad del sujeto para lograr su readaptación social.
- XXIII.- Es necesario aplicar verdaderos estudios psico-psiquiátricos en forma personalísima a cada sentenciado para aplicar las medidas de seguridad más adecuadas y de --- esta forma obtener resultados positivos.
- XXIV.- En relación a los artículos 51 y 52 del Código Penal, en los que se señala que los jueces y tribunales, para la -

aplicación de las sanciones establecidas, atenderán a lo dispuesto por estos preceptos; siendo de vital importancia que se atienda cuidadosamente, sobre todo lo relativo a los primodelincuentes, para evitar (en los casos en que en la naturaleza de la acción no hubo premeditación), que en ellos recaiga una pena privativa de libertad, que lejos de readaptarlos, los hunda en un medio rodeado de sujetos delincuentes, con los que tendría que convivir, lo cual provocaría una posible contaminación de su actuar y de sus valores.

XXV.- Atendiendo a la individualización de la pena, es de vital importancia reforzar el criterio del juez con un completo y profesional análisis psico-psiquiátrico del procesado, no simples cuestionarios de machote, que no proporcionan datos verdaderamente importantes de la personalidad del delincuente.

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

- 1.- ARISTOTELES; Gran Etica; Ed. Sarpe; García Borrón, Juan_ Carlos; España; 1984.
- 2.- BARREIRO, AGUSTIN JORGE; Las Medidas de Seguridad en el_ Derecho Penal Español; Ed. Civitas; Madrid; España; 1970.
- 3.- BECCARIA, CESAR; Tratado de los Delitos y de las Penas;_ Ed. Porrúa S. A.; México; 1982.
- 4.- BERISTAIN S. J., ANTONIO; Medidas Penales en el Derecho_ Contemporaneo; Ed. Reus S.A.; Madrid; España; 1970.
- 5.- CARVALLO, D.; El Problema de los Raptos; Ed. Rep.; Ma- drid; España; 1960.
- 6.- CARRANCA Y RIVAS, RAUL; Derecho Penitenciario, Cárcel y Penas en México; Ed. Porrúa S.A.; México; 1982.
- 7.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; Derecho Penal Mexicano, Parte General; Ed. Porrúa S.A.; México; 1982.
- 8.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL Y CARRANCA Y RIVAS, RAUL; Códig_ o Penal Anotado; Ed. Porrúa S.A.; México; 1979.
- 9.- CARRARA, FRANCISCO; Programa de Derecho Criminal; Traduc_ ción Ortega Torres, José y Guerrero, Jorge; Ed. Temis; - Bogotá; Colombia; Volumen I; 1971.
- 10.- CASTELLANOS, FERNANDO; Lineamientos Elementales de Dere- cho Penal; Ed. Porrúa S.A.; México; 1976.

- 11.- CENICEROS, JOSE ANGEL; GARRIDO, LUIS; La Ley Penal Mexicana; Ed. La Justicia; México; 1971.
- 12.- CENICEROS, JOSE ANGEL; Un Discurso Sobre el Código Penal de 1931; Serie de Estudios Jurídicos; Ed. la Justicia; - México; 1977.
- 13.- CUELLO CALON, EUGENIO; La Moderna Penología; Ed. Bosch; Barcelona; España; 1958.
- 14.- DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO; Instituto de Investigaciones Jurídico Mexicano; Universidad Nacional Autónoma de México; Ed. Porrúa S.A.; México; 1991.
- 15.- ENCICLOPEDIA JURIDICO OMEBA; Ed. Driskill S.A.; Buenos Aires; Argentina; 1979.
- 16.- FERRI, ENRIQUE; Principios de Derecho Criminal; Traducción Rodríguez Muñoz, José Arturo; Ed. Reus S.A.; Madrid; España; 1970.
- 17.- DR. GAMBARA, L.; El Derecho Penal en la Antigüedad y en la Edad Media; Ed. F. Granada y C. Editore; Barcelona; - sin fecha.
- 18.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO; Legislación Penitenciaria y Correccional Comentada; Ed. Cárdenas; México; 1978.
- 19.- CARVALLO, D.; El Problema de los Raptos; Ed. Rep.; Madrid; España; 1960.
- 20.- GAY, PETER; La Edad de las Luces; Colección Las Grandes Epos de la Humanidad; Traducción Perea, Francisco; Ed. Time Life; Nederland; E.U.A.; 1974.

- 21.- GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO; El Código Penal Comentado; Ed. Porrúa S.A.; México; 1985.
- 22.- JIMENEZ DE AZUA, LUIS; La Ley y el Delito; Ed. Sudamericana; Buenos Aires; Argentina; 1980.
- 23.- JIMENEZ HUERTA, MARIANO; Derecho Penal Mexicano; Ed. Porrúa S.A.; México; 1983.
- 24.- MADRAZO, CARLOS A.; La Reforma Penal; Ed. Porrúa S.A.; - México; 1989.
- 25.- MALO CAMACHO, GUSTAVO; Historia de las cárceles en México; Ed. Instituto Nacional de Ciencias Penales; México; 1979.
- 26.- MAURACH, R.; Tratado de Derecho Penal; Ed. Rep.; Madrid; España; 1961.
- 27.- MEZGUER, EDUARDO; Tratado de Derecho Penal; Traducción - por Rodríguez Muñoz y adicionado por Quintano Repolles; Ed. Padova; Madrid; España; 1951.
- 28.- MOMMSEN, TEODORO; El Derecho Penal Romano; Traducido por P. Dorado; Ed. la España Moderna; Madrid; España; sin fecha.
- 29.- MONTESQUIEU, BARON DE; Del Espiritu de las Leyes; Ed. -- Porrúa S.A.; Colección Sepan Cuantos; Número 191; México; 1982.
- 30.- NUVOLONE; Los Principios de Legalidad en los Principios de la Defensa Social; Ed. Padova; Madrid; España; 1964.

- 31.- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO; Manual de Derecho Penal Me
xicano; Ed. Porrúa S.A.; México; 1984.
- 32.- REPOLLES, QUINTANO; Curso de Derecho Penal; Ed. Rep.; Ma
drid; España; 1980.
- 33.- RODRIGUEZ MANZANERA, LUIS; Criminología; Ed. Porrúa S.A.;
México; 1979.
- 34.- ROUSSEAU, JUAN JACOBO; Del Espíritu de las Leyes; Ed. Po
rrúa S.A.; Colección Sepan Cuantos; Número 113; México; 1982.
- 35.- SOLER, SEBASTIAN; Derecho Penal Argentino; Ed. Tipográ--
fica Argentina; Buenos aires; Argentina; 1978.
- 36.- VON LISZT FRANZ; Tratado de Derecho Penal; Traducción '--
por Quintiliano Saldaña; Ed. Reus; España; sin fecha.

L E G I S L A C I O N .

- 1.- CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES; Ed. Pac, S.A._
de C.V.; México; 1993.
- 2.- CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL; Ed. Porrúa S.A.;_
México; 1993.
- 3.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS; -
Ed. Trillas; México; 1991
- 4.- LEY DE NORMAS MINIMAS SOBRE READAPTACIÓN SOCIAL DE SEN--
TENCIADOS; Ed. Porrúa. S.A.; México; 1993.
- 5.- LEY QUE CREA LOS CONSEJOS TUTELARES PARA MENORES INFRAC
TORES DEL DISTRITO FEDERAL; Ed. Porrúa S.A.; México; ---
1993.
- 6.- LEYES PENALES MEXICANAS; Ed. Instituto Nacional de Cien-
cias Penales Mexicanas; Tomos I Y III; México; 1979.