

870109

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE GUADALAJARA

1

INCORPORADA A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA DE DERECHO



LA PENA EN GENERAL, Y LA PRIVATIVA DE LIBERTAD COMO
FACTOR QUE DISMINUYE LA DELINCUENCIA

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

PATRICIA MARIA DE LOS ANGELES CARVAJAL AGUILERA

GUADALAJARA, JALISCO

2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

V. B. J.

V. B. J.

2

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A D I O S :

Mil gracias por haberme permitido llegar al peldaño en que me encuentro, y por estar junto a mí en cada momento de mi vida, aún sin merecerlo.

MI AGRADECIMIENTO,

respeto, gran admiración y todo mi amor, para quien representa en mí al mejor ser humano del mundo; y para quien me ha dado ejemplo de sencillez, humildad, valentía y lucha constante. Mi Padre FERNANDO CARVAJAL SERVIN.

CON TODO EL CARÍO DEL

Mundo, Respeto y gran admiración, a quien representa el sacrificio, valor y fortaleza, mi guía e integración de mujer. Mi Madre ABIGAIL AGUILERA DE CARVAJAL.

**A MI TIA: MARIA TERESA
AGUILERA GARCIA:**

Con todo el cariño por haber-
nos dedicado toda su vida.

TODO MI CARINO

A mis hermanos: ABIGAIL,
FELIPE, SERGIO, LOURDES,
ISRAEL y KARLA, que en al-
guna forma han contribuido a
lo que soy, ya que forman par-
te de mi corazón. Y agradeci-
miento especial a FERNANDO,
por el apoyo que siempre me
ha brindado.

UN ESPECIAL AGRADECIMIENTO

Y estimación a mi tutor: Ing.
Rito Enríquez López.

4

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**A LA UNIVERSIDAD AUTONOMA
DE GUADALAJARA**

Y a mi Facultad de Derecho y
Ciencias Sociales.

A MI HONORABLE JURADO:

De quienes espero su compren-
sión y benevolencia.

CON AGRADECIMIENTO

Y gran estimación a mi Asesor:
Licenciado Felipe de Jesús So-
tomayor Cortés.

A TODOS MIS MAESTROS:

Y en especial a los
Lic. Salvador Gallegos Espejo,
Lic. José Luis Vázquez
González
Lic. Ricardo Santoyo García.

5

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

MI ETERNA GRATITUD

Y amistad a quienes compartieron los momentos buenos y difíciles, dándome a conocer el auténtico valor y significado de la amistad. Edna Marina Gutiérrez Hernández, Manuel Ladislao Ramírez Folesias, René Alberto Esquinca Esquinca.

A quienes en poco tiempo me brindaron gran parte de lo suyo. Mi afecto y amistad para ellos. Gerardo Grajeda Flores, Roberto Aguilera Hernández, Ricardo Camargo Zúñiga.

CON ESPECIAL CARINO:

A mis maestros y amigos, de quienes he recibido su apoyo incondicional y gran colaboración:

- Lic. Víctor Jenaro
Jiménez Bárcenas,
- Lic. Sergio Augusto Preciado
Castro.
- Lic. Juan Manuel Castro
Pantoja.

AL COLEGIO

Josefa Ortiz de Domínguez
Y a la Preparatoria Dr. Jaime
Torres Bodet, Instituto Salamanca.

6

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INDICE

INTRODUCCION.—

CAPITULO I

- Penología.
- Noción y Clasificación de la Pena.—

CAPITULO II

- Evolución Histórica de las Ideas Penales.

CAPITULO III

- Justificación de la Pena (Las Escuelas Penales).
- Fines y Caracteres de la Pena.
- Individualización de la Pena.
- Breve Reseña Sobre la Pena de Muerte.

CAPITULO IV

- LA PENA EN EL DERECHO PENAL ANTIGUO,
Y EN NUESTRAS LEYES.
- Antigo Oriente.
- Grecia.
- Roma.
- Derecho Germánico.
- Derecho Colonial.
- Código de 1871.
- Código de 1921.
- Código de 1931.

CAPITULO V

- La Pena Privativa de Libertad, lo que es y su Aplicación.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

A menudo, os he oído hablar del hombre que comete una falta, como si él no fuese uno de vosotros, sino un ser extraño, un intruso en nuestro mundo.

Y permitid que el juez mire en el espíritu del ofensor antes de ser éste azotado por el ofendido.

Y si alguno de vosotros castigara en nombre de la justicia, fija ya la segur en el tronco maligno, esperad a que el juez examine hasta sus raíces;

Y en verdad, hallará que las raíces del bien y del mal, lo fructuoso y lo infructuoso, están juntamente entrelazados en el sosegado corazón de la tierra.

Y vuestros jueces, que quisierais ser justos, ¿Qué sentencia debéis dictar en el caso de que aquél que siendo honrado de cuerpo, es ladrón de espíritu?

¿Y qué pena le impondríais al que asesinó la materia si él mismo ha sido asesinado en el alma?

¿Y cómo procesar al que siendo impositor y tirano en acción, es al mismo tiempo ofendido y ultrajado?

¿No es remordimiento la justicia administrada conforme a la ley que voluntariamente acatais?

Y vosotros, los que pretendéis entender la justicia, ¿cómo podríais hacerlo, sin mirar todos los hechos a plena luz?

“Del Crimen y del Castigo”

El Profeta

Gibrán Jalil Gibrán

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCION

Dentro del ámbito del Derecho Penal y Criminológico, es menester detenernos y profundizar un poco sobre las cuestiones de gran importancia en este campo como lo es la PENA.

La pena constituye el tercero de los elementos dentro del clásico tríptico del Derecho Penal: Delito & PENA. Desde que Lieber en 1834, utilizó por primera vez el término "penología" definiéndola como la rama del derecho o de la ciencia criminal, el estudio de la pena como medio directo de cura contra el delito constituye tal vez el más fundamental capítulo de esta disciplina. Merced a ella no nos reducimos ya al análisis descansado de las penas establecidas a éstas en función de los factores de la delincuencia, de Instituciones Penitenciarias y postcarcelarias, etc. El Concepto de Pena es menos amplio que el de sanción. Desde que se tiene noción del delito surge como consecuencia, e históricamente aparejada a él, la idea de castigarlo y allí nace la PENA, el concepto de sanción es, en cambio, moderno, desde que su elaboración fue fundamentalmente obra de los positivistas. Podríamos decir que mientras toda pena constituye una sanción, lo mismo sería a la inversa.

Se ha visto que la pena está justificada por la necesidad de inducir a la observancia de determinados preceptos, con la más enérgica sanción de justicia, a aquellos sobre los cuales impera la ley del Estado, y de asegurar a la población acerca de la actividad de dicho Estado dirigida al mantenimiento y a la integración del orden jurídico general. Y hemos observado también que estos criterios, en el concepto de pena jurídica son armonizados con los de garantía de la libertad individual.

La función penal, es por lo tanto, esencialmente social, y por consiguiente en el ordenamiento de nuestro Estado, la "pena" es siempre y exclusivamente pública.

Este carácter le proviene no ya del hecho de ser conminado por la ley infligida por el juez; fijada en la sentencia o

en el decreto de condena y ejecutada por órganos públicos, (lo que ocurre o puede ocurrir también respecto a sanciones de derecho privado); sino por esto: que la potestad de exigir la pena corresponde siempre y solamente al Estado, como titular de la potestad de castigar, con exclusión de todo sujeto privado y de la administración pública en cuanto es titular de intereses regulados en todo o en parte, por el derecho privado.

La finalidad principal y esencial de la pena es preventiva y represiva, social e individual, al tiempo. En efecto, si la pena no existiese, los hombres de escasa inteligencia o resistencia moral, que al menos en relación a los delitos menores, representan la gran mayoría, delinquirían ciertamente, mientras hoy en una gran mayoría se abstienen, retenidos por un cálculo de conveniencia. Si la pena conminada no fuese aplicada a quien violó un precepto penal, los individuos no podrían tener confianza en la tutela del Estado, y de ello derivarían, por consiguiente, todas las consecuencias dañosas que cualquiera puede fácilmente imaginar. El delincuente, pues, que con el delito demostró haber superado aquellos motivos de inhibición que, sin embargo, consiguen contener a la gran mayoría de los moralmente débiles, encuentra en la sujeción a las penas más graves una fuerza material obstativa, continuativa, y realmente insuperable, de su voluntad maléfica y, respecto a cualquier pena, un contraimpulso psíquico generador de auto-inhibición para el porvenir; energías de las que se advierten indiscutiblemente los efectos útiles en las cifras de la reincidencia que, aún cuando elevadas, comprueban, sin embargo, el hecho de que la mayor parte de los delincuentes no recaen en el delito.

Son, por tanto, equivocadas aquellas teorías que, al indagar la finalidad de la pena, la consideran solamente en relación al condenado, y que pretender limitar la finalidad de la pena, misma a éste o a aquel efecto particular.

El fin principal y esencial de la pena es aquel antes indicado; pero la pena misma debe ser elegida y aplicada de modo que sea posible sacar de ella las utilidades deseables y posibles, poco más o menos como ocurre en las industrias,

en las cuales a la producción principal se trata de asociar los respectivos productos secundarios.

Cada bien humano puede prestarse a constituir objeto de pena; pero para poder conseguir la propia finalidad la pena debe ser según la expresión de ROMAGNOSI; adecuada e idónea.

El máximo bien del hombre es la vida; pero si la pena de muerte es la más adecuada e idónea para conseguir los efectos preventivos y represivos, la misma no puede tener el efecto correctivo, y siendo irresponsable, no consiente poner remedio a eventuales errores judiciales. La misma por eso, no puede justificarse más que por las necesidades políticas y sociales superiores a toda otra consideración.

Son adecuadas e idóneas por excelencia aquellas penas que amenazan y afectan la Libertad Individual, porque todo delito, como violación de un precepto penal, constituye una desobediencia a la voluntad jurídicamente superior, y toda desobediencia no es otra cosa que un abuso de Libertad.

Pero como la libertad individual se puede considerar tanto en relación a la disponibilidad física de la propia persona, como en relación a la disponibilidad de otros bienes jurídicos de la persona misma, atinentes al mundo exterior, así son penas que vinculan la libertad del individuo tanto las restrictivas de la libertad física personal, como aquellas que restringen la capacidad jurídica individual (incapacidades) como también las otras que imponen obligaciones de prestaciones patrimoniales (pecuniarias).

Según la diversa índole de los delitos, la ley conmina ésta o aquella especie de pena, de modo exclusivo, alternativo o acumulativo.

La más de las veces la sanción se encuentra conminada en la misma disposición que contiene el precepto; pero a veces una disposición sancionadora única, sirve para todos aquellos preceptos que en un determinado acto legislativo estén contenidos sin una correlativa sanción particular.

En otros casos, la ley penal se limita a conminar una determinada sanción por violaciones de normas reglamentarias,

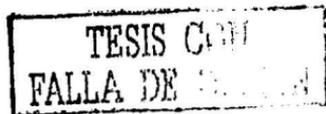
poniendo de este modo a disposición del sujeto revestido de la potestad reglamentaria una determinada especie y cantidad de pena, con que él podrá sancionar los propios preceptos.

La aplicación de las penas, en todos los Estados modernos del mundo, en los cuales se tiene al derecho como instrumento esencial para lograr la justicia y la equidad en todos los aspectos de la vida social y humana se hace necesaria la adaptación y adecuación de su realidad, de las más recientes teorías o doctrinas penitenciarias en las cuales se trata de restablecer la dignidad y demás derechos inherentes del hombre atendiendo a su naturaleza y como miembro de la sociedad o comunidad a la cual pertenece.

De lo anterior, hemos de considerar que en la actualidad la pena impuesta a todo transgresor del derecho penal, no ha de consistir necesariamente en una sanción o castigo que el Estado impone y que lleva implícita, torturas, amenazas, mutilaciones, vejaciones, violaciones y todo aquello que se considera aberrante e ignominioso a la dignidad y naturaleza humana, sino en una verdadera readaptación del reo, en principio de educación, preparación, capacitación, comprensión y humanitarismo.

Si bien es cierto que la Constitución Política del país considera en su artículo 18, párrafo 11, en donde señala que: "los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente, las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados para hombres, para tal efecto". También es cierto que algunos de los gobiernos de los Estados de la República han cambiado su actitud respecto de los delincuentes y tomado medidas más apropiadas y adecuadas en beneficio no tan sólo de los mismos reos, sino de la sociedad entera.

Pero no obstante los adelantos que con anterioridad señalo, considero que no se ha hecho lo suficiente en beneficio del reo, ya que podría hacerse más, razón por la cual habría de modificarse la mentalidad arcaica y anacrónica de ciertos



regímenes e instituciones penitenciarias que aún existen en el país y que consideran al delincuente no un miembro más de la sociedad, sino un paria, basofia, basura o algo sucio y corrupto que habrá que separar, encarcelar hasta la muerte y en muchos de los casos hacer desaparecer con el exterminio, sin darle siquiera una oportunidad de regeneración.

Aquí cabría hacernos una pregunta: ¿porqué las personas o gobiernos con este tipo de mentalidad no se han puesto a pensar que todos los seres humanos en determinado momento y bajo ciertas circunstancias podemos convertirnos en delinquentes? ...

No es la antropomorfología, la biología, la fisiología o la herencia la que hace que un individuo se incline a la delincuencia, es la falta de educación, de instrucción, de comprensión, la falta de afecto, el mal encausamiento, la corrupción, la falta de oportunidades entre otras cosas, las que orillan al hombre a cometer ilícitos y daños a sus semejantes, a la sociedad que le ha negado todo de lo cual necesita para ser útil y productivo.

El derecho penal, penitenciario y la criminología, ya no tratan de ver al reo como un ser inferior, sino como un ser humano que necesita de comprensión, educación y afecto para readaptarse de nuevo a la sociedad, es por eso que dichas disciplinas hacen uso constante de la psiquiatría, la psicología, la pedagogía, la medicina, la criminalística, la antropología, etc., etc., con el fin de lograr un estudio completo de la personalidad y carácter del delincuente y diagnosticar y procurar su regeneración.

Resumiendo se puede decir: que la pena es sólo un medio de defensa social, y constituye una suerte de tratamiento, cuyo objeto es impedir que el sujeto cometa menos delitos.

Es por lo que en este presente trabajo de tesis, trato de demostrar la problemática existente en el campo del derecho penitenciario y criminal en México y tratar de dar una solución al mismo, atendiendo a los muchos y variados factores que influyen en la creación de aquél, como puede serlo la so-

ciudad, el individuo, el medio familiar, el círculo de amigos, la escuela, las enfermedades, las carencias económicas, y efectivas, la actitud del Estado, la realidad de las penitenciarías y sus políticas criminales, etc., etc.

Para concluir, señalo lo que al respecto SOLER nos dice: "una teoría que sólo atendiendo a la necesidad formal de justificar o explicar la pena, podría lograr la demostración lógica de su necesidad o de su justicia; pero olvidando que la aplicación de la pena es una forma de crear realidad, de hacer historia. Una teoría que, por el contrario, atiende solamente al aspecto utilitario y finca toda la cuestión en la eficacia, no puede suministrar una fundamentación, porque la eficacia de la pena es siempre eventual. Colocar el fundamento de la pena en un fin ulterior a ella misma, es fundarse en la empiria sin ley; es naufragar en una caótica amalgama de casos".

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El ciudadano que pide más leyes y más severas, más cárceles y mayores y más duros castigos para el crimen, se convierte sin saberlo, en el mejor reclutador del crimen, pues siempre que oye esta voz y siente esta mano dura, el joven rebelde reacciona invariablemente en contra con creciente hostilidad.

Es desde luego necesario que haya leyes y coercitivos. Pero la sociedad tiene que comprender que un delincuente que rinde culto a la dureza y que equivocadamente equipara la dureza con la infracción de la ley, "nunca vivirá dentro de la ley en paz con sus ciudadanos, simplemente por temor a las consecuencias, ya sean muy leves o muy graves.

La sociedad debe comprender también que es incomparablemente más barato, más humano y más práctico salvar al joven criminal en potencia que destruir su espíritu o endu-recerlo hasta el punto de convertirlo en un delincuente profesional, en un asesino.

Cary Chessman
Celda 2455
San Quintín, California.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO PRIMERO

PENOLOGIA.—CONCEPTO DE LA PENA

PENOLOGIA.—Se ocupa del estudio de los diversos medios de empresión y de prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad y de modo especial de su ejecución y de la actuación postpenitenciaria. Comprende, por tanto, dentro de su ámbito, el tratado de las penas y medidas privativas de libertad y su ejecución, y de las restantes penas y medidas, (pena capital, penas corporales, pecuniarias, etc.). Todo género de sanción o de aspiración defensiva, cualesquiera que sea su clase y métodos de ejecución caen dentro del campo de la Penología.(1)

Dice Carrancá y Trujillo “La Penología o tratado de las penas, estudia ésta en sí misma, su objeto y caracteres propios, su historia y desarrollo, sus efectos prácticos; lo mismo hace con relación a las medidas de seguridad...”

El campo de la Penología lo constituye la rica variedad de penas y medidas de seguridad en todos sus aspectos.

Unos autores ubican a la Penología dentro de la Criminología; otros la consideran autónoma. Rama importante de la Penología es la Ciencia Penitenciaria, cuyo objeto de conocimiento es la pena de prisión, en su aplicación, fines y consecuencias.(2)

Durante algún tiempo reservóse esta denominación para el estudio de las penas de privación de libertad y de los diversos sistemas de ejecución de éstas, pero su campo se ha ensanchado gradualmente hasta comprender todas las distintas clases de penas, las medidas de seguridad, el patronato y las

-
- (1) Ob. Cit. Derecho Penal, Eugenio Cuello Colón, Pág. 770.
(2) (Ob. Cit. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Fernando Castellanos.—Pág.).

instituciones postcarcelarias. Como se ve tan amplio contenido rebasa con exceso el calificativo penitenciario, que nació para designar exclusivamente cierta modalidad de ejecución de las penas de privación de libertad inspirada en un sentido de expiación reparadora. La Ciencia Penitenciaria, si su nombre ha de corresponder a su finalidad y contenido, no puede extender su actividad más allá del estudio de la organización y el funcionamiento de aquellas penas orientadas al único fin de la correlación del delincuente. Las restantes penas, las de restricción de libertad, (destierro, confinamiento, etc.), las de privación y limitación de derechos, las pecuniarias, sin contar con la pena capital, son ajenas por completo a la ciencia penitenciaria cuyo campo es de más estrechos límites. La ciencia penitenciaria vendría a ser una parte, muy importante, pero parte al fin, de la Penología.

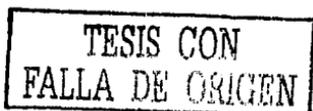
Por estas razones, creo más propio designar el conjunto de estudios e investigaciones relativo a todas las penas y a su ejecución con el nombre de PENOLOGIA. (3).

CONCEPTO DE LA PENA.—El concepto de la Pena es lo esencial de modo unánime, y es que desde la antigüedad los grandes filósofos se preocuparon por encontrar el fundamento al derecho que tiene el Estado de castigar a los que infringen sus imperativos; exponiendo así sus conceptos sobre la pena, por ser ésta la consecuencia de la infracción que no difieren grandemente de los conceptos modernos.

Así tenemos que el gran filósofo griego, PLATON, en opinión de algunos de sus comentaristas, sostuvo que la base de la pena la localizó en la expiación; mientras que para otros, justificó la pena porque impide al criminal cometer nuevos delitos y hacer su ejemplaridad, que los demás hombres se abstengan de delinquir, de donde resulta que la pena es un medio de defensa social y Platón el precursor de la Moderna Escuela de la defensa.

La base de la anterior afirmación la localizamos en su obra "De Legibus", donde al hablar de la finalidad de las pe-

(3) Ob. Cit. Derecho Penal. Parte General.—Eugenio Cuello Colón.—Págs. 770-771).



nas, afirma que si bien el espíritu de la ley es el mal del culpable que la sufre, su efecto es mejorar al delincuente, y añade que debiendo considerarse los crímenes como las enfermedades del alma, se deben aplicar las oportunas medidas a aquellos que son capaces de curación.

ARISTOTELES. ¿Considera que es atribución del Estado fomentar la virtud y la belleza; pero cierto de que los hombres tienden hacia el mal por naturaleza propia, juzga que aquél, para cumplir sus fines, debe de hacer uso de la pena como medio coercitivo, que obliga al individuo a tomar la senda debida, siendo así que gracias a la penal el hombre no logrará evitar con sus delitos que los fines estables se cumplan.

SENECA.—Afirma que readaptar al delincuente es no solamente el efecto, sino el fin primordial que la pena persigue; y en su tratado “De Clementia”, considera como fines de la pena no sólo la intimidación y la corrección del culpable, sino también la de proporcionar seguridad a los buenos, superando a los malos.

ULPIANO.—“La pena debe enmendar” acepta el fundamento que del “Jus puniendi” hace **CICERON**, puesto que éste sólo tomó en cuenta la necesaria intimidación que la pena debe traer aparejada.

El criterio de los teólogos San Agustín de Hipana y Santo Tomás de Aquino, entre otros influenció y predominó durante la Edad Media.

Conciben la pena como una penitencia, pues todo acto malo es pecado, viola la ley Divina y como el poder de los monarcas les ha sido conferido por Dios, sus mandatos tendrán carácter divino, y el delito, que es su violación, sólo podrá expiarse mediante la pena.

La generalidad de los tratadistas modernos consideran la pena como un mal, y entre ellos tenemos a:

BETIOL, el cual sostiene que “sí es un mal, en cuanto que es sinónimo de sufrimiento físico y espiritual; pero desde el punto de vista moral, en cuanto que constituye la reafirmación de una norma no puede ser sino un bien

Para **PACHECO**, la pena es el mal que la ley, y solamente la ley, señala a los criminales para hacerlos expiar su crimen, para intimidar a otros que pudieran cometerlo, satisfaciendo y garantizando de este modo a la sociedad en sus instintos y justos temores.

CARRARA nos dice que se trata del mal que se inflinge al delincuente, por razones de justicia, con el fin de tutelar jurídicamente los bienes de las personas.

CARRANCA Y TRUJILLO expone que el mal infligido al delincuente legalmente, como consecuencia del delito y del proceso correspondiente.

Para **EDMUNDO MEZGER**, es una retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recaé sobre el autor con arreglo al acto culpable.

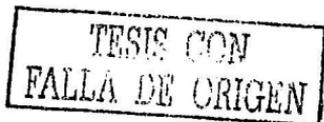
Para **CARLOS FRANCO SODI**, es la consecuencia legal a que se ha hecho acreedor el delincuente con motivo de violar el orden jurídico establecido, quien sólo debe sufrirla cuando se la impone el Estado por resolución de sus tribunales.

BENTHAM la considera como el mal impuesto al individuo a causa de un acto por el cometido, u omitido y cuyo fin principal es la prevención general.

BECCARIA no la toma como un fin de venganza, ni que aspire a anular el delito cometido, sino que su finalidad es meramente preventiva: impedir que el reo cometa nuevos delitos y evitar que los demás le imiten en el porvenir.

MANUEL KANT la expone como un imperativo categórico, una exigencia de razón y de justicia, y en consecuencia jurídica del delito realizado. Su imposición no aspira a obtener fines de utilidad sino puramente de justicia; su fundamentación se halla en el principio absoluto de la retribución jurídica, siendo su razgo más sobresaliente la retribución de lo igual como lo igual.

CUELLO CALON define la pena como el sufrimiento impuesto por el Estado en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal.



Entre los que consideran la pena como un bien, tenemos a Roeder, que la acepta como medio racional y necesario para reformar la injusta voluntad del delincuente.

De las distintas opiniones de los autores que acabamos de exponer, se puede establecer las características que la pena debe de contener, y así tenemos que Eugenio Cuello Calón las expone de la siguiente manera:

a) .—Es un sufrimiento para el penado, consistente en la retribución o privación impuesta de bienes jurídicos de su pertenencia, llámase vida, libertad, propiedad, etc.

b) .—Es impuesta por el Estado, es decir, será pública, para preservar el orden jurídico establecido y restaurado cuando haya sido alterado por el delito.

c) .—Deberán imponerla los tribunales de justicia, derivada de un juicio penal.

d) .—Debe ser personal, es decir, que sólo la sufra el penado, sin que a otros se les perjudique por hechos del responsable.

e) .—Que esté establecida por la ley, dentro de los límites por ella fijados para un hecho previsto por la misma como delito, es decir que sea legal. (Ob. Cit. Derecho Penal, parte general. (4)

En síntesis, para la mayoría de los tratadistas en Derecho Penal y para las legislaciones penales modernas, la pena es aún un mal aplicado legalmente al delincuente como consecuencia de la trasgresión y de su correspondiente proceso; infligido por el juez al autor del delito para manifestar la reprobación social con respecto al acto y a su actor.

“En la época actual, la pena se perfila conjuntamente a las medidas de seguridad, pues al presente, las penas están en decadencia. Por esto en el Congreso Penitenciario celebrado en Praga de 1930, se votó porque las penas deben estar acompañadas indispensablemente por las medidas de seguridad, cuando aquéllas sean ineficaces o insuficientes para la defensa social”. (5)

(4) Ob. Cit. Eugenio Cuello Colón.—Págs. 668-669).

(5) Ob. Cit. Carrancá y Trujillo.—Derecho Penal Mex. Pág. 629.



SU CLASIFICACION

Por su fin preponderantemente, las penas se clasifican en intimidatorias, correctivas y eliminatorias, según se apliquen a sujetos no corrompidos, a individuos ya maleados pero susceptibles de corrección, o a inadaptados peligrosos.

Por el bien jurídico que afectan, o como dice Carrancá y Trujillo, atendiendo a su naturaleza, pueden ser: Contra la vida (pena capital); Corporales, (azotes, marcas, mutilaciones); Contra la libertad, (prisión, confinamiento, prohibición de ir a un lugar determinado); y contra ciertos derechos, (destitución de funciones, pérdida o suspensión de la patria potestad y la tutela, etc.

Además, Carrancá y Trujillo nos dice: "Después de la gran variedad que ha venido adoptando la tendencia moderna es volver otra vez a la unidad: los tratamientos penales; de igual modo que la evolución de la pena arranca de la unidad. Pena de muerte, de la que partió la diversificación que registra la historia de la pena. Una vez más lo simple evoluciona hacia lo complejo, lo complejo hacia lo simple (6).-

Carrara también divide las penas en Capitales, Aflictivas, Directivas, Indirectas, Infamantes y Pecuniarias.

Eugenio Cuello Calón nos habla de penas.

Intimidatorias: Establecidas para los individuos no corrompidos, en quienes aún existe un rasgo de moralidad que es preciso reforzar y acrecentar con el miedo a la pena.

Correccionales: Aquéllas que tienden a reformar el carácter pervertido de aquellos delincuentes corrompidos moralmente, pero que se consideran corregibles.

Eliminatorias o de Seguridad: Para los criminales incorregibles y peligrosos a quienes es preciso colocar en situación de no causar daño a los demás.

Esta clasificación es por cuanto al fin que dichas personas se proponen; pues en cuanto a la materia sobre la que recae la aflicción penal serán:

(6) Ob. Cit. Carrancá y Trujillo.—Derecho Penal Mex. Pág. 630.



Corporales: Que recaen sobre la vida o inseguridad física.

Privativas de Libertad: Limitan la facultad de elegir lugar de residencia.

Pecuniarias: Recaen sobre el patrimonio del culpable.

Infamantes: Privan del honor a quien lo sufre. (7).

Para Lizzt las penas pueden ser: Principales y Accesorias. Las primeras son aquellas cuando se ponen independientemente de otras; y las segundas, si se asocian a las 8 principales.

El código de 1929, no habló de penas sino de sanciones, pues consideró el legislador que el vocablo implicaba sufrimiento, expiación, dolor y fue reemplazado por el de sanción (Sancire-Sarantir), que expresa mejor su idea antiexpiancionista, en los términos marcados por la Escuela Positiva.

Señaló a la pena como fin: "prevenir los delitos, reutilizar a los delincuentes y eliminar a los incorregibles aplicando a cada tipo criminal los procedimientos de educación, adaptación o curación que su estado y la Defensa Social exigían; y borró los términos clásicos de la sanción fijada para cada delito, estableciendo sólo máximos y mínimos". (8)

De lo expuesto se desprende que las "sanciones" por excelencia en esta legislación fueron de tipo correccional.

El Código vigente comprendió, bajo el nombre genérico de penas, a éstas y además, a las medidas de seguridad, o lo que es lo mismo; uso indistintamente ambas palabras.

En su artículo 24, dicho Código establece: "Las penas y medidas de seguridad son: 1.—Prisión; 2.—Relegación (derogada); 3.—Reclusión de locos, sordomudos, degenerados, y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos; 4.—Confinamiento; 5.—Prohibición de ir a un lugar determinado; 6.—Sanción Pecuniaria; 7.—Pérdida de los instrumentos del delito; 8.—Confiscación o destrucción de cosas peligrosas o nocivas; 9.—Amonestación;

(7) Ob. Cit. Eugenio Cuello Colón.—Derecho Penal. Parte Gral.—Págs. 671-679).

(8) Ob. Cit. Carrancá y Trujillo.—Derecho Penal Mex.—Pág. 176.

10.—Apercibimiento; 11.—Caución de no ofender; 12.—Suspensión o privación de derechos; 13.—Inhabilitación; destitución o suspensión de funciones o empleos; 14.—Publicación espec. al de sentencia; 15.—Vigilancia de la policía; 16.—Suspensión o disolución de sociedades; 17.—Medidas tutelares para menores y las demás que fijen las leyes.

De entre las penas señaladas, merece especial reflexión, además de la muerte, una especie del género Sanción Pecuniaria, a saber: La Reparación del Daño. El artículo 29 del Código Penal del Distrito Federal establece: "La Reparación del Daño que deba ser hecha por el delincuente, tiene el carácter de pena pública, pero cuando la misma reparación deba exigirse a terceros, tendrá el carácter de responsabilidad civil y se tramitará en forma de incidente en los términos que fije el Código de Procedimientos Penales. . . "Este precepto permite apreciar que la reparación del daño unas veces es pena y otras pierde tal carácter, lo cual resulta contradictorio. En realidad por su naturaleza, la Reparación del Daño, no puede ser una pena; ésta se extingue por la muerte del sentenciado, lo cual no ocurre con la reparación del daño de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 91 del Código repressivo. Si admitiéremos como pena pública tal reparación se trataría de una sanción trascendental, prohibida por la constitución.

Atento lo anterior, y de la forma en que las enumera se puede establecer que el Legislador del 31 las considera como principales y accesorias; siendo las primeras las de Prisión; Relegación (derogada), reclusión de locos, sordomudos, denerados y toxicómanos; confinamiento, prohibición de ir a lugar determinado; sanción pecuniaria (multa); privación de derechos, etc.; y las segundas la de sanción pecuniaria, consistente en una sanción pecuniaria cuya referencia se menciona anteriormente; pérdida de los instrumentos del delito; suspensión de derechos; caución de no ofender; apercibimiento; etc.

Y en cuanto a su naturaleza será: Corporales, contra la libertad, pecuniarias y contra ciertos derechos. (9)

(9) Ob. Cit.—Lineamientos Elementales de Derecho Penal.
Pág.



CAPITULO II

EVOLUCION HISTORICA DE LAS IDEAS PENALES

El desarrollo histórico de la pena es susceptible de división, desde el punto de vista del predominio del principio que justifica su aplicación, y algunos tratadistas han considerado la evolución de éste dentro de los siguientes períodos:

Venganza Privada, Venganza Divina, Venganza Pública, Período Humanitario y, Período Científico.

El hombre, como ya lo dijo Aristóteles, es un animal político, el cual le es indispensable para llevar a cabo sus propios fines la vida de conjunto, la vida de sociedad; y mediante ese tipo de existencia necesariamente ha tenido problemas con los demás de su especie, a los cuales respondió primeramente con la agresión a la agresión misma con la intensidad que le fuera posible, es decir, imperaba la ley del más fuerte, puesto que en tan remotas épocas de las sociedades primitivas, el ejercicio de la pena no era retribución de los detentadores del poder; las víctimas o los miembros de su familia vengaban en el ofensor o en la familia de éste, el daño causado, infiriéndole, generalmente, otro mayor; época bien llamada de la Venganza Privada.

Pronto se reconoce el inconveniente a esta forma de aplicar la pena, de ser excesiva y original nuevas violencias que ocasionan luchas interminables, así como el de ser factor que contribuye a la disminución del número de miembros de la comunidad, por imperativo de subsistencia, a ponerle punto final, y se limita entonces la venganza privada a la Ley del Talión, (ojo por ojo, diente por diente), cuyas huellas se encuentran en las legislaciones Babilónica, Hebrea, Griega y Romana Primitiva.

Lentamente va desapareciendo el principio de Venganza Privada, al desarrollarse el poder social protector del individuo.

Son sobra de razón afirma Bolloni que la pena en su origen supone organización social, ya que es una actitud defensiva del núcleo social, contra la acción de cualquiera de sus integrantes, tendiente a poner en peligro su existencia misma.

Con la evolución de la sociedad hacia la formación del Estado al primitivo carácter social de la pena se agrega el político; porque el Estado mediante su estructura política tenderá que mantener, sirviéndose de preceptos coercitivos la integración del conglomerado social.

Al evolucionar el concepto de Estado, la Pena, por el abo- lengo, que se reconoce en los detentadores del poder, adquiere un concepto religioso.

El que viole una norma en contra de los detentadores del poder, se ha hecho acreedor a los castigos más severos, porque esta violación no solamente va en contra de uno de los integrantes del grupo social, sino además implica una ofensa grave a la divinidad.

Y es entonces cuando la sanción asume el carácter a represión religiosa. Se convierte en sanción social, política y religiosa, a la que posteriormente se agregará el carácter jurídico.

“La reacción es general contra los actos ilícitos que vayan en contra de las normas de convivencia comunes, castigando al violador de los intereses de cada individuo base en donde radica el carácter social de la venganza”.(1).

Los conceptos de Venganza Social y de intimación provocan la severidad de las penas. Se aplican los suplicios más crueles, así como la pena de muerte.

Ninguna idea se tiene de la corrección del delincuente. Las prisiones solamente sirven para hacinar las culpas, sin regla alguna, como cosa podrida que no ha de servir.

En ese concepto las penas que se aplican son excesivas,

(1) Ob. Cit. Carrancá y Trujillo.—Derecho Penal Mex. Pág. 177.



concediéndose mayor importancia al aspecto que ofrece la pena en imposición, porque su objetivo es la intimidación, el escarmiento.

El procedimiento tiene caracteres de crueldad que autorizan la aplicación de la tortura para arrancar confesiones.

La reacción contra estos excesos se inicia en la Legislación Canónica. Sus penas son humanitarias e intentan el mejoramiento moral del culpable; ellos son: Prisión Perpetua, detención en un monasterio, penitencias crónicas; peregrinaciones, limosnas, excomunión de la iglesia apta esta última; para los incorregibles, pues no acepta la pena de muerte.

En el siglo IV se establecen las prisiones. El concilio de Aquitrán señala las bases para la reglamentación de las prisiones celulares en los monasterios, en los que conforme a éstas, cada culpable en su celda individual, ejecutará trabajos obligatorios, contará con los auxilios espirituales y morales, y tendrá a su disposición libros que le ayuden a su elevación moral.

En el siglo XVII, el monje Benedictino Mabillon, en sus "Reflexiones sobre las Cárceles", fija las diferencias entre los principios que fijan la justicia eclesiástica de la secular, estableciendo las diferencias que en esta época existían y que textualmente señala al decir: "En la justicia secular, se procura, principalmente conservar y restablecer el orden e imponer terror a los malvados; en la justicia eclesiástica se procura la salvación de las almas. En la justicia secular presiden por común la severidad y el rigor; es el espíritu de caridad, de compasión y de misericordia el que debe dominar en la justicia eclesiástica".

En el siglo XVIII se acentúan los trabajos tendientes al mejoramiento de las condiciones y regímenes de las prisiones.

El Papa Clemente XI hace construir en Roma, la prisión de San Miguel, para jóvenes culpables; y el Papa Clemente XII; crea una prisión análoga para mujeres.

Florián nos dice: "Hasta aquí no se había tenido una teoría autónoma, verdaderamente organizada que pudiese ser

base de un sistema penal completo". Las teorías penales eran derivadas de la filosofía, eran aplicaciones accidentales de principios generales. Ellos, además, permanecen extraños a la vida real y a la aplicación práctica.

Las instituciones de crueldad no habían desaparecido; el procedimiento para castigar continuaba revistiendo aspectos brutales como las marcas, los azotes y las torturas que según la expresión de Blackstone existían más de cien delitos que eran castigados con la pena de muerte, cuya aplicación era excesiva.

De entre las ideas que a fines del siglo XVIII predominaron en el mundo de la inteligencia, los cuales recibieron el nombre de iluminismo, es donde hay que tratar de localizar aquellas que actuaron con una finalidad humanitaria; y a la vera de este influjo surgió un nuevo período en la dinámica de las ideas penales: El Humanismo".

Dicho período fue preparado por los trabajos de Montesquieu, D'Alambert, Voltaire y Rousseau, pero su realizador fue el milanés César Beccaria.

Inquietud por problema tan trascendente, así como de escandalosa magnitud, Beccaria se consagra al estudio del Derecho Penal; tiende sus mejores esfuerzos para darle principios propios y hacer de él una Ciencia Autónoma. A él corresponde, en consecuencia, el haber elevado al rango de Ciencia el estudio del Derecho Penal.

El 1764 cristalizaba sus esfuerzos con la publicación de su libro "Del Delito y la Pena", en que expone con amplitud las ideas humanitarias que impulsan y animan para modificar el régimen penal de su época.

Combatió la pena de muerte, las penas infamantes, los azotes, las torturas, etc. y pugnó ardientemente por la atenuación de penalidad por la legalidad de las personas, por la protección del acusado mediante garantías procesales.

Tan grande fue su influencia que pronto creó un ambiente favorable a la atenuación de la legislación criminal, y algunos monarcas introdujeron radicales reformas en las leyes penales de los pueblos sujetos a su dominio.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

El movimiento humanitarista de Beccaria no estaba solo; se vio favorecido por uno de los más grandes acontecimientos sociales: La Revolución Francesa, la cual vino a acentuar el carácter individualista de aquella, acogiendo buen número de postulados en sus Códigos Penales, el de 1791 y el 3 de Drumario del año IV, postulados que también influyeron en el año de 1810.

A la par de este movimiento, surgió otro en Inglaterra por medio de Noward, quien movido por su espíritu humanitario y deseando conocer la situación miserable y abyecta en que se encontraban los encarcelados, recorrió casi toda Europa visitando sus prisiones, y con la base en sus propias conclusiones y observaciones, editó su libro "Estado de las Prisiones en Inglaterra y Gales", con la intención de crear un ambiente favorable a los penados.

Dicha obra tuvo importancia no sólo en Inglaterra, sino que fue más allá de sus fronteras, hasta el continente, pues fue editado en varios países. La esfera de acción de la obra de Noward es desde luego menor que la de Beccaria, ya que aquél tan sólo se limitó al campo de las penas carcelarias.

Pero no obstante ello, junto con el ilustre maestro preparó la gran Reforma Penitenciaria, que no se hizo esperar mucho tiempo.

Las profundas transformaciones y convulsiones que en la justicia penal se han presentado, han venido a caracterizar un nuevo período: El Científico.

Dentro de él se han considerado el acto ilícito (delito) como el efecto, la consecuencia natural de complejos factores. El transgresor del orden jurídico establecido es el objeto de la máxima preocupación científica de la justicia.

El delito es una manifestación de la personalidad del delincuente y hay que reeducarlo, y por todos los medios científicos posibles reintegrarlo a la sociedad, corrigiendo sus inclinaciones viciosas.

En esa corrección es donde la estructura de este nuevo período, en el cual la pena no es un fin, puramente retributivo, sino el medio para llegar a la consecución de un fin, que lo será de protección social y habrá de realizarse con medios de corrección de intimidación o de eliminación.

CAPITULO III

JUSTIFICACION DE LA PENA.— FINES Y CARACTERES DE LA PENA.— BREVE RESEÑA SOBRE LA PENA DE MUERTE.—

JUSTIFICACION DE LA PENA.— (LAS ESCUELAS PENALES).

El desarrollo del presente capítulo lo hago a partir de Beccaria, haciendo a un lado las ideas que sobre temas penales predominaron en la antigüedad y Edad Media, (Platón, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, etc., expuestas en el capítulo I), por no tener el carácter de doctrinas penales, sino sólo opiniones aisladas sobre la pena y el delito, considerados en su aspecto filosófico; y ser aquel Beccaria, el que sistematizó dichos estudios elevándolos al rango de ciencia y dando pauta a la creación de la llamada Escuela Clásica del Derecho Penal.

Beccaria juzga que el fin de la pena no es atormentar ni deshacer el delito ya cometido; el derecho de castigar se funda en el mismo derecho de defensa del individuo transmitido a la sociedad, teniendo ese derecho por límites la justicia y la utilidad; su fin es impedir que el culpable cometa otros delitos y trate de aparentar a los demás con el ejemplo del castigo que recibe el delincuente. Manifiesta que "debe imponerse de acuerdo con la impresión más eficaz que haga en los hombres y en la menos dolorosa en el campo del reo".

La tendencia de este tratadista es hacer de la pena un proceso ejemplar y humanitario, combate la tortura, el juramento que se impone al acusado, la pena de muerte, la crueldad en los castigos y la profusión de los suplicios; proclama por la necesidad de la certidumbre en las penas, su proporcionalidad en relación con los delitos y su necesidad de que sean personales y suaves. "Cuando más justos son, tanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor libertad otorga el soberano a sus súbditos".

Carmignani, al frente de las Escuelas Políticas sostiene que la importancia del Derecho Penal reside en la pena, cuya existencia la justifica una necesidad jurídica. Su razonamiento parte del supuesto de que los principios jurídicos y morales se han venido influenciando en el proceso histórico de la humanidad y no obtienen una manifestación propia sino hasta que se ha alcanzado un gran desarrollo de la civilización. El principio jurídico es el mismo que el principio moral y no difiere de éste más en el sentido de su perfección más completa.

Exaltado por la política, Rossi impone en Francia su Escuela Penal Política. Trata de justificar la pena asociando el principio moral a la utilidad social y dice que la pena no es una necesidad jurídica o moral, sino más bien su índole es política, es una medida de Estado, que forma parte del plan político trazado por éste. Que de la solución de la misma debe encargarse el propio Estado; es competencia del detentador del poder y no del jurista, su existencia la justifica la necesidad política de la conservación social. Limitada ésta por la moral.

A la vanguardia de la Escuela Escéptica, Romagnoni, funda en Italia la Escuela de este nombre. Estima el delito como violación de los deberes más íntimos y justifica la pena apoyando su existencia en un mundo sobrenatural, de acuerdo con las necesidades morales del hombre; afirma que éste, por su naturaleza está imposibilitado para llegar al conocimiento de la verdad.

Apegándose a una técnica estricta y considerando las tendencias de sus precursores, Francisco Carrara, el más genuino representante de la Escuela Clásica, les da unidad. Se declara partidario de la pena de muerte. Conceptúa el delito no como ente de hecho, sino como un ser jurídico, una forma jurídica, y nace de la relación que existe entre el acto humano y el derecho penal, no es un acontecimiento definido sino que su esencia está en una transgresión a la ley.

Carrara piensa que el delincuente es hombre, y como tal, goza en toda su amplitud de libre albedrío, de libertad moral. Si entre el bien y el mal opta por el segundo, es responsable de su elección, porque "frente a la presión incesante y multi-

forme del medio exterior y del conflicto de los diversos móviles exteriores, corresponde siempre exclusivamente, a la libertad del individuo decidir entre dos posibilidades opuestas”.

No obstante la divergencia de criterios y opiniones que se observa en las ideas de los penalistas que se consideran como partidarios de la Doctrina Clásica, en su mayoría tienen puntas de relación; y a pesar de la diversidad de ideas se puede señalar como características de esta Escuela de método especulativo; la imputabilidad basada en el libre albedrío y la culpabilidad moral; el delito, como ente jurídico; la pena considerada como medio de tutela jurídica.

“El mérito de la Escuela Clásica ha sido su universalidad en el tiempo y en el espacio, y sus deficiencias se deben al establecimiento o la limitación”.(1)

Ferri sustenta el criterio de que el delito y pena son abstracciones jurídicas inmutables en esencia, en el espacio y en el tiempo. Existe una relación íntima entre el hecho y la ley violada. Por esto, el agente activo del delito no merece importancia, es el hecho quien lo observa todo. Funda la imputabilidad el hecho delictuoso en el libre albedrío. En la lógica abstracta, la tendencia retributiva de la pena. Delito y pena, en él, son relación matemáticamente aplicada.

Conforme a su criterio, la pena tendrá que ser igual para todos los delincuentes, cuando el daño sea idéntico, porque su responsabilidad fundada en el libre albedrío será siempre la misma.

Se perfila la Escuela Positivista. La Escuela Clásica es el blanco de aquella que surge llena de vigor, en el campo de la ciencia penal. En contradicción con el libre albedrío de aquella, ésta sustenta enérgicamente su determinismo; su criterio antropológico, sociológico y jurídico.

Con su libro “El Hombre Delincuente”, se destaca Lombroso. Afirma que el hombre no es libre, llega a la vida pre-dispuesto por su constitución orgánica. Es producto del ata-

(1) Ob. Cit. Alfonso Teja Zabre.—Principios de Ciencia Penal.—Pág. 11.



vismo, de los brotosatávicos. El delincuente es sólo un hombre primitivo con los caracteres físicos de aquél, con signos sui-géneris en su conformación. No es libre, puede nacer con predisposición al crimen. En caso afirmativo sus rasgos físicos serán denotadores de su estado patológico y tendrá que obrar determinadamente, de acuerdo con su constitución orgánica.

“El índice craneano, es, en general conforme al tipo único, pero más exagerado que en éste, las asimetrías creneanas y faciales son frecuentes en él, no es rara la sumicro-cefalia, lo mismo que la atemorasia de las arterias temporales; la colocación anómala de las orejas, la escasez de la barba, el pragmatismo, la desigualdad de las pupilas; la nariz torcida, la depresión de la frente, la excesiva largueza de la cara, el exagerado desarrollo de los pómulos y de las mandíbulas, a las que se añaden sus ojos casi siempre oscuros.

De estos signos morfológicos deduce que los actos del sujeto a quien correspondan, está fatalmente predestinado al crimen, por su naturaleza.

Continuando las ideas antropológicas de Lombroso, Garófalo afirma que el delincuente es un ser anormal a quien no solamente podremos conocer con posteridad al hecho, por medio del juicio que se formule como consecuencia de una atenta observación de su morfología.

La justificación de la pena para el presente autor, radica en el saber que el Estado tiene para procurar y conseguir, a todo trance, la conservación del grupo social, el cual posee un sentimiento moral medio, significado en la ley que rige sus relaciones.

Pero los delincuentes, estima, son susceptibles de readaptación, en función de su capacidad moral, por lo que resulta necesaria una separación provisional de este elemento nocivo, respecto del núcleo social que con su hecho criminal ha sido afectado.

Estima que cuando la moral del delincuente se encuentra a tal punto rebajada y se ha desarrollado en éste como consecuencia de una naturaleza viciosa, su readaptación resulta

imposible. El Estado, ante él, tiene dos posibilidades: O la elimina con la muerte o lo aparta de la sociedad, suprimiendo el peligro que para ésta, aquél representa. Pero aconseja que siempre se opte por lo segundo y expone: que el crimen revela que el hombre no es propio para la vida social y es necesario privarlo de ella, no suprimiéndola biológicamente porque entonces causaría exceso su reacción, hay que procurar readaptarlo, "Intentando ésta en una isla o colonia, por largo tiempo o a perpetuidad".

en la actividad y el deber del estado para garantizar la seguridad social, radica la justificación de la pena, deber que se traduce en esfuerzo de readaptación del individuo que rompe el equilibrio de derecho que existe en toda sociedad organizada.

Estima que el delincuente está desprovisto de la moral social que caracteriza el conglomerado en que se desarrolla, por lo que existe la necesidad de someterlo a un proceso de readaptación. Esta se encuentra en relación directa con la capacidad moral del agente del delito.

Afirman los positivistas que el hombre es responsable de sus actos delictuosos por tener el mismo carácter social; debe iniciarse un movimiento de defensa protector de la sociedad pero sin perder de vista que el actor del hecho punitivo es un hombre que es necesario conocer y por eso hay que estudiarlo, por su naturaleza, sus antecedentes y los móviles que lo impulsaron a la comisión del hecho criminal. La pena que se le imponga se fijará con un criterio de defensa que se traduce en defensa del propio delincuente.

Esto porque el delito es un fenómeno social, resultado de diversos factores. La pena no debe tener carácter retributivo sino conservativo y preventivo.

"La fórmula necesidad de la defensa jurídica corresponde a los hechos, verdaderamente es la única justificación positiva del derecho de castigar".

En consecuencia las orientaciones del positivismo pueden recurrirse a cuatro consideraciones: Método Experimenten-



tal; el delito como un fenómeno natural y social producido por el hombre; la responsabilidad social derivada del determinismo y la temibilidad del delincuente; la implantación de la pena no como un castigo, sino como un fenómeno de defensa social.

“La escuela positiva es solamente una etapa que ha perdido vigencia científica, pero tuvo enorme importancia para remover ideas y dar nuevos derroteros a los códigos contemporáneos. (2)

Eugenio Florián al hablar del alcance del concepto de defensa social nos dice: “colocado como base del derecho penal no debe confundirse con ninguna de las teorías unilaterales. El representante de la idea general que encierra y realiza, por lo menos como tendencia de los demás diversos motivos de reacción y de lucha contra el delito que le ataca y lo aplaca ya que en la prevención tiene valor como motivo, la reprobación social suscitada por el delito, preserva al delincuente con los métodos más variados, actúa frente al perjudicado con el hecho punible al cual da satisfacción y suprime la venganza privada, protege a los ciudadanos en la esfera de su legítima libertad preserva al delincuente mismo contra la venganza privada y lo generaliza, inclusive frente a la acción del Estado”.

Del concepto de defensa social emanan los fines inmediatos más o menos contingentes y relativos que deben asegurarse a la pena. La experiencia diaria demuestra que las penas se aplican para imponerse a los delincuentes en la imposibilidad física de dañar, es decir, en la imposibilidad de cometer nuevos hechos punibles. Intenta su mejoramiento según las exigencias de la civilización y la economía del pueblo a que pertenece, procurando hacerlos idóneos; intimida con la amenaza de una pena a la que cualquiera puede hacerse merecedor.

Con la ejecución de la pena impuesta al infractor criminal, intenta su apartamiento de la reincidencia. En esta forma

(2) Ob. Cit. Alfonso Teja Zabre.—(Principios de la Ciencia Penal.—Págs. 11-17).

la prevención social e individual, se entrelazan y, en conjunto realizan la función social de la pena.

De las pugnas entre las escuelas Clásica y Positivista, surge, anhelosa de mediar en la contienda, la Terza Scuola, denominada también Escuela Crítica, cuyos fundamentos fueron Alimena y Carnivale, la cual presentó una situación no muy definida y tuvo una vida fugaz.

Su postura fue ecléctica entre las dos mencionadas; del positivismo acepta la negación del libre arbitrio, la concepción del delito como un fenómeno individual y social y la orientación hacia el estudio científico del delincuente y de la criminalidad; pero rechaza la doctrina de la naturaleza morbosa del delito, el criterio de la responsabilidad legal así como la observación del derecho penal en la sociología criminal.

Acepta la escuela clásica el principio de la responsabilidad moral y la distinción entre imputables e imputables; pero se le aparta al no considerar el delito como un acto de ser dotado de libertad.

Para Alimena, la imputabilidad surge de la voluntad y de los motivos que la determinan, y tiene su base en la aptitud para sentir la coacción psicológica; por lo cual sólo serán imputables aquellos que sean capaces de sentir la amenaza de la pena.

Los postulados de esta escuela fueron: Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del individuo; la naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica, la pena tiene como fin la defensa social.

Bener al clasificar doctrinas penales, establece tres grupos: Teorías absolutas, relativas y mixtas.

En las primeras considera a aquellas en que la pena no tiene determinado fin. Su aplicación es simple consecuencia del acto ilícito; no persiguen utilidad, porque de hacerlo, la pena dejaría de ser justa; debe tener su fin en ella misma. Estas teorías señalan un nexo que existe entre la pena y el hecho delictuoso, nexo causal al que subordina la aplicación de la pena, susceptible ésta, en todo punto del acto criminal.

Este criterio es el que considera el delito como base de la sanción.

Kant considera la pena como un imperativo categórico, concibe ésta como una exigencia de la razón práctica y la distingue dos categorías: Cuando ésta es judicial y cuando es natural. La primera es una aplicación merecida.

“Por lo que concierne a la absoluta necesidad racional que se atribuye a la pena es indudable que la razón, en todo acto libre, si ha de ser conforme a ella, pide un fundamento determinante para obrar un fin, al cual sirva aquél de medio teniéndolo y dirigiéndolo a él nuestra atención.

Donde esto falta, decimos que la acción no tiene fundamento, o que en otros términos es irracional. No referir pues la pena absolutamente a fin alguno, equivale a considerar falta de razón, apareciendo entonces como un puro mal, sea el que fuere según cualquier tarifa arbitraria, irracionalmente agregado al daño anterior para aumentar sin motivo la suma del mal al mundo”.

Divergente a estas orientaciones, las teorías relativas estiman las penas como un vehículo que nos lleva a un fin posterior y que ha de fundirse con la conservación del orden jurídico; el delito, conforme a este criterio es un sistema que, indica la existencia de una ulterior razón para castigar, y para alcanzar ese fin, hay que considerar los antes cometidos, para prevenir los futuros valiéndose de la amenaza que implica la ley penal.

Las primeras intentan la aplicación de la pena como prevención, valiéndose para este fin del espectáculo de su ejecución en el cual el delincuente es simplemente un medio aprovechable para lograr en los demás un fin premeditado.

Proponiéndose esta teoría amedrentar mediante la expresión que causa en otros el padecimiento del culpable, es evidente que no corresponden a su fin aquellas penas propias para producir este efecto, es decir, las más afflictivas y temibles, las más públicas e ignominiosas. La convicción de que el delito debe suponer y seguir una necesidad moral y jurídica, una pena, la tiene ya por sí mismos los ciudadanos; y su

conminación en la ley, juntamente con su puntual cumplimiento, no la producen por vez primera aunque sí la confirman. Por el contrario, la convicción de que el delito seguirá sancionando, como consecuencia necesaria de la pena, sino con la irremisible seguridad de una necesidad física, a lo menos con suma probabilidad, jamás se logra por completo en vista de la experiencia, a pesar de la frecuente ejecución de los castigos más duros.

Determinada la pena por su fin, de acuerdo con este criterio, siempre quedará sujeta o por lo menos tendrá relación muy directa con los obstáculos que los demás opongan a la intimidación.

Feurbach dice que la conservación del orden jurídico ha puesto al Estado en la necesidad de valerse de recursos externos e internos para el aseguramiento del derecho. La pena es legítima y útil para la amenaza primeramente y por su ejecución después. La pena aparta a los hombres de la comisión de los delitos obrando sobre su naturaleza sensible de manera que el estímulo del placer oponga la convicción de la realidad dolorosa que encierra la pena.

El problema de la penalidad en Feurbach se reduce a combatir la sensibilidad, a reprimir el placer que se espera del delito con la imagen del dolor contenido en la pena.

Bauer y su teoría de la advertencia no difieren de la construcción doctrinal de Feurbach, pero en Bauer la ley penal debe evitar la aparición del crimen por medio de la advertencia.

En Grolman la justificación de la pena radica en el acto de evitar el delito en el delincuente, que aún no se ha manifestado como tal, y dice: "Se encuentra en pugna con el estado jurídico aquél a quien un motivo suficiente contra las inclinaciones antijurídicas de su voluntad; al derecho corresponde suministrar este motivo impidiendo físicamente la comisión de violaciones jurídicas, o por la prevención intimidativa, dado que la naturaleza sensible del hombre lo apartará de las cosas desagradables determinándola por la línea del placer, y la representación de la pena no puede ser sino la

representación del mal; mal que ha de producir un bien, la reforma de la voluntad maleada.

Esta tesis es parcial porque no trata de extirpar las malas inclinaciones que menciona; juzga que la intimidación es el medio exclusivo para regresar a la voluntad desviada a un orden conforme a derecho.

Martin estima que la necesidad de la pena se subordina a la ineficacia demostrada de la amenaza legal; esta teoría está notoriamente influenciada de la de Feurbach, porque para ambos la pena es un medio restaurador del orden del derecho.

La teoría correccionalista de Roeder dice: "Es una ley, un principio, es decir, una dirección general y necesaria para la vida y conducta de los hombres; no sólo para sus realizaciones exteriores, por lo cual, la nueva legalidad externa de acciones realizadas con intención injusta, no es más que justicia a medias, incapaz de satisfacer al derecho ni a la sociedad" y "la razón jurídica inmediata de ese remedio contra la injusticia que se llama pena, se halla, según esto, en la arbitrariedad inhumana de un hombre, manifestada externamente y dirigida de un modo indudable a la perturbación de orden social del derecho, con el cual, es por consiguiente incompatible. Y el inmediato fin jurídico también de que esta razón nace espontáneamente y que es como ella enteramente determinado, alcanzado hasta donde ella alcanza y cesando desde donde cesan, conciente es el restablecimiento radical, por todos los medios adecuados y justos de la voluntad pervertida manifestada con el hecho y según el género y grado de maldad que revela".

Esta doctrina fijando el sentido ético de la pena, ha dado orientaciones muy brillantes a la evolución de la criminología.

Basada en las doctrinas de Feurbach, se realiza con un nuevo criterio de defensa social y fundándose en las tendencias antroposociológicas se realiza la escuela de la defensa social. No acepta el tipo delincuente de Lombroso, pero estima "que la constitución es determinante de la acción, pero ésta a su vez, la acción es determinante de la conformación".

El criterio antropológico de las variaciones individuales vivifica todo el moderno sistema así como la necesidad de individualizar el tratamiento penal, que surge como consecuencia de este principio. La importancia del derecho penal, será ahora, principalmente el agente activo del delito.

Jiménez de Asúa nos dice: "La llamada política criminal que tiende a realizar dentro lo que debe ser aquello que es posible, en las circunstancias de lugar y de tiempo es la forma más eficaz y fecunda de la doctrina defensiva, para agregar después, a sus esfuerzos las legislaciones preparan su transformación y aparecen en Europa los modernos proyectos y ante-proyectos realizadores de la doctrina de la defensa social (el estado peligroso) y en las que se acoge en mayor o menor medida, la fórmula del Estado peligroso".

Las nuevas orientaciones penales justifican la existencia de la pena apoyándose en la defensa del agregado humano, de la conservación de la sociedad que se traduce en preservar y considerar al individuo delincuente. Por presentar éste un peligro social, por medio de una defensa humanitaria y científica procurando el mínimo del sufrimiento que inevitablemente le ocasione el tratamiento; su corrección servirá para intimidar y evitar la comisión de nuevas infracciones.

Siendo la justificación de la pena la defensa social, debe desplegar su actividad antes y después de cometido el hecho delictivo; la pena justifica sus fines inmediatos, inocuizando y readaptando, ajustada siempre a las características del criminal.

FINES Y CARACTERES DE LA PENA

FINES MAS ESENCIALES DE LA PENA JURIDICA.—La función general que debe desempeñar los organismos encargados de administrar la justicia penal, puede dividirse en numerosas funciones especiales, en relación con las múltiples condiciones psicológicas de las cuales depende en circunstancias determinadas, la soberanía del derecho y el cumplimiento de su misión, condiciones que el delito ha puesto en tela de juicio o que no ha respetado suficientemente y en re-

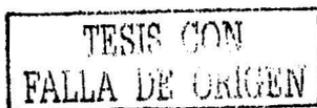
lación también la diferente manera con que la administración de la justicia penal puede contribuir a que se realicen, queden garantizadas o restablezcan las condiciones dichas.

A este número de funciones especiales pertenecen, por ejemplo, las siguientes: dar a conocer el hecho como un acto digno de reprobación; tranquilizar a aquellos que por causas del delito se hayan puesto en intranquilidad y alarma asegurar una satisfacción a aquellos en cuya esfera jurídica haya penetrado el delito; impedir que los individuos traten de tomarse la justicia por su mano, procurando la retribución del delito y perturbando con ella la paz; anular los daños afectados causados por el delito en el alma del culpable mismo y en la de aquellos otros que se sientan propensos a delinquir; asegurar y, en su caso, hacer imposible materialmente que pueda dañarse, o bien dar, en general origen a una tal situación de cosas en donde aquél, o no quiere cometer más delitos o no puede hallarse en estado de cometerlos (en los antiguos tiempos se buscaba esto con la expiación, reconciliando al reo con la divinidad ofendida, o con el restablecimiento de la paz por parte del grupo de parientes interesados, o por la restauración del honor del ofendido), etc.

Cuando los efectos psicológicos del delito son de tener aquí en cuenta, pueden dividirse en multitud de elementos, según el criterio que se tome para la división, del propio modo podemos también dividir de varios modos los efectos y los fines de las penas que se correspondan a aquellas. Para algunos autores la pena debe tener tres fines; según otros, cuatro; y así sucesivamente, por lo tanto he compilado lo que he creído ser más acertado de estos fines, siendo los siguientes:

FINES DE LA PENA.—La pena tiene así, como fines últimos, la justicia y la defensa social; pero como mecanismos para su eficacia o como fines inmediatos, debe ser:

- a).—Intimidatoria; sin lo cual no sería un contramotivo capaz de prevenir el delito.
- b).—Ejemplar; para que no sólo exista la conminación teórica en los códigos sino que todo sujeto que virtualmente puede ser un delincuente, advierta que la amenaza es efectiva y real.



- c).—Correctiva; no sólo porque siendo una pena debe hacer reflexionar sobre el delito que la ocasiona y constituir una experiencia educativa y saludable, sino porque cuando afecte la libertad se aproveche el tiempo su duración para llevar a efecto los tratamientos de enseñanza, curativos o reformadores que en cada sujeto resulten indicados para prevenir la reincidencia.
- d).—Eliminatoria; temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad, o perpetuamente si se trata de sujetos incorregibles. Quizá esta clase de sanciones, desde que se ha suprimido todo agregado con que antes se quería darles mayor carácter aflictivo, corresponda más bien a la categoría de las medidas, aun cuando muy respetables opiniones rechazan la exclusividad de este carácter por no perder de vista el efecto intimidatorio que no se desprecia en ellas.
- e).—Justa; Porque si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia, ésta da vida a todo medio correctivo y sería absurdo defender la justicia misma mediante injusticias; pero además, porque no se logrará la paz pública sin dar satisfacción a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendida por el delito, ni se evitaran de otra manera las venganzas que renacerían indefectiblemente ante la falla de castigo.

Estas funciones o fines de la justicia penal, pueden perseguirse de diferente manera, según las distintas situaciones o estados de cultura, y dentro de un mismo estado de cultura, en atención a las distintas clases sociales de delitos y de delincuentes; y esa diversidad tiene una manifestación práctica en la diversidad de los medios penales aplicables, y en las diferentes maneras y diferentes condiciones de su aplicación.

Fijándonos, ante todo, en esta relación entre las especies penales y el fin común de toda penalidad, nos encontramos, entre otras cosas, con que es imposible desconocer que la pena de muerte y la de la reclusión perpetua no sirven para dicho fin lo mismo que pueden servir, supongamos, la reprobación y las penas pecuniarias, sino que más bien los principales

efectos de éstas nos ofrecen grandes diversidades a las que apenas se debe atribuir una importancia menor de la que se concede a las diferencias existentes entre los efectos que caracterizan a las penas en general y las que producen las demás sanciones o consecuencias jurídicas. Con las penas primeramente nombradas, así como también con otras especies penales, se enlaza entre otros, el efecto, muy importante desde el punto de vista del indicado fin, de hacer imposible materialmente al criminal la realización del dolo, de un modo permanente (pena de muerte y penas perpetuas de privación de libertad), o dentro de un determinado territorio (extrañamiento o relegación), o dentro de una determinada esfera de actividad (privación de ciertos cargos o empleos, e inhabilitación para adquirirlos y desempeñarlos), mientras que, por lo que a la reparación y a las penas pecuniarias toca, no se puede hablar de este efecto. Por el contrario en la reprensión se advierte la tendencia a amonestar y a corregir el penado, tendencia que no desempeña papel alguno en la pena de muerte, ni en las perpetuas de privación de libertad, ni en el expulsión del territorio, ni en otras especies penales. Una clase de las llamadas penas de orden (Ordnungsstrafen), tiene por objeto hacer que las gentes se abstengan de realizar determinadas acciones concretas (a penas coactivas, Zwangsstrafen). Estas penas reúnen a los caracteres generales de las penas y, sobre todo, al elemento que más resulta en ellas de ser medidas ejecutivas, es decir, a la tendencia general preventiva que quiere impedir que las gentes violen sus obligaciones, una tendencia especial, a impedir la violación concreta de una obligación. Sobre tales penas, véase por ejemplo, los artículos 69 y 95 del Código de Procedimientos Criminales, y los artículos 355 y 752 del Código de Procedimientos Civiles, por causa de tal diversidad de medios penales, es por lo que puede explicarse que muchas especies de delitos llevan consigo múltiples penas, como por ejemplo, las de privación de libertad, las pecuniarias, las de privación de los derechos honoríficos del ciudadano, y la sujeción a la vigilancia de la policía.

Por lo que a la manera de ejecución se refiere, hay aparte de otras, una diferencia entre las penas, según se atribuye a

no dar importancia a la publicidad a la ejecución, (como pasa, v. g. en la pena de muerte). Esa publicidad va calculada entre los efectos de las penas en el primer caso, (intimidar a los demás ciudadanos por medio de la presencia de ejecución), y no en el segundo. En la ejecución de las penas de privación de libertad resultan diferentes fines, según que se atribuyan o no a los mismos propósitos educativos.

En lo que respecta a las especies del delito, hay una gran diversidad de penas, las que corresponden, v. g. al homicidio, hasta las relativas a los juegos ilícitos, de azar.

En el primer caso, la pena satisface, entre otros, un deseo de retribución, deseo en que el segundo no existe, no solamente en la proposición que allí sino de ninguna manera. Diferenciándose además bajo este mismo aspecto las penas por injurias, de las de las penas por delitos contra la moralidad, por la usura, por las faltas voluntarias de policía; aquellas tienen hoy por función y por fin, como lo han tenido también en tiempos pasados entre otras cosas, satisfacen a un determinado individuo por la acción delictuosa y garantizarle o en su caso devolverle su honor, de lo cual no tratan éstas. En muchas especies de delitos (como por ejemplo, en la blasfemia resulta de una manera particular el fin de la reparación de un determinado escándalo público; en otras, el de asegurar y proteger determinadas bases de la paz pública, o de la honestidad de las costumbres, o de la autoridad superior, o del orden de servicios públicos (faltas disciplinarias), etc.

Los delinquentes mismos pueden dividirse, por razón de los fines que respecto de ellos han de perseguir las penas, entre otras cosas, el delincuente joven, frente a los cuales la pena ha de buscar especialmente un fin convencional, y de delinquentes adultos; además, en delinquentes de hábito frente a los cuales ha de buscar la pena el fin de cambiar sus internas y fundamentales inclinaciones, o en su caso ponerles en la imposibilidad de seguir dañando, y de delinquentes de ocasión. Respecto de muchos delinquentes el fin de la pena consiste en habituarles al trabajo y al orden, por depender sus delitos de la falta de estas cosas, mientras que con relación a otros la pena que no tiene función alguna qué cumplir desde este punto de vista.

Existen también, por este lado, diferencias entre las distintas esferas de vida, por lo tocante a los peligros que en las mismas hay que combatir. Así por ejemplo, en la esfera del derecho penal militar, como igualmente ahí donde impera el derecho de la guerra el valor respectivo de los varios fines penales no es el mismo que tienen fuera de este campo. La tendencia a la ejemplaridad, v. g. tiene distinta importancia y distinta significación que aquí.

Finalmente, si comparamos la administración de la justicia penal en pueblos diversos que atraviesan distintos grados de cultura o en períodos diferentes de la vida de un pueblo, encontramos siempre notables diferencias que se hallan con relación a la diversidad de los fines que inmediata o principalmente se buscan con las penas. (3).

CARACTERES DE LA PENA

De esos mismos fines podemos inferir los caracteres de la pena, como sigue:

- a). —Para que la pena sea intimidatoria, debe ser AFLICTIVA, pues a nadie amedrentaría la promesa de una respuesta agradable o indiferente, debe ser LEGAL, ya que sólo así, conocida de antemano, puede producir el efecto que se busca.
- b). —Para que sea ejemplar, debe ser PUBLICA; no con la posibilidad del espectáculo morboso y contraproducente que se usó en la edad media, durante la Revolución Francesa y en otros momentos de exceso y embriaguez de poder, pero sí en cuanto lleve a conocimiento de todos los ciudadanos la realidad del sistema penal.
- c). —Para ser correctiva, en forma específica, debe disponer de medios CURATIVOS para los reos que lo requieran, EDUCATIVOS para todos y aún de ADAPTACION al medio cuando en ellos pueda estribar la prevención de futuras infracciones, comprendiéndose en los medios educativos los que sean conducentes a la formación moral, social, de orden, de trabajo y de solidaridad.

(3) (Ob. Cit. Dedecho Penal. Dr. Merkelé. Págs. 263-268).

d). —Y para ser justas, todas las penas deben ser HUMANAS, de suerte que no descuenten el carácter del penado como persona; IGUALES, en cuanto habrán de mirarse sólo a la responsabilidad y no sólo a categorías o clase de personas; hoy desconocidas, pero procurando efectos equivalentes ya que no hay igualdad, por ejemplo, si se impone la misma multa de \$1,000.00 a un indigente y a un potentado. Deben ser SUFICIENTES (no más ni menos de lo necesario); REMISIBLES, para darlas por concluidas cuando se demuestre que se impusieron por error o que han llenado sus fines; REPARABLES, para hacer posible una restitución total en casos de error; PERSONALES, o que sólo se apliquen al responsable; VARIAS, para poder elegir entre ellas la más propia para cada caso; y ELASTICAS, para que sea posible también individualizarlas en cuanto a su duración o cantidad.

A veces se agrega que sean ECONOMICAS o que no exijan grandes sacrificios del Estado. La verdad es que a esta recomendación puede haber la certeza de que se dará vida sin necesidad de mucha insistencia, y quizá valiera más encarecer el beneficio de hacer lo necesario sin escatimar gastos que, con poca reflexión pueden fácilmente tomarse como excesivos. (4)

Para Cuello Colón, la pena debe aspirar a los siguientes fines: obrar en el delincuente, creando en él, por el sufrimiento, motivos que le aparten del delito y reformarlo para readaptarse a la vida social. Tratándose de inadaptables, entonces la pena tiene como finalidad la eliminación del sujeto. Además debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos de necesidad de respetar la ley. (5)

Indudablemente el fin último de la pena es la salvaguarda de la sociedad. Para conseguirla, debe ser intimidatoria, es decir, evitar la delincuencia por el temor de su aplicación ejemplar, al servir de ejemplo a los demás y no sólo al delin-

(5) Ob. Cit. Eugenio Cuello Colón. Derecho Penal.—
Pág. 536.

cuenta, para que todos adviertan la efectividad de la amenaza estatal; correctiva, al producir en el penado la readaptación a la vida normal, mediante los tratamientos curativos y educacionales adecuados, impidiendo así la reincidencia; eliminatória, ya sea temporal o definitiva, según que el condeñado pueda readaptarse a la vida social o se trate de sujetos incorregibles; y, justo, pues la injusticia acarrearía males mayores, no sólo con relación a quien sufre directamente la pena, sino para todos los miembros de la colectividad al esperar que el Derecho realice elevados valores entre los cuales destacan la justicia, la seguridad y el bienestar social.(6).

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA.—

En el antiguo Derecho, las penas estaban determinadas de modo absoluto, tanto por lo que hace a su naturaleza, como a su cuantía.

Así se ve en las doce tablas, sólo hasta después durante el Imperio Romano, al extenderse la idea de la extraordinaria cognito, se concedía facultad para ser él quien fijara la pena, según las circunstancias. Así fue abriéndose camino la necesidad de conceder más facultades al juez y ello dio lugar a que las leyes se las reconocieran; sólo que así imperó la mayor arbitrariedad por falta de una ciencia penal y de libertad en los ciudadanos para reclamar frente a las exorbitancias del Estado. Se individualizaba la pena, sí, pero para beneficio de los poderosos; así en el derecho Germánico y en el Canónico, así como de las partidas que recogieron no pocas soluciones reveladoras del genio jurídico español.

Ante la injusticia de las desigualdades personales finalmente volvió a preferirse la taxativa determinación legal de la pena.

DEFINICION.—Antes de dar una definición me veo en la necesidad de darle un estudio aunque parcial a algunas palabras que guardan cierta relación con el tema que desarrollo

(6) Ob. Cit. Lineamientos de Derecho Penal.—Fernando Castellanos.



pero que en forma un poco más regular y detallada aplique según mis estudios y conocimientos, las palabras como debe ser mejor.

QUE ES INDIVIDUALIZACION.—Las enciclopedias y diccionarios nos dicen: **INDIVIDUALIZACION:** Acción de individualizar y ésta la equipara a individualizar; acerca de esta palabra nos dicen: **INDIVIDUALIZAR:** Especificar una cosa, tratar de ella con particularidad y pormenor agregando al delinciente. Otra palabra que mucho usaré es **PENA** y **SANCION.** ¿Son la misma cosa? ¿Son homogéneas? o tienen acepciones diferentes: pues el significado propio de la misma se presta a confusión.

Algunos autores clasifican las penas y medidas de seguridad, bajo el rubro de sanciones y consideran que la pena es esencialmente represiva pero no ataca el delito en sus elementos psíquicos y sociológicos, no tiene eficacia etiológica, anticriminal, que sustituye el calificativo de preventivo.

La sanción en cambio nunca es esencialmente represiva por objeto, aunque se aplique después del delito y en razón de éste, mientras la pena se origina por el delito cometido, la sanción se refiere a todo real y posible, anterior, presente y posterior al ejecutado y aún más allá del delito el peligro personal. La pena es represiva o no es tal pena, constituye la igualdad jurídica con el delito; “Las penas realizan una función directamente represiva y tienen un fin retributivo propio de ellas; no son sino formas humanas, sociales de castigo y la retribución moral, son procedimientos que la sociedad emplea para defenderse contra sus enemigos anteriores”. (7)

De lo anteriormente expuesto, obtenemos que: la sanción es el término en particular o sea la especie y en consecuencia, creo que es más correcto decir: Individualización de la pena y no de la sanción, todo esto debido a que muchos autores toman o usan cualquiera de las dos palabras para expresar lo mismo, como por ejemplo Carrancá y Trujillo.

Determinar la pena quiere decir, fijar lo que debe corresponder a cada delito. El problema se plantea en cuanto al mo-

(7) Exposición de motivos del Código de 1929, para el D.F. Págs. 109-11).

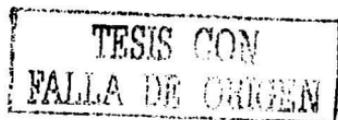
do de hacer sadorificación, y tanto más se complica, en cuanto refiere respecto al criterio o concepto que de la pena se tenga.

DETERMINACION DE LA PENA.—

Se extiende a una serie numerosa de figuras tipos delictivos; en circunstancias calificadoras o privilegiadas, en consideraciones respecto a la edad, a la participación, etc., poniendo para cada serie genérica de respuestas, diversas penas y aún dentro de las mismas, distintos grados; la ley menciona un número variable de penas, la aplicación de una o de otra clase de pena; también se encuentra determinada en la ley, la operación dirigida a adaptar el remedio legal a la persona misma del delincuente, imponiendo la pena que resulte del acto, según el arbitrio judicial recibe el nombre de individualización para que mejor se entienda, la aplicación de los términos. Adecuar, determinar, e individualizar, valga la siguiente explicación: La explicación de la pena se encuentra ya señalada en la ley (código), el juez toma esa pena señalada por la ley y, según la persona del delincuente, según el delito cometido, el daño causado, en fin, una vez que toma en cuenta todas las circunstancias que por ley, dicho juez debe observar, entonces se da la individualización y, si es hombre o mujer, o un menor, entonces debe adecuar la pena, es decir, el lugar adecuado en donde el delincuente tendrá que cumplir la pena.

FASES DE LA INDIVIDUALIZACION.—

La idea de que la pena debe estar en relación con el delincuente, ha adquirido profundo arraigo en el momento actual. El criterio de la individualización de la pena se concilia perfectamente en la concepción clásica del derecho penal, desde que no se contenta con medir la pena atendiendo solamente a la gravedad del delito, el daño causado y a la impresión causada por el hecho, si no se preocupa en proporcionar la a culpabilidad, teniéndose en cuenta un elemento psíquico, se impone el deber de tomar en cuenta la personalidad del delincuente y, esto produce en cierta medida la individualización de la pena que haya de imponerse.



Según Saleiller, en la individualización de la pena se distinguen tres fases:

- a) .—La Legislativa;
- b) .—La Judicial;
- c) .—La Administrativa.

INDIVIDUALIZACION LEGISLATIVA.—La determinación legal de la pena, consiste en primer término, en la fijación de la sanción que consta, en forma de un marco penal, en las distintas leyes penales (MEZGER) puede abarcar caso de agravación o atenuación general de la pena, o casas de agravación o atenuación especial de la misma, o por causas especiales de exclusión, solamente en ciertos casos de excepción la ley fija un monto absolutamente determinado, como la de la pena de muerte, pues en la mayoría fija un margen dentro del cual el juez debe determinar la pena para el caso particular.

Ese margen normal, del cual parte en principio el tipo, puede ser reducido por circunstancias o aplicado en casos excepcionalmente graves (WELZEL). La pena legal raramente es absoluta, con magnitudes exactamente fijadas. La de la muerte es considerada como el propio tipo de ese absoluto; pero generalmente viene acompañada, en disyuntiva aplicación, con la reclusión perpetua al punto que la determinación legal de esa sanción, en cuanto a su convertización, se rodea de tales formulismos, requisitos y condiciones que cuando se llega a su cumplimiento se valora más la personalidad del autor, que la entidad del hecho. Propiamente este tipo de individualización es falsa, porque la ley no conoce de individuos, sólo de especies llamadas Delitos, su penalidad se condiciona mediante los agravantes y los atenuantes en las legislaciones que aun la conservan; dolo y culpa, dolo eventual, y grados de participación principalmente, porque si bien tiene en mira la mediación de la pena, lo hace en un sentido abstracto y antes de que el sujeto haya cometido el hecho, a modo de prohibición genérica pero cuando el delito se cometa y se tenga al autor, sea el juez quien concretice en los casos particulares.

INDIVIDUALIZACION JUDICIAL—Esta fase de la individualización es llevada a cabo por el juez, que es la más



importante de sus funciones, y es también el momento de la materialización concreta del derecho penal.

La labor individualizadora judicial dentro de la legal, de la tipicidad, es la de adaptar no sólo el caso, sino al delincuente, por lo que tiene tanto de pena como de criminología, razón por la que se hace sentir en la doctrina la exigencia de los exámenes previos biosicológicos de los inculpados, que permitan un perfecto conocimiento de su personalidad (QUINTANO RIPOLLES).

Establecido el marco penal o la fijación legal de la pena, incumbe al juez individualizar la pena según el caso particular correspondiente, función que cumple efectuando graduación judicial de la pena, de un lado tiene la ley, ese marco legal que se le entrega como instrumento y, de otra un sujeto que debe encuadrar dentro de aquél, entonces se conduce en dos sentidos esenciales, según Mezger; en primer término, en sentido de una estructuración de la pena sobre la base de los principios que se deducen directamente de la esencia de la pena como imposición de un mal proporcionado al hecho cometido, la individualización judicial de la pena toma en cuenta por un lado el grado de la lesión del derecho y, por otro el de la culpabilidad, pero también debe realizar los particulares fines preventivos generales, especiales de la pena y, sin abandonar el criterio de la retribución, cumplir a la vez con las funciones accesorias de la misma. La individualización judicial de la pena resulta ser en cierto sentido el coronamiento del sistema del derecho penal, es como dice Mezger: **FUNCIÓN Y PARTE.**

El juez además de la competencia teórica expresa, debe poseer conocimientos psicológicos, antropológicos y sociales, junto con una fina intuición de la realidad histórica y de una sensibilidad aguzada, a lo que podríamos agregar conforme a lo que ha escrito JIMENEZ DE ASUA: los jueces del porvenir, deben tener una preparación aparte de la judicial, criminológica, sociológica, psicológica, psiquiátrica, etc., tendrán que ser en fin, verdaderos médicos sociales. Las leyes dejan al juez la elección, en el caso concreto dentro de un amplio marco penal, o también en varias clases de penas para fi-

jar la cantidad determinada, junto con las penas accesorias, las consecuencias accesorias y otras medidas. De las motivaciones: tiene que darse la cuenta exacta; colocación en la sentencia puede realizarse sólo en algunos giros, en general mantenidos rutinariamente y a menudo gastados, pero debía realizarse con una amoldación más fina a la peculiaridad individual del hecho y del autor, de lo que regularmente sucede, con lo cual deberían ser destacados también los principios elaborados por la ciencia y la experiencia judicial, al acusado le interesa porque recibe una determinada pena y no otra cualquiera. (SAVER).

INDIVIDUALIZACION ADMINISTRATIVA.— El juez ha realizado el acto de elección y mediación de la pena conforme al marco que le presenta la ley; es decir, ha dictado sentencia condenatoria y aplicado al reo una pena privativa de libertad cuya duración ha señalado. Desde ese momento, el individuo queda sujeto a la administración penitenciaria, para el cumplimiento de su condena, sometido al poder de sujeción que ejerce el Estado, debe sujetarse a las normas y reglas disciplinarias importantes en el establecimiento donde se elija la determinación de éste (adecuación) incluso el lugar dentro del mismo, la clase de trabajo que vaya a desarrollar, etc. Todo esto es materia de una directa y personal consideración efectuada por las autoridades penitenciarias atendiendo a la personalidad y conducta del recluso.

Constituye el tercer y último ciclo de la individualización de la pena, y junto con la judicial se realiza la verdadera real individualización. Es en esta etapa donde se personaliza la pena y se aprecia el sujeto, no tanto por lo que hizo sino por lo que es, ponderando la evolución de su personalidad y carácter, en uno u otro sentido, tras una diaria observación, con miras a la progresividad del régimen penitenciario y, a una eventual anticipación a la libertad. El problema se plantea en cuanto a la clasificación de los delincuentes y a las distintas penas privativas de libertad.

Para concluir la individualización administrativa, pone en relieve a la necesidad de semejante preparación técnica por parte de los directos de la vida del penado a lo largo de su

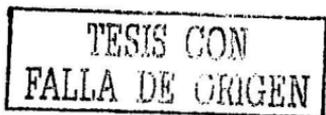
condena, así como de los auxilios técnicos correspondientes. Al facilitarlos tienen los servicios de biología criminal, anexos a las penitenciarias que funcionan modernamente en diversos países.

El Código de 1871 de Martínez de Castro, establecía tres términos en las penas: Mínimo, medio y máximo, los cuales se aplicaban a función de los catálogos de aduanales y agravantes (artículos 66 a 69). La Legislación de 1920, adoptó el mismo sistema, con una variante; el juzgador podía tomar en cuenta para la fijación concreta de la pena, agravantes y atenuantes no expresadas por la ley, de acuerdo con la magnitud del delito y sus modalidades, así como de conformidad con las condiciones peculiares del delincuente. (Art. 55).

El Código vigente señala penas en dos términos una mínima y otra máxima dentro de los cuales puede moverse el arbitrio del sentenciador. El ordenamiento en sus artículos 51 y 52, fija bases al juez para graduar la sanción en cada caso. El primero de esos preceptos establece que para la aplicación de las sanciones se tendrá en cuenta "las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente"; el 52 ordena tomar en consideración la naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla; la extensión del daño causado y del peligro corrido; la edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto; los móviles que los impulsaron a delinquir y sus circunstancias económicas; las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y demás antecedentes personales; la calidad de las personas ofendidas y demás factores del modo, tiempo y lugar a fin de determinar el grado de temibilidad. El precepto también impone al juez la obligación de tomar conocimiento directo del delincuente, de la víctima y de las circunstancias del hecho.

BREVE REFERENCIA A LA PENA DE MUERTE.—

Entre las penas corporales procede examinar, como la primera de todas, la muerte: poena capiti sive ultimi supplicii. Es la pena capital. El tema siempre apasionante de la pena



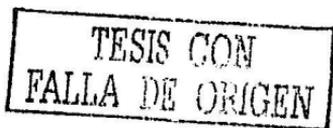
de muerte corresponde no sólo a los juristas, sino a los criminólogos, a los filósofos, a los sociólogos, a los antropólogos... Incluso a escritores de la talla de Albert Camus y Arthur Ressler (Reflexiones sobre la guillotina y reflexiones sobre la horca, respectivamente) se han ocupado de ella.

Los pueblos significativos se significaron por la represión cruel y minuciosa de las conductas antisociales. La pena de muerte y las sanciones: al lado de otras formas de castigo humano y divino, agotaron los cánones de la penalidad, en un tiempo en que era aún desconocida la más importante de las penas de hoy día: la prisión, nacida en el Medievo como creación del derecho canónico, no sin antecedentes de mayor o menor importancia, incluso entre los antiguos mexicanos. De esta suerte, los viejos códigos y las costumbres ancestrales abundan en previsión de la última pena, cuyos modos variaban grandemente según fuese el delito perpetrado y la condición del delincuente: evisceración, decapitación, ahorcamiento, lapidación, inmersión, descuartizamiento, crucifixión y otras formas ejecutivas que refinaban el ingenio o acentuaban la brutalidad.

No obstante la evolución operada en este ámbito, la pena de muerte se mantiene tercamente firme en nuestros tiempos. Su frecuencia, empero, ha disminuido y sus formas ejecutivas se han visto influidas por la piedad, en la relativa medida en que la piedad puede intervenir en estos casos. Los ordenamientos modernos que regulan la pena de muerte proscriben su agravamiento con inútiles torturas. Así lo hicieron, hasta reciente fecha, algunos códigos nacionales. La ejecución ha dejado ya de ser el insolente espectáculo que fue, regocijo de muchedumbres y escuela de violencia; ahora, en cambio, se lleva a cabo privadamente, no sin sigilo, como si el Estado de antemano confesara su vergüenza ante el homicidio que se atreve a cometer.

La pena de muerte no es indispensable en ningún país civilizado; que la función intimidatoria que se le atribuye no

(8) Ob. Cit. Manual de prisiones.— Sergio García Ruiz
Págs. 138 - 139.



ha sido jamás demostrada y que, en todo caso, puede ser sustituida por otras penas de naturaleza diferente; que la concepción de la justicia retributiva no obliga a que los delitos sean castigados con la pena de muerte; que su mantenimiento en el Derecho Positivo conlleva el riesgo de favorecer su aplicación frecuente y su extensión abusiva en ciertos dominios (por ejemplo, políticos y económicos, lo que la transforma en un mero instrumento de opresión, cosa que ha sucedido ya en diferentes ocasiones); que de cualquier manera la pena capital no podrá ser aplicada sino al delincuente "Plenamente responsable", y que a las dudas sobre la plena existencia de esta responsabilidad se añade todavía la posibilidad de errores judiciales, ya sean en cuanto a la imputación objetiva de hecho, ya que en cuanto a la verificación de la responsabilidad que la pena de muerte hace imposible toda resocialización del condenado que el rechazo a recurrir a los procedimientos de violencia y destrucción en el dominio de las relaciones entre la sociedad y los individuos que la pena capital se opone a la concepción moderna de la justicia y al respeto que merece la persona humana.

Periódicamente, se renueva la polémica entre los partidarios de la pena capital y los adeptos de la corriente abolicionista. Esta polémica que no es de hoy, se ha venido presentando con escasa solución de continuidad en los últimos siglos. Como bien se sabe, el argumento soberano de los sostenedores de que la pena es el valor disuasivo, intimidativo, que se le atribuye, amén de su justicia como retribución de mal por mal. Contra estos alegatos se enderezan, consecuentemente, las voces de los abolicionistas, especialmente contra el primero, ya que es el que reviste, sin duda, la mayor importancia para la política penal.

Entre los más ilustres abolicionistas figuró el gran renovador de las ideas penales, el Marqués de Beccaria, que hubo de invocar en su favor argumentos sacados de las tesis rusonanas sobre el contrato social, tesis que, por lo demás, presidieron la redacción del maáñifico de los Delitos y de las Pe-

(9) Ob. Cit. Raúl Carrancá y Rivas Derecho Penitenciario Pág. 420.



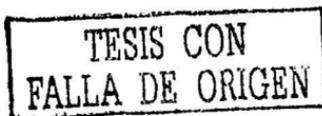
nas. Dijo Beccaria: “¿quién podrá ser aquel que haya querido dejar a otros hombres el arbitrio de matar? y ¿cómo se compadecería la cesión de la vida con el principio “que enseña que el hombre no es dueño de darle la muerte? También puntualizó que la muerte penal no es un derecho, sino una guerra entre nación y el individuo; sólo hay —dijo— necesidad de matar cuando la existencia de un individuo “pueda producir una revolución peligrosa en la forma de gobierno establecido”, y “cuando la muerte del mismo sea el verdadero y único freno para impedir a los demás ciudadanos que cometan delitos”; “Si llego a demostrar —sostuvo Beccaria— que la muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad.

América Latina y Europa Occidental, son las provincias en mayor medida ganadas por los abolicionistas. Y esto inclusive en el alto plano constitucional: prohíben la pena de muerte, sin más, las Constituciones de Colombia, (Art. 29); Ecuador, (Art. 191); Honduras, (Art. 56); Panamá, (Art. 30); Uruguay, (Art. 26); Venezuela, (Art. 58); y la República Federal Alemana, (Art. 102). Otras constituciones como la mexicana de 1917, la admiten con serias reservas entre las que suelen formularse, aislados o asociados, la proscripción para delitos políticos, la vinculación a crímenes especialmente graves y la confinación a leyes militares.

En el ámbito internacional no existe, en rigor, ningún instrumento que categóricamente condene la pena de muerte; es posible asegurar, inclusive, que aquella se encuentre vinculada estrechamente al incipiente y borroso Derecho Penal Internacional, en la medida en que está involucrada en la represión de los crímenes contra la paz, contra la humanidad y contra el derecho de guerra, según emergieron los principios respectivos del estatuto y de la práctica sustantiva y procesal del famoso Tribunal Militar Internacional de Nüremberg.

En la República Mexicana, la doctrina, la legislación y la costumbre marchan decididamente, desde siempre, en la

(10) Ob. Cit. Manual de Prisiones Sergio García Ruiz
Pág. 140.



vertiente abolicionista. Basta recordar sobre el particular, la polémica suscita en el Congreso Constituyente de 1856-1857, que culminó en la aceptación de la pena de muerte como un mal menor, requerido por las condiciones de una época turbulenta cuando se carecía no sólo de sistema penitenciario adecuado, sino aun de prisiones seguras en que fue posible contener eficazmente a los criminales. De ahí, entonces, que el primer párrafo del artículo 23 de la Constitución de 1857 prescribió hasta su derogación el 14 de mayo de 1901, una urgencia condicionante de la supresión de la pena capital: "para la abolición de la pena de muerte, queda a cargo del poder administrativo establecer a la mayor brevedad el régimen penitenciario". Bien se sabe que esta orden constitucional restó letra muerta: la dilación injusta en el cumplimiento del precepto inspiró la formulación de algunos amparos contra la pena de muerte, que los quejosos trataban de impedir arguyendo su inocencia en la desidia gubernamental para implantar el régimen penitenciario. No prosperaron estos recursos; su rechazo fue obra de Ignacio Vallarta, adversario fervoroso de la pena bárbara, pero juez riguroso e imparcial que supo deslindar sus personales convicciones de su deber preciso como juzgador.

En el panorama del Derecho Secundario estatal, la pena de muerte ha decaído por completo. Jamás se ha dado el caso de que un Estado abolicionista mexicano rectifique el camino y reimplante la sanción capital. (11).

Del artículo 24 del Código Penal del Distrito Federal, se desprende que la pena capital ha sido excluida del catálogo legal; sin embargo, como la Constitución General de la República no la prohíbe el Art. 22 Constitucional). Algunos Estados todavía la conservan en sus respectivos ordenamientos punitivos; también existen en la legislación castrense. Adviértase cómo la Carta Magna la permite (limitándola a casos señalados expresamente), pero no la impone como obligatoria, ni en los supuestos relativos. En tal virtud, aún se sigue discutiendo si debe reimplantarse en el Distrito Federal, así co-

(11). —Ob. Cit. Sergio García Ramírez. Manual de Prisiones. Págs. 140-144).

mo en las Entidades Federativas en donde ya no existe, o si, por el contrario, conviene suprimirla en los Estados que todavía la imponen y en el fuero militar.

Al amparo del artículo 22 Constitucional Federal, la sanción comentada subsiste en el Código de Justicia Militar que es, jurídica y prácticamente su sede principal. Se le acepta para graves delitos, tanto en tiempo de guerra como en época de paz. Con ello se consuma lo que creemos un desacierto. Quizá las condiciones apremiantes urgentísimas y singulares que privan en la guerra hagan imposible la supresión de la pena capital (cuya imposición se confía a las consejas de Guerra Extraordinarios, jurisdicciones que no incorporan por fuerza juzgadores letrados), pero no ocurre lo mismo en tiempo de paz, que es, por fortuna, el normal en la vida mexicana. Advirtamos que ya pena de muerte no es en manera alguna consustancial al Derecho castrense de paz; para muestra basta los botones de Brasil, (Art. 14, Frac. 31, Const.), e Italia, (Art. 27, segundo párrafo Constitucional), que libran el régimen total de la pena de muerte a las prevenciones de las leyes militares de guerra.

El Estado tiene una grave responsabilidad educacional: debe enseñarnos a no matar; la forma adecuada será el más absoluto respeto de la vida humana, así sea a la de una persona abyecta y miserable. Por otra parte, la pena de muerte es estéril, infecunda e inocua. El caso típico que demuestra la inutilidad de la pena de muerte, en su aplicación en los delitos de rebelión; tenemos ciento treinta años de rebelión.

A las razones anteriores, Carrancá y Trujillo añade que la pena de muerte es, en México, radicalmente injusta e in-moral, pues el contingente de delincuentes amenazados con ella, se compone de hombres del pueblo, humildes; los delincuentes de las otras clases sociales delinquen generalmente contra la propiedad y en esos casos la pena capital no estaría señalada. Se aplicaría, por tanto, a los hombres más humildes, víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado, víctimas de la incultura, de la desigualdad económica, de la deformación moral de los hogares en donde se han desarrollado, mal alimentados y viciados por el alco-

holismo, siendo los culpables no ellos sino el Estado y la sociedad, que en vez de la escuela, la adaptación social y la igualdad económica los suprime lisa y llanamente por medio de la pena de muerte. (12)

Infinidad de argumentos, como ya se ha venido viendo, se han aducido en pro y en contra de la pena capital; mucho se ha escrito sobre esta cuestión. En favor se afirma fundamentalmente que es Necesaria, Lícita, Ejemplar y Util.

No es necesaria, por su ineficacia para la restauración del orden jurídico perturbado; en los países donde más se aplica, la delincuencia sigue en aumento. Es a todas luces ilícita porque el Estado carece del derecho a privar de la vida; en la relación jurídica existen dos extremos: de una parte el propio Estado y de la otra, el individuo a quien deben serle respetados sus atributos esenciales, así sea un criminal. El derecho regulador de la conducta humana, sólo se justifica en tanto realiza determinados valores para hacer posible la vida gregaria; por ende no puede, válidamente, destruir los bienes fundamentales encomendados a su protección. Ya el Marqués de Beccaria expresaba que nadie ha cedido al depósito común el derecho a la propia vida; además ese derecho es inalienable y no es dable cederlo. No puede ser ilícita, cuando la experiencia enseña que no se aplica por igual al débil y al poderoso, o mejor dicho, nunca se impone a éste, extrañando por lo tanto, una manifiesta injusticia. Revela la práctica que no sirve de ejemplo para quienes no han delinquido, pues en los lugares donde existe, sigue delinquiéndose; en consecuencia, no es ejemplar. Además, es sabido que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones. Tampoco es útil, si como se ha expresado, lejos de contribuir a la disminución de la delincuencia, ésta crece en aquellos países en donde la pena capital tiene mayor aplicación. Por otra parte, es trascendental, dado el inenarrable sufrimiento por ella causado a los familiares del condenado.

(12) Ob. Cit. Derecho Penal Mex.—Carrancá y Trujillo.—
Págs. 188-195.

Puedo agregar que las normas jurídicas deben tener un mínimo de contenido moral (el derecho pertenece a la ética, lato sensu) e indiscutiblemente la ley moral establece la prohibición de matar. El no matarás del Decálogo es terminante imperativo, en su contra no vale argumento alguno; ordena simplemente NO MATARAS, en ningún caso, ni a tí mismo.

CAPITULO IV

LA PENA EN EL DERECHO PENAL ANTIGUO Y EN NUESTRAS LEYES

Al referirnos a las legislaciones penales de la antigüedad, no podemos hablar de códigos penales concebidos como los de la actualidad; eran tan sólo colecciones de leyes reunidas, la mayor de las veces, sin método y orden ninguno, donde se localizaban confundidos preceptos de índole político, religioso, civil o administrativo.

En el antiguo oriente, el Derecho Penal es de un gran contenido religioso, en el que la pena por lo general consiste en inmolar al delincuente a la divinidad ofendida.

La excepción la constituye el “Código de Amurabi”, vigente en Babilonia hacia 2250 años A. de C. (siglos XXIII), en el cual se hicieron a un lado los conceptos religiosos, y se establecieron las dos formas de venganza privada: Talión y Composición.

Distinguió entre Dolo, Culpa y Caso, consagrando el concepto retribucionista: Sáltese un ojo a quien lo haya saltado a otro (Art. 196); si alguno toca a otro en riña y le ocasiona una herida, jure no le herí con intención y pague al médico, (Art. 203); si la casa levantada por el maestro de obra cae matando al dueño dese muerte al maestro, y si muere el hijo del dueño, dese muerte al hijo del maestro. (Arts. 229 y 230).

En opinión de Manzini, la codificación de Amurabi perteneció a una civilización ético-psicológica; la distinción que lograron entre derecho Patrimonial y Público; sus garantías procesales su regularización de la imputabilidad; su variedad y complejidad penales.

En Israel el derecho de castigar es delegación del poder divino por constituir el delito una ofensa a Dios. Su Derecho Penal estaba contenido en el Pentateuco Mozaico, que son

los cinco primeros libros del antiguo testamento escritos por Moisés. La pena se aplica con fines de expiación y su medida es el tali3n: El que golpee a su pr3ximo de modo que le deje con alg3n defecto o deformidad, sufrir3 el mismo mal que caus3, rotura por rotura, etc., que algunas veces es absoluto como en el homicidio; o proporcional, como el pagar un m3ltiplo de lo robado.

En Egipto, las leyes penales est3n contenidas en los Libros Sagrados. que a3n extraviados, dejaron huellas palpables de su contenido. El derecho a castigar les era conferido a los sacerdotes y a los faraones por los Dioses; el delito, consecuentemente era una ofensa a la divinidad, y la pena el medio para carmarle su ira. Una de sus leyes estipulaba: No mateis si no quer3is ser muerto; el que mata sea muerto.

El Tali3n fue aplicado rigurosamente en China, el cual estaba consignado en las "Cinco Penas", cuyo car3cter fue totalmente vindicativo.

La Historia Hind3 nos habla de la "Ley de Man3", (siglo XI A. de C.) que es notable porque consigna que el elemento divino para ayudar al monarca cre3 al genio del castigo de donde es posible asegurar que la pena se estableci3 para desagraviar a la divinidad cuando haya sido ofendida por las violaciones a sus preceptos. Distingui3ron entre la Imprudencia, la Negligencia y el Caso Fortuito.

Las ciudades Estado que se localizaban en la Pen3nsula Hel3nica impiden hablar con propiedad de un Derecho Griego en estricto sentido, siendo s3lo posible referirse al Derecho de Esparta, de Atenas, de Tebas, etc.

Al gran Legislador Licurgo, es a quien se le atribuye la elaboraci3n del derecho Espartano, del cual la tradici3n s3lo conserva algunas particularidades de sus leyes, como la impunidad del hurto de objetos alimenticios realizados diestramente por adolescentes, la punibilidad del celibato, etc.

En Atenas surge principalmente la figura de Drac3n, que tuvo destacada intervenci3n de las leyes atenienses, las cuales al mismo tiempo que limitaron la venganza privada, distinguieron entre delitos p3blicos y privados, siendo los primeros

aquellos que ofendían a la comunidad y eran sancionados duramente; y los segundos los que afectan interés puramente individuales cuyo castigo era más leve.

Aún cuando ya quedó asentado que en estricto rigor no es posible hablar de un derecho griego; sin embargo, sí se puede establecer los períodos, que en general predominaron indistintamente en las mencionadas legislaciones: Venganza Privada, que iba más allá de la persona del delincuente, es decir abarcaba al grupo familiar del cual formaba parte. Venganza religiosa, en la cual el Estado actuando como representante de la divinidad en la tierra, dicta y aplica las penas que servirán de purificadoras del alma del delincuente. Venganza Política que hace a un lado el concepto divino de la pena y lo asienta sobre fundamentos cívicos y morales.

El Derecho Penal Romano pasó por los períodos de Venganza Privada, el talión, la composición, la pena sacra y la religiosa, hasta llegar al concepto de la pena pública con el fin de preservar la tranquilidad pública.

Los jurisconsultos romanos distinguieron entre delitos públicos y privados que estuvieron directamente influenciados por el pater familias, el rey guerrero y el magistrado.

El padre de familia, cuya autoridad era omnimoda, con derecho de vida y muerte sobre los que le estaban sujetos, tenía la facultad de castigar los delitos de los suyos sin importar que fuesen actos que les lesionaran los intereses familiares o de la colectividad; facultad que más tarde le fue restringida al ser obligado a entregar al Estado a los miembros de su familia que cometieran delitos de orden público.

Fuera de los límites de la ciudad para la custodia de la paz pública se estaba a lo dispuesto en el Derecho de Guerra, dejando al prudente arbitrio del magistrado la determinación del delito y su correspondiente castigo, tomando desde luego en consideración el interés y utilidad militares. De tal suerte se consideraba como delitos graves la Sedición, la Deserción, la Rebeldía, la Indisciplina y Hurto cometido en el campo de batalla.

En cuanto a los ilícitos que lesionaban intereses particulares, el fin de la pena consistía en satisfacer a la víctima y a repararle el daño que se le causó; y respecto de los ilícitos de interés público, la intimidación, la expiación o la enmienda con el fin de defender a la sociedad.

Del Derecho Penal Romano conocido, tenemos las Doce Tablas, que datan del siglo V A. de C. La época clásica contiene su legislación penal en las leyes "Julia" y "Cornelia", en los "senatuconsulta", en las "Responso Iraditium" y en los "edicta", de los cuales sólo ha llegado hasta nuestros días pequeños fragmentos que consignan los "Terribili Libri" 47 y 48 del Digesto, que fueron codificaciones penales sustantivas y adjetivas.

El de la época Imperial se localiza en las constituciones imperiales de las cuales dan cuenta parcialmente el Código Teodosiano, el Justiniano, y las Novelas, quienes a su vez desarrollaron abundante material penal.

En opinión de Carrara, los romanos fueron "gigantes en el Derecho Civil y pigmeos en el Derecho Penal, y Cuello Calón explica tal observación del siguiente modo: "El Derecho Penal Romano no llegó a alcanzar la elevación de su derecho civil, considerándose como causa de esta menor perfección la distinción entre los delitos públicos y los privados, a consecuencia de la cual, estos que eran verdaderos delitos, fueron regulados como meras injusticias de derecho civil; las numerosas lagunas que en épocas del imperio dieron lugar al arbitrio, la diversa penalidad y el distinto procedimiento".(1)

El Derecho Penal Germánico es, por excelencia, el derecho de la composición, al hacer la distinción entre delitos voluntarios e involuntarios, se aplica al autor del primero la verganza privada, que más que un derecho de la víctima lo era un deber; y al del segundo la composición en cualquiera de sus tres formas según fuera la naturaleza del ilícito: Reparación del daño (Wergeld), pagadero al ofendido; Rescate, (Busse) a los familiares de aquel con el fin de evitar la Ven-

(1) .—Ob. Cit. Eugenio Cuello Calón.—Derecho Penal.— Pág. 66.

ganza Privada; y Multa (Friedcgeld), pagadera a los detentadores del poder como adoción de Wergeld.

En este derecho destacan como instituciones fundamentales la Venganza de Sangre, (Blutrache) y la pérdida de la Paz, (Friedlosighet). La primera de las mabas era el efecto natural causado por infracciones de tipo privado, limitada por la composición en los términos expuestos. Acreedor a la segunda de lo es aquel que cometiese un delito que perturbase la paz pública; y aplicábasele con un carácter retribucionista la pérdida de la protección colectiva, y por ende la paz, que traía consigo la confiscación de bienes y el riesgo de ser eliminado.

Las fuentes principales del Derecho Penal canónico son los libros penitenciales, La Ordenanza Eclesiástica, Las Capitulaciones Carolingias Síndos, las Capitulaciones Episcoparum de aquel tiempo, las ordenanzas para asegurar la paz de Dios, Los Concilios Particulares y los Síndos Penales.

Este Derecho alcanzó su desarrollo completo a fines del siglo XIV, cuando una vez que quedaron terminadas las colecciones oficiales de las Decretales Pontificias en 1217, que comprendían el derecho Graciano (contenía disposiciones penales sin orden alguno) las Decretales de Gregorio IX y las de Bonifacio VIII, las Clementinas, las Extravagantes de Juan XXII y las Extravagantes Comunes. El Código de Derecho Canónico, publicado por su Santidad Pío X contiene una parte de Derecho Penal.

Este Derecho en opinión de Carrancá y Trujillo confundió pecado y delito, siendo el delito pecado y la pena penitencia. Combatió la venganza privada y proclamó que la persecución del delito correspondía al Príncipe y al Magistrado, y al efecto creó las instituciones "La Paz de Dios" y "El Asilo Religioso", con las cuales arrebató a la venganza de los particulares a un sinnúmero de delincuentes dejándolos en manos del poder público.

El Derecho Penal de la Iglesia Católica dividió los delitos en tres:

Eclesiásticos: Atentaban contra la fé católica, de exclu-



siva competencia (su represión) de los tribunales de la iglesia.

Seculares: Su represión sólo interesaba a la sociedad civil y el fuero secular entregaba de castigarlos.

Mixtos: (debecta mixta sive mixti fori): violaban tanto en el orden civil como en el religioso.

En cuanto al procedimiento se substituyó el acusatorio por el inquisitivo dándole capital importancia a la confesión, reina de las pruebas (regina probatum).

Aún cuando los tribunales eclesiásticos no aplicaban la pena de muerte, tampoco se opusieron a que los tribunales seculares la estableciesen contra los herejes. Cuando aquéllos entregaban a éstos a los caballos, no los declaraban reos de muerte; se les dejaba autonomía para decidir sobre si eran o no culpables al juez a dictar sentencia de tal índole, so pena de censura y ser considerado como favorecedor de herejes.

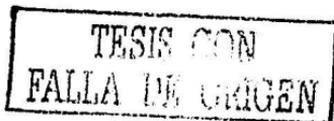
Aún cuando acepta la tendencia humanitaria del derecho canónico, Schiappoli afirma que dentro de tal sistema la pena tenía un sentido de venganza, ya fuese divina o pública, con la triple finalidad de arrepentimiento del reo, su intimidación y la expiación del delito cometido.

NUESTRAS LEYES.—

ANTECEDENTES.—Lo que se ha dado en llamar Derecho Prehispánico tan sólo se reduce a referencias aisladas sobre las costumbres y leyendas indígenas; y es que realmente sólo puede hablarse de un derecho penal en nuestro país a partir del Código de 1871.

En cuanto a los pueblos organizados en el suelo mexicano, hasta la conquista, las ideas de los historiadores son: Desigualdad Jerárquica y social, Aristocrática, Guerrera y Sacerdotal, flotando sobre las desigualdades económicas; en una palabra, oligárquicas dominantes y como consecuencia la justicia social diferenciada.

Entre la gama de pueblos que poblaron el antiguo territorio mexicano, se distinguieron como núcleos centrales las



monarquías de México, Texcoco y Tacuba, unidas en triple alianza, cuyo sistema penal se puede estimar superficialmente por esta clasificación de delitos y penas:

Aborto voluntario: muerte del delincuente y cómplice. Abuso de Confianza: esclavitud. Adulterio: muerte a los autores. Asalto: pena de muerte. Calumnia grave y pública: pena de muerte. Estupro: pena de muerte. Encubrimiento: pena de muerte. Uso indebido de insignias reales: muerte o confiscación. Abuso de los sacerdotes: destierro y pérdida de su condición.

De entre la trilogía anotada se da por cierta la existencia del llamado "Código Penal de Netzahualcóyotl", que tenía vigencia en el reino de Texcoco, en donde el juez tenía amplias facultades para fijar las penas entre las que contaban la de muerte y la esclavitud, destitución de empleo, prisión en cárcel o en el propio domicilio. Distinguieron entre delitos intencionales y culposos conocieron la causa absolutoria: Robar siendo menor de diez años; y también una excluyente: robar mazorcas de maíz por hambre.

La Colonia ofrece el fenómeno de la localización de dos derechos: el primero el trasplante de las instituciones jurídicas españolas con sus tradiciones germánicas y herencia romana y las deformaciones impuestas por la ambición de los conquistadores; el segundo, el mexicano, vagando en forma imprecisa por las leyes de indias, en las que se decretaba que los indígenas podían conservar sus costumbres, usos y leyes y todo lo que no fuera en contra de la religión católica.

En la Recopilación de Leyes de los reinos de las Indias se define, atento lo anterior, el delito como ataque al dogma religioso, abarcando en forma secundaria dentro del mismo concepto el ataque a la organización política, al grupo social o a los intereses particulares.

Las penas consignadas en las Leyes de la Colonia, son casi todas personales: destierro, relegación, prisión, horca, trabajos forzados en arsenales o en obras públicas, castración de negros cimarrones, prescripción, etc.

La Independencia de México, no trajo inmediatamente un nuevo derecho penal, y se continúa aplicando el viejo sis-

tema español de leyes anárquicas, aisladas y jamás de códigos completos, unas inaplicables y otras de difícil aplicación. Entre otras, tenemos las partidas y las Ordenanzas de Bilbao, Las Ordenanzas de Minería, de Intendentes, de Tierras y aguas.

El principal motivo por el cual el país no disfrutó de legislación propia tan luego consiguió su independencia, lo fue el medio siglo de revueltas intestinas, y aún cuando no es posible negar que se crearon numerosas leyes especiales; éstas sólo tuvieron la finalidad de combatir a los enemigos de la joven nación más que a la defensa de la sociedad, pero como la excepción confirma la regla, aquella lo fue la disposición del 2 de marzo de 1824, que estableció el sistema correccional para los menores de 13 años que transgredieron el orden jurídico, y su reglamento ordenó su separación en planteles de educación especial. De tal suerte, toda la actividad legislativa se centró en el derecho político cuyas disposiciones tendían a satisfacer necesidades apremiantes en los ramos hacendarios y militares, que fueron por razón de la misma agitación política, los que hubieron de atraer la atención preferente a los gobernantes.

Los Constituyentes de 1857 fueron los primeros que edificaron las bases de nuestro derecho penal en forma sistemática, que fueron ampliados en las leyes del 4 de diciembre de 1860 y 14 de diciembre de 1864.

En provincia el Estado de Veracruz, de 1869 en adelante pone en vigor sus códigos penal, civil y de procedimientos.

Como consecuencia de tal caos legislativo los encargados del Ministerio de Justicia y aún la Suprema Corte de Justicia se quejaban de lo inadecuado de la legislación punitiva y pugnaron por la formación del código preferentemente del penal en el que deberían de clasificarse los delitos y las penas.

Al ocupar la presidencia Don Benito Juárez, al ser vencida la intervención, organiza su gobierno y eleva a la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública Lic. Antonio Martínez Castro, quien procedió a integrar y presidir la comisión redactora del primer código penal federal mexicano, dando

así cumplimiento a lo dispuesto en el decreto 30 de mayo de 1861 en que se ordenaba se pusieran en vigor los códigos que formularon comisiones especiales formadas al respecto.

El 7 de septiembre de 1871, se promulga el primer código penal, fruto del trabajo de la comisión antes mencionada, del cual sólo es cierto en parte, pues aquél presenta aspectos originales que le son propios. Este código está inspirado en las orientaciones de la escuela clásica; implanta la pena castigo como consecuencia necesaria de un mal causado por el delincuente, quien tiene que estar a las consecuencias jurídicas de sus actos.

En la legislación que nos ocupa está determinada la pena por la naturaleza de los hechos ilícitos a los accidentes que en su ejecución hayan intervenido. Estima que el delito es un acto culpable del delincuente, y a este acto corresponde un mal llamado para que expié su delito y corrija moralmente el agente activo del hecho punible.

En la exposición de motivos del referido ordenamiento encontramos que “uno de los fines más importantes de la pena es la enmienda del penado y los gobiernos deben a toda costa conseguirla”. En el propio texto, Martínez de Castro manifiesta que las medidas establecidas en el código penal no han de ser útiles sin la existencia del código de procedimientos penales y el penitenciario, porque es su conjunto el que constituye la legislación represiva y son tan íntimamente conexos entre sí, que la falta de alguno de ellos dejaría trunca la unidad que deben formar.

Martínez de Castro afirma que sobre “la elección de las penas están conformes los criminalistas modernos en la pena por excelencia y la que necesariamente debe servir de base a un buen sistema penal, es la prisión, aplicada con las convenientes condiciones como la única que a la calidad de divisible moral, revocable y hasta de cierto modo reparable, reúne las de ser aflictiva, ejemplar y correccional.

En efecto, los legisladores del código en cuestión consideraron necesario para la corrección del delincuente la privación de su libertad, proporcionada esta libertad a la naturale-

za y gravedad del delito, en establecimiento dedicado a ese objeto, de comunicación con los presos entre sí, imponiéndoles privaciones accidentales u otorgándoles gracias; todo esto en relación directa con la conducta que observe el reo en el establecimiento que se le haya señalado para cumplir su condena. Estiman asimismo necesario, se ocupe a los reclusos en un trabajo honesto y lucrativo, y se les forme con una parte de sus productos un pequeño capital para que tengan manera honesta de subsistir cuando recobren su libertad. También considera indispensable se les imparta instrucción proporcionándoles oportunidad para que demuestren su arrepentimiento evitando en esta forma el temor que quiera existir sobre su reincidencia.

En síntesis el Código del 71 significó un positivo adelanto en las instituciones jurídicas mexicanas como son la libertad preparatoria o dispensa condicional de una parte del tiempo de prisión o los reos que observaran buena conducta; y la retención por otra parte más tiempo de prisión a los reclusos que la observaran mala; instituciones que en mucho se anticiparon a la pena indeterminada y a la condena condicional que en legislaciones posteriores se consagraron.

Esta obra legislativa “conocida como Código de Martínez de Castro”, por haber sido este ilustre jurisconsulto el más destacado de sus autores, resiste el agua fuente de la crítica histórica, porque se inspiró en las doctrinas más sólidas y científicas de su época, y porque su vigencia que se prolongó hasta 1929 le permitió afianzarse con hondas raíces en la jurisprudencia y en la realidad de la vida jurídica de México. (2).

En 1903, la Secretaría de Justicia designó en comisión a los licenciados Victoriano Pimentel, Manuel Olivera Toro y Miguel S. Macedo, para que elaboraran un proyecto de reforma al código del 71, los cuales indicaron la tendencia de su trabajo con las siguientes palabras: “La conveniencia de la revisión está fuera de duda. La práctica ha demostrado que en algunas de sus partes, nuestro código vigente, tan notable

(2) Ob. Cit. Trayectoria del Derecho Penal Mexicano.—Ceniceros.—Pág. 114).



desde muchos puntos de vista, no está exento de las imperfecciones, incoherencias y deficiencias aún desde el punto de vista en que se colocaron sus ilustres autores; pero sobre todo el profundo cambio social que ha sufrido el país, desde que el código fue elaborado y sancionado, exige también cambios correctivos, que a veces ni deben ser leves ni superficiales en su legislación en sus instituciones. Estos trabajos concluyeron en 1912, los cuales no se convirtieron en legislación positiva debido a que no recogieron las nuevas conquistas de la Sociología y la Penología Modernas, a la par que la lucha revolucionaria que por esas fechas se desarrollaban en México llevaron a los gobiernos preocupaciones de distinta índole que no les permitían centrar su atención en dichos trabajos. "Sin embargo, su influencia se haría sentir en los códigos del 29 al 31, principalmente lo que a definiciones de determinados delitos se refiere, e íntegro se habría de adaptar su artículo sobre condicional que Macedo dio a conocer en México desde el año de 1891".(3).

Al ir la paz pública tomando su curso normal, la inquietud reformadora se manifiesta nuevamente hasta que en 1925 el Ejecutivo de la Unión designó las comisiones revisoras de códigos y en lo concerniente al derecho penal, la comisión el Lic. José Almaraz, que concluyó el proyecto en los primeros días del mes de septiembre de 1929 y fue promulgado por el entonces Presidente de la República, Emilio Portes Gil.

Sirvieron de base para la formación de estos razonamientos en los que se hacía mención al hecho de que a pesar de combatirse la delincuencia desde tiempo muy lejano por medio de la pena castigo, no se conseguía sino el auge de la delincuencia siendo todos los esfuerzos tendientes a la disminución de ésta, inútiles y estériles, por lo que era de considerarse que el medio empleado por la sociedad para su defensa no era el ideal a los fines perseguidos en las leyes primitivas. En tales condiciones era necesario cambiar de táctica, una mejor y más amplia estrategia de inocuizarlo, para evitar que reincida; y se pensó que ésta sólo podría conseguirse median-

(3) (Ob. Cit. Trayectoria del Derecho Penal Mexicano.—Ceniceros.—Pág. 120).

te su readaptación, y se consideró indispensable para este objeto que el fin de la pena será "intención de hacer cesar el peligro social que representa el delincuente transformándolo en adaptable, en ser útil e idóneo para el grupo en que vive".

La prevención y la readaptación son los fines de las sanciones que se logran formando el carácter y la voluntad del reo. La primera debe procurarse mediante un tratamiento adecuado que tienda a extirpar sentimientos antisociales, a fortalecer a los débiles subsanando sus defectos intelectuales.

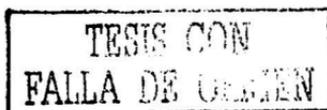
Estos eran los fines perseguidos por la legislación del 29, inspirados en orientaciones positivas; el delito se estima subordinado al delincuente, ahora en ser inmantado que atrae toda la atención y que se debe considerar en contacto constante con la sociedad.

Por esto, el hombre que delinque, por ser parte del conglomerado social, la responsabilidad social implica una defensa que satisface no solamente las penas sino éstas en auxilio de las medidas de defensa.

"La pena represiva no es tal pena. Constituye la igualdad jurídica con el delito así como el talión forma la igualdad material con un delito. Las penas realizan una función directamente represiva y tiene un fin retributivo propio de ellas; no son sino formas humanas sociales del castigo y la retribución moral, son procedimientos que la sociedad emplea para defenderse eficazmente contra sus enemigos anteriores. (4)

"El Código del 29 no cumplió su objetivo ni técnicamente ni en la práctica de su aplicación, debido por lo que se refiere a la técnica, a que los principios esenciales que la informaron "in mente" se encontraron nulificados, negados categóricamente, en el desarrollo de su propio articulado, y debido, por lo que hace a su aplicación diaria, a sus omisiones, contradicciones y yuxtaposiciones y el recargo de definiciones tóricas de la defensa social y de la peligrosidad eran acogidas declarativamente en sendos artículos, y otros venían a establecer que se consideraba en estado peligroso a todo aquel

(4) Exposición de motivos del Código Penal de 1929).



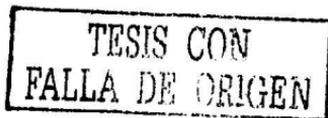
que sin justificación legal cometería un acto de los conminados en el catálogo de los delitos establecidos por el mismo código, así fuera ejecutado ese acto por imprudencia y no conciente y deliberadamente; y que las circunstancias de atenuantes y agravantes, que el mismo código enumeraba determinar la temibilidad del delincuente y la graduación de las sanciones.

El mérito de esta obra consiste en haber sido el de un puente tendido entre la legislación de 1871 y la de 1931, puente que se quema por su vida efímera, pero que deja firme una conquista valiosa: la abolición de la pena de muerte. (5).

CODIGO PENAL VIGENTE.—Ya dejamos asentado que el código anterior adoleció de graves omisiones, de contraindicciones notorias, de errores doctrinarios y de dificultad de aplicación y adaptación a la realidad; motivos suficientes que arrollaron al ejecutivo federal a dictar el acuerdo del 2 de junio de 1930, para proceder a su revisión con el fin de que se estudiaran y propusieran las reformas indispensables; y al efecto “se integró” una comisión de nueve miembros, de los cuales cinco correspondieron a un representante de la Secretaría de Gobernación, Lic. José Angel Ceniceros; de la Procuraduría General de la República, Lic. José López Lira; de la Procuraduría General de Justicia del Distrito, Lic. Alfonso Teja Zabre; y de los jueces correccionales y de las cortes penales, Lic. Ernesto G. Garza, que constituyeron el cuerpo técnico redactor de la propia comisión en la que tuvieron voz y voto.

Los otros cuatro miembros restantes fueron: otro miembro de la Secretaría de Gobernación, uno del Supremo Consejo de Defensa y Previsión Social, uno de los de la Comisión del Código que se encontraba en vigor (1929), y uno de los abogados postulantes. Todos ellos fueron considerados tan sólo como comisionados informadores, los cuales sólo tenían voz en las deliberaciones. (Como quedó integrada la comisión

(5) Ob. Cit. Trayectoria del Derecho Penal.—Angel Ceniceros.—Pág. 121).



redactora Boletín de la Secretaría de Gobernación, junio 13 de 1930).

Con tal motivo, México promulgó para el Distrito Federal dicho código el 14 de agosto de 1931, que entró en vigor hasta el 17 de septiembre del mismo año. Dicho ordenamiento ha sido adaptado por varios Estados, en sus disposiciones fundamentales, entre ellas el del Estado de Jalisco y rige para toda la República en materia del fuero federal.

El criterio dominante en la comisión que elaboró el código penal vigente fue el siguiente:

“Ninguna Escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un código penal”. Ceniceros nos dice: Los autores del código no quisimos conciente y deliberadamente ajustar el articulado a los preceptos de determinada escuela o sistema penal, aunque admitimos en principio, en lo general, los postulados de la escuela positiva penal; actitud adoptada por estar en crisis las escuelas y sistemas, y porque la política criminal, cada día se ve vivificada más en lugar de permanecer estancada en sus principios.

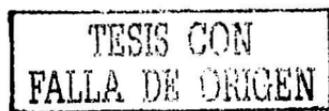
“Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable”. Por tendencia pragmática se entiende que se rechaza el concepto de escuela penal como sistema cerrado, y por lo mismo unilateral; la intención fue romper con las escuelas, porque si bien es cierto que un código penal, como obra positiva, debe inspirarse en una doctrina, también debe atender a las necesidades reales vivas, del país para el que se legisla.

En consecuencia, dichas tendencias no se toman por adhesión a escuela filosófica alguna, sino que tales palabras se usaron en su acepción más conveniente, es decir el pragmatismo considerado como el método consistente en interpretar cada concepción por sus consecuencias prácticas.

“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 antisocia-

les. La pena es un mal necesario. Se justifica por distintos conceptos parciales: La Intimidación, la Ejemplaridad, la Expia- ción en aras del bien colectivo, la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden". El legislador del 31 no definió la pena, ni se mencionó la palabra acción como sustitutiva de la pena y de las medidas de seguridad; sino que se usó como equivalente de pena, se enumeraron conjuntamente pena y medidas de seguridad, (como se dejó asentado en el capítulo 1); y al aceptarse doctrinalmente la distinción entre ambos, se procura hacer de la última un complemento de la acción de la pena, con el anhelo de que el esfuerzo que en materia política criminal realice el gobierno, permita que cada día se acreciente más el efecto de las medidas de seguridad, se intensifique la labor de prevención de la delincuencia, y predomine en la obra de la represión el aspecto educativo, último escalón de la evolución de la pena como castigo, como expiación, como intimidación y como corrección. El futuro asegura la desaparición del postulado secular de que la pena debe ser mal, en contraposición al mal causado por el delito. En nuestros días la pena se desprende de este absolutismo original, la primera grieta fue abierta en el vetusto edificio por la condena condicional y la libertad preparatoria, con cuyos procedimientos queda, en ciertos casos, abolita la aplicación forzosa de la pena, y aún la pena misma. En este camino se podría fácilmente abrir paso al concepto de la sentencia indeterminada, concepto positivista que aún atacado por los clásicos tuvo entre ellos autorizadas adhesiones (las penas prorrogables).

Otro principio por estar lleno de humanidad y para adherirse a las más nobles razones de la justicia penal, debería alterar profundamente el concepto secular de la pena hasta acabar con él: La valorización de la personalidad del delincuente y como resultado de la adaptación de la pena al mismo. Parecidas tendencias se han manifestado en el resurgimiento de la ciencia penitenciaria, a pesar del nombre arcaico y de la inspiración a una autonomía más científica. Aquí la rigidez de la pena es incompatible. Debe asumir caracteres de elasticidad, ductibilidad y adaptabilidad para presentarse



a la nueva orientación. Evidentemente no sólo en el terreno de su técnica y de su duración la pena sufre un nuevo golpe. Aparecen nuevas teorías acerca del alcance de la pena, nuevos conceptos de la misma que van sustituyendo al de pena castigo. En cuanto a la pena fue éste el criterio que normó la actitud de la comisión que redactó el código vigente y así tenemos que Ceniceros y Garrido, ambos miembros de aquella, nos dicen: Los autores del Código del 31, pensamos que la pena ya ni debe ser expiación, pero eso no opta para que en la realidad la pena en nuestras cárceles sea expiación, positivo sufrimiento. La pena, consideramos, no intimidada, no es ejemplar, debe ser educativa. Pero de hecho la pena a algunos indudablemente los intimida, como para otros es indiferente y en algunos casos es ejemplar. Hay quienes no delinquen por temor al reproche de su conciencia, por temor a la cárcel y algunos otros que delinquen a pesar de conciencia y cárcel.

“La escuela positiva tiene valor científico como crítica y como método. El derecho penal es la fase 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 lo proporciona la Escuela Positiva. Con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por:

a).—“Ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales”. El código que nos ocupa hizo a un lado la métrica penal de atenuantes y agravantes y de modo definitivo permitió al juez, no sólo dar mayor o menor valor a las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en el hecho, sino apreciar circunstancias nuevas que la ley no hubiera previsto y enumerado. (La reforma de las leyes penales en México. (6).

b).—“Disminución del casuismo con los mismos límites”. Tradicionalmente la estructura de nuestras leyes ha tenido en relación con la técnica, dos características fundamentales; ser dogmáticas y casuísticas. La primera de ellas porque no sólo

(6) Ob. Cit. Francisco González de la Vega.—Reforma de las Leyes Penales en México).—

se ha establecido el precepto normativo, sino que se le han anexado innumerables definiciones doctrinales. La segunda característica significa que se ha querido preveer en su artículo el mayor número posible de caos en que la ley debe ser aplicada.

El resultado de esas tendencias fue lo copioso del articulado tanto del código de 1871 que tenía 1152 artículos sin contar las leyes complementarias; como el de 1929 que superó a aquél, contenía 1228 articulados.

El Código vigente (400 artículos), constituye el intento de modificar dicha condición, pues se tuvo la firme idea de hacer de él un manual elástico de fácil aplicación puesto que las leyes van a ser obligatorias no sólo para los doctos de la materia, sino para todos en general, y por lo tanto, deberán ser claras, sencillas, breves, etc.

De tal suerte, tenemos que algunas instituciones exageradamente causticas fueron eliminadas y otras sólo suavizadas, v.g.; supresión de los distintos grados del delito inconsumado mediante disposición que engloba con el nombre de tentativa, con fórmula sencilla y elástica las manifestaciones delictivas incompletas; supresión de la clasificación legal de autores, cómplices y encubridores, mediante disposiciones que involucran a todos los problemas de participación plural en el pleito; disminución sensible en parte de los delitos en particular, de la reglamentación de calificativos y mixtificativos, especiales ampliando razonablemente los límites de máximo y mínimo de penalidad.

c).—“Individualización de las sanciones” (transición de las penas o medidas de seguridad). Sobre este tema Eugenio Florián nos dice: “Las medidas de seguridad amplían poco a poco el campo de sus aplicaciones y acompañan o sustituyen a la pena: destinadas en su origen a los autores del delito no imutables y peligrosos para quienes la pena inaplicable o insuficiente cede su lugar a las medidas en algunos casos de dolo, aunque se haya determinado la aplicación de la pena. Entonces las dos instituciones se aplican acumulativamente o la pena queda excluida”.

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 criminal 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 represiva, sujetos a una política tutelar y educativa;
- 3.—Completar las funciones de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria, reeducación profesional, etc.).
- 4.—Medidas sociales y económicas de prevención.

Uno de los anhelos del legislador de este código fue el de establecer la pena indeterminada, es decir que la fijación de la sanción hiciera atenta, la temibilidad o perversidad del delincuente, la cual aumentara o disminuyera según que el reo mejore o empeore en su voluntad injusta que está sujeta a corrección, aumento o disminución que fuere de la competencia de la administración penitenciaria. Lo expuesto quedó eso en anhelo, pues no fue posible llegar más allá de la libertad preparatoria, como medio de individualizar administrativamente la pena porque el código penal se concretó (para cumplir el mandato que el constituyente del 17 consideró necesario para el sistema penitenciario: o sea el de que éste tenga por base el trabajo y que se cumpla la pena en un establecimiento especial distinto de la prisión preventiva), a establecer unas cuantas disposiciones de carácter general, que fijaron los fines de trabajo, como medio regenerador, dejando a los reglamentos y leyes penitenciarias detallar el sistema de individualización administrativa de la pena, bajo la autoridad ejecutora de las sanciones; y además por carecer en el país de reformatorios o penitencias de verdaderas cárceles y policía, medios de identificación y elementos técnicos adecuados; razón misma por la cual también quedó por medio del humanitarismo, es decir, con la firme tendencia a lograr la reforma del delincuente usando para ello los métodos utilizados por

la pedagogía correccional, como son: separar el material humano de las cárceles según sus diversas tendencias criminales; que el régimen penitenciario se estructure sobre las bases de observación, tratamiento y educación de los penados, etc.

Este "propósito de tratar a los delincuentes según su categoría antropológica y penitenciaria quedó establecido en el artículo 78.

Este código ha sufrido numerosas reformas de detalle, algunas de ellas justificadas plenamente como enmiendas por deficiencias en la aplicación práctica del ordenamiento; otros motivos por la renovación lógica de la legislación que debe caminar de acuerdo con la marcha de los fenómenos sociales y políticos; y algunas más impuestas por excitación ocasional de la opinión pública. (7).

(7) Ob. Cit. Alfonso Teja Zabre.—Principios de Derecho.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

CAPITULO QUINTO

LA PRIVATIVA DE LIBERTAD; LO QUE ES Y SU APLICACION

Las penas de privación de libertad, como este nombre ya indica, privan al penado de su libertad reclusiéndole en un establecimiento penal, y sometiéndole a un régimen especial de vida y generalmente a la obligación de trabajar.

La pena de prisión, fruto de una experiencia secular, no obstante sus graves inconvenientes, es el medio más frecuente de defensa contra el delito en las sociedades modernas; esta pena es hoy el eje del sistema represivo en todos los países.

Su existencia se halla justificada ante todo por ser instrumento hasta ahora insustituible de segregación de individuos peligrosos para la sociedad, por constituir el medio más adecuado para la reforma de los delincuentes y ejercitar así una beneficiosa labor preventiva. Aun cuando en el porvenir la pena llegara a tener por completo el carácter de tratamiento educativo siempre sería sobre la base de la restricción o privación de la libertad del delincuente.

Aquellos fines, la segregación de peligrosos y la intimidación colectiva, se han logrado alcanzar con los modernos sistemas de prisión, más el último, la reducción de los reos, no obstante los esfuerzos desplegados, tan sólo se ha conseguido dentro de modestas proporciones, pues no todos los delincuentes son susceptibles de enmienda y, aun tratándose de sujetos sensibles a una actuación reformadora, ésta exigiría condiciones de ejecución como la segregación indeterminada y otras que son todavía una aspiración doctrinal más que una realidad penitenciaria.

El régimen de ejecución de estas penas debe organizarse sobre las siguientes bases: a) Sobre una base de humanidad, no olvidando el hombre que hay en todo delincuente teniendo en cuenta que éste no se halla fuera del derecho, sino en una

relación jurídica de derecho público con el Estado y que, deducidos los derechos perdidos o restringidos por la condena, su condición jurídica es igual a la de los ciudadanos no reclusos. No deben por tanto ni su ejecución, ofender la personalidad humana ni repercutir sobre derechos o intereses no afectados por la condena.

Su organización debe siempre encaminarse a la reducción y readaptación social del culpable, finalidad que será preferente o secundaria según el grado de corregibilidad del delincuente y la finalidad a que la sanción penal aspire. (8)

Actualmente no se concibe una moderna organización de las penas de privación de libertad que no descansa sobre estas bases. Esta organización presupone como mínima las condiciones siguientes:

- a) .—Una clasificación de los reclusos encaminados a facilitarles el tratamiento adecuado.
- b) .—Un régimen de asistencia moral, religiosa, social y de educación intelectual.
- c) .—Un régimen de trabajo principalmente encaminado a la formación profesional del recluso.
- d) .—Un régimen sanitario, higiénico y alimenticio apropiado, una organización de cultura física y la asistencia médica (en amplio sentido) necesaria.
- e) .—Un régimen disciplinario firme pero humano.

Como los efectos de esta pena varían según los individuos y como debe de adaptarse en lo posible a la personalidad del delincuente, para realizar esta labor de individualización, es condición precisa el estudio personal (biológico, psicológico, psiquiátrico) de los reclusos como base determinante del tratamiento penitenciario a que deben ser sometidos (régimen celular o en común, trabajo al aire libre o industrial, reclusión en establecimiento especial, etc.). Con tal finalidad funcionan, o han funcionado en diversos países (Bélgica, Alemania, Italia, etc.), servicios para el examen científico de los reclusos.

(Ob. Cit. sobre la situación jurídica del recluso.—Jacobi, die Rechtsstellung.—Pág. 2131).

Hasta ahora la ejecución de estas penas se halla por entero confiada a las autoridades penitenciarias y tiene un carácter puramente administrativo. Pero desde hace algún tiempo va tomando gran difusión la idea de que su ejecución, así como la de las medidas de seguridad consistentes en un internamiento, deben ser completadas con la intervención judicial. (Así como las de las medidas de seguridad consistentes en un internamiento, deben ser completadas). Estas autoridades habrían de ejercer vigilancia sobre los derechos subjetivos del preso, (libertad, patrimonio, derechos civiles), que aún hallándose más o menos limitados por la condena no están abolidos por completo, y deben ser respetados en la ejecución de la pena. Velarían también para que la condena se cumpla conforme a lo dispuesto en las leyes y en los reglamentos, se pronunciarían sobre género de medida que modificarán la duración prefijada de la pena (libertad condicional, indulto), o las modalidades esenciales de su régimen; de las medidas de seguridad, así como sobre la prolongación del internamiento o de la liberación de los condenados a base de sentencia indeterminada.

Semejante intervención sería realizada por un juez delegado, al modo del giudice di sorveglianza italiano, o por una comisión en cada establecimiento penal en la que figuran algunos magistrados.

Estas ideas responden plenamente al principio de legalidad que deben ser la base del derecho penitenciario, como lo es del derecho penal, así como al de la individualización penal pero la actuación de la intervención judicial requiere que estas autoridades no se excedan en sus atribuciones usurpando las de las autoridades penitenciarias, lo cual originaría una rivalidad peligrosa cuyos perniciosos efectos repercutirían en la ejecución de estas penas.

Se discute acerca de si deben ser abolidas las diferentes penas de privación de libertad y sustituidas por una pena única. Contra esta unificación se alega que la variedad de penas y de formas de ejecución responde mejor al pensamiento de individualización que hoy domina por completo en esta materia, pues sólo la diversidad de aquellas permite su adapta-

ción a las distintas clases de delincuentes (primarios, reincidentes, delincuentes habituados a trabajos industriales y habituados a trabajos campesinos, anormales de diversos grados, etc.). Por otra parte, someter a la misma clase de pena a los autores de delitos gravísimos y a los culpables de hechos de escasa gravedad perturbaría y desorientaría al sentimiento de justicia fuertemente arraigado en la conciencia popular. La variedad de penas de privación es, sin embargo, un ideal científico que no siempre es posible realizar a causa de los cuantiosos gastos que origina al Estado la organización de diversos regímenes de ejecución de estas penas. Sin embargo, una pena única organizada en forma tal que permitiera una adecuada individualización, evitaría los inconvenientes que se le reprochan y esta idea parece va ganando terreno entre los penitenciaristas.

Los Códigos penales al organizar su cuadro penal se han inspirado por regla general en el criterio de la pluralidad de penas privativas de libertad.(2)

Las formas de ejecución de las penas de privación de libertad o sistemas penitenciarios empleados en la actualidad, principalmente de origen americano, son los siguientes:

El sistema filatélico o celular absoluto practicado, después de una serie de ensayos y tanteos, por vez primera, en Filadelfia, (en la penitenciaría celular construída en 1817). Se caracteriza por el aislamiento celular diurno y nocturno interrumpido tan sólo por el paseo de patios celulares y por periódicas visitas (del director y funcionarios de la prisión, sacerdote, etc.), los penados trabajan en su celda, asisten a la escuela y al servicio religioso en un dispositivo especial denominado alvéolo, que asegura el aislamiento de los reclusos.

El sistema de Auburn, así denominado por haberse aplicado en esta prisión desde 1816, consiste en el aislamiento celular nocturno, mientras que la vida diurna se desarrolla en común bajo el régimen del silencio.

2.—Ob. Cit. Eugenio Cuello Calón.—Derecho Penal.—Parte General.—Págs. 790 y siguientes).

El sistema progresivo, de origen inglés, apareció en la primera mitad del siglo XIX. En él se combinan el aislamiento absoluto, aplicado en su primer período, con el aislamiento nocturno y régimen en común diurno aplicado en períodos sucesivos. El condenado pasa de aquel a éstos mediante su buena conducta y su laboriosidad hasta obtener la libertad condicional. Dicho sistema, que aún se aplica en Inglaterra, fue modificado por Crofton, director de las prisiones de Irlanda, introduciendo un período intermedio de semilibertad entre la permanencia en la prisión y la libertad condicional.

Veamos ahora el valor que los penitenciaristas atribuyen a los diversos sistemas de ejecución de la pena de prisión.

Durante largo tiempo se consideró el aislamiento absoluto como el más adecuado para obtener la reforma del recluso. En su defensa se dijo que el aislamiento unido a las benéficas visitas, a la enseñanza escolar, al trabajo, a las prácticas religiosas, tranquilizaba las irritadas pasiones del delincuente, promovía su reflexión sobre las culpas haciendo surgir el arrepentimiento y despertando su amor al bien, y que por otra parte impedía la mutua corrupción de los detenidos y su recíproca inteligencia para la comisión de nuevos delitos. Pero desde hace algunos años el sistema celular absoluto está sufriendo una grave crisis. Ferri ha ya tiempo lo calificó como una de las aberraciones del siglo XIX. Se le ha reprochado predisponer al recluso a la enfermedad por falta de aire y de movimiento, se le acusa de enloquecer a los detenidos o al menos de favorecer su desequilibrio mental, de dificultar la adaptación del delincuente a la vida social, pues lo coloca en una atmósfera artificial, cual es la celda, alejada de las tentaciones y peligros que le asediarán al volver a la vida de libertad, se añade que mientras para los habitantes de países en los que la dureza del clima les obliga a recluírse en sus casas, no representa una grave aflicción, constituye una dolorosa privación para los hombres de climas suaves habituados a vivir al aire libre, y por último, se invoca su enorme coste y la dificultad de organizar, en este sistema, la instrucción moral e intelectual, así como un buen régimen de trabajo.

Se han discutido sus pretendidas ventajas, se pone en duda su eficacia, y ha surgido un serio movimiento anticelular

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

cuya manifestación más trascendental es la abolición de este régimen en varios países, entre ellos en Bélgica, uno de los que con mayor entusiasmo lo aplicaron. Sin embargo, no obstante, tales críticas no faltan aún defensores a este sistema. (3).

El sistema de Auburn parece preferible al filadélfico, su aspecto más censurable es sin duda la regla del silencio impuesta como medio de obtener un aislamiento moral entre los reclusos, más aplicado con rigor no excesivo, este régimen se considera humano y soportable.

El régimen progresivo ha sido acogido con mayor simpatía, elogiase su organización en periódicos que van acercando al penado y preparándole insensiblemente para la vida de libertad. Sin embargo, se ha objetado contra él que como pasado el periodo de aislamiento celular absoluto vuelve el penado a la vida en común diurna, surgen entonces todos los peligros de la promiscuidad que pueden anular los buenos efectos del aislamiento. Hace algún tiempo que este sistema ha comenzado a perder terreno.

Nuevas concepciones penitenciarias han surgido en los últimos años. Se han ensayado las denominadas prisiones de seguridad mínima” construidas con mínimas condiciones de seguridad y buscadas en la de confiar todo lo posible en los presos y hacerles sentir esta confianza, las llamadas “prisiones abiertas”, la realización penitenciaria más moderna y audaz, así denominadas por carecer de los medios comúnmente empleados para impedir las evasiones: muros, rejas, cerraduras, etc. y en las que el fundamento del régimen consiste en inculcar a los presos el sentimiento de la propia responsabilidad. Esta cuestión ha sido examinada y debatida en el XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya (agosto 1950). Dichas prisiones, que van alcanzando gran difusión, existen actualmente en Inglaterra, Suiza, Dinamarca, Estados Unidos. (4).

(3) (Ob. Cit. Doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena. Roder.—Pág. 351).

(4) Ob. Cit. Doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena.—Roeder.—Pág. 353).

Todos estos sistemas penitenciarios han sido atacados con argumentos científicos principalmente el Filadélfico. Es admisible la ventaja que ofrece y que se hace consistir en el hecho de que aislado el delincuente, si no se mejora, tampoco se corrompe, pero hay que consignar que regresa peor al seno de la sociedad; y es que el aislamiento celular parte del peligro que hemos expuesto, no constituye un régimen penitenciario y que dicho procedimiento no se consigue la mejoría moral que se intenta, la cual es más factible de adquirir con el ejercicio constante de las facultades físicas, morales e intelectuales.

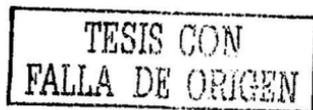
El régimen Auburniano no ofrece sino un motivo para el empleo de castigos severos y aplicación de torturas, como consecuencia a la infracción del régimen del sistema en lo absoluto a que se les sujeta.

Mas de acuerdo con las orientaciones, resulta progresista que a pesar de que se le señalan defectos de importancia, se estima que la libertad condicional premio de una buena conducta, es uno de los medios más eficaces para la reforma moral del delincuente, y procura evitar la desmoralización de los reclusos, por medio de las instituciones y los visitadores; siendo competencia de los primeros la enseñanza y de los segundos visitar a los penados conforme a un régimen prerreglamentado por la dirección del penal, con el fin de estimularlos y ayudarlos a mantener latente el deseo de mejoramiento y readaptación a la sociedad.

El fruto de los institutores no se hizo esperar, y así tenemos que del 31% de analfabetas se ha logrado reducirlo al 2%.

Pedro Dorado dice: "La llamada administración de Justicia Penal no hace más que empeorar las cosas relegando a los delincuentes en la cárcel, para que allí echando leña al fuego acaben de remacharse las cadenas del infeliz cuyas condiciones de cuerpo y espíritu le impidan obrar como un hombre digno, como libre y racional, por eso con los actuales sistemas es siempre cierto que el que entra en la cárcel una vez, es hombre perdido para siempre".

Estas frases sinceras que acusan una indignación justa y que exponen tan claramente una situación verdadera, en nues-



tro medio adquieren la ponderación de una realidad cruel, realidad que hace brusco contraste con los anhelos de nuestros legisladores.

En efecto, la Comisión Redactora de nuestras leyes punitivas en vigor, al tratar de la pena se expresan en los siguientes términos: "...trató de que las penas primitivas de libertad se realizaran por medios humanitarios, o sea la tendencia a obtener la reforma del delincuente valiéndose de los métodos utilizados por la pedagogía correccional, tratando al delincuente como hombre".

Los dictados de nuestros preceptos legales no alcanzan más allá de sus rejas. Las tendencias que los animaron se hacen negatorias, porque la labor intrapenitenciaria es completamente contraria a sus principios.

Podría aplicarse citando el artículo del licenciado Múzquiz Blanco, que afirma: "en la Penitenciaría existen talleres, bibliotecas, escuelas para la educación de los reclusos que es tan necesaria en todo establecimiento penal a fin de que se cumpla con una de las formalidades esenciales del castigo, en la moderna codificación cultural...".

Un bello artículo, indudablemente, pero que no coincide del todo con la realidad.

La escuela es deficiente, muy poco concurrida a pesar del analfabetismo reiterante en su medio; tal vez porque a los habitantes de esta ciudad aislada no se les ha despertado el interés por el conocimiento, pero más probablemente es consecuencia del carácter optativo de su asistencia. Es preferible error dentro de una crujía en que hay cincuenta o cien historias que escuchar, que asistir a la escuela. Los talleres existen, son demasiado deficientes, para aprovechar la energía de todos los reclusos; mal condicionados, pésimamente establecidos, maquinarias en mal estado, etc. La biblioteca generalmente está desierta, en los casos de que ésta exista. Indiscutiblemente algunas cuentan con varios volúmenes pero casi en su totalidad son inaccesibles para aquellos que no son analfabetas, y la sola presencia de los libros sobre los anaqueles no bastó para el mejoramiento intelectual del recluso.

La labor discrecional del juez, movida prudentemente dentro de los límites que a su arbitrio marca el máximo y el mínimo de las sanciones de nuestra avanzada legislación penal, no fructifica los resultados apetecidos, porque está expresada en la sentencia, ha sido cumplida numéricamente. Se ha pagado el tiempo fijado sin que haya intentado al menos, el mejoramiento moral, físico e intelectual del reo; al salir de la prisión continuará siendo el mismo peligro que deambula en busca de la oportunidad que satisfaga sus deseos largamente reprimidos, mismos que los llevarán ya a delinquir y que el núcleo de los reclusos, se han vivificado; sus tendencias delictuosas encontraron un eco que los estimuló, y su complejo psicológico, en el abandono total se degradó aún más. Es más temible ahora; es mayor el peligro que representa.

La privación de la libertad que el juez consideró provechosa a su readaptación no ha hecho sino acrecentar su peligrosidad, porque el ambiente en que la extinguió aumentó sus relaciones delictuosas y sus ambiciones se hicieron mayores. Al libertarse sintió la satisfacción de dejar una deuda satisfecha y de que seguirá siendo solvente. Reingresará a la sociedad deseosa de satisfacer sus ambiciones mucho tiempo reprimidas, sin la posibilidad económica que las haga fáciles.

Inútil el esfuerzo judicial, hecho para apreciar lo más aproximadamente posible, con los escasos medios que cuenta, la peligrosidad del delincuente. Toda su intención será dañada en el lugar de reclusión, toda su obra tendrá un significado, exclusivo de acción física que no se inducirá ni en beneficio de la sociedad del mismo delincuente.

Bien afirma Henderson: "El presente método, descuidado, insensato, ha fracasado y tiende simplemente a aumentar la criminalidad".

El complemento lógico de los sistemas penitenciarios, especialmente el del progresivo, es la institución denominada LIBERTAD CONDICIONAL, (provisional) que constituye una transición en la prisión y en la vida de libertad. El penado que sometido al tratamiento correccional aparece corregido, debe ser puesto en libertad, pues la pena para él ya care-

ce de finalidad. Si existieran medios humanos de comprobar, sin temor a error, la presunta corrección del reo, se le concedería desde luego de libertad definitiva, pero como la corrección puede ser simulada, se le otorga la libertad tan sólo a título provisional bajo la condición de que durante cierto período de tiempo observe buena conducta o no cometa ningún nuevo delito. Esta institución constituye por sí misma un excelente medio de reforma, pues hace ver al recluso la convivencia de entrar por el camino de la enmienda para obtener una reducción de la pena impuesta.

La libertad condicional para su buen funcionamiento no solamente supone un personal penitenciario experto y cuidadoso capaz de distinguir la corrección verdadera de la simulada, sino que exige la vigilancia de los liberados para conocer su conducta y su asistencia y tutela para allanarles las dificultades que puedan encontrar en sus primeros pasos de la vida de libertad. En cuanto a la autoridad que ha de otorgar la libertad condicional existen diversos sistemas, en su concesión, puede intervenir la autoridad penitenciaria, o la autoridad judicial, o las autoridades administrativas y judiciales, (Bélgica), u organismos especiales (como el parole board en Estados Unidos). Actualmente predomina la tendencia a confiar su concesión a comisiones especiales imparciales y competentes, aspiración acogida por el XII Congreso Penitenciario Internacional.

En cuanto a los organismos encargados de la vigilancia y asistencia de los liberados predomina la opinión favorable a excluir de ésta a la policía (ya el Congreso Internacional Penitenciario de Londres se manifestó en este sentido) y confiarla a asociaciones oficiales o privadas; el XII Congreso Penal y Penitenciario de La Haya, 1950) ha adoptado el acuerdo de confiarla a organismos de tutela bien adiestrados y preparados. También se aspira a la creación de una organización internacional para la asistencia de los liberados. (5).

(5)—Ob. Cit. Eugenio Cuello Calón.—Derecho Penal.—Parte General.—Pág. 801.

CONCLUSIONES

1.—Hemos visto que nuestras leyes punitivas consideran como indispensable el conocimiento del delincuente para intentar su readaptación, por medio de su mejoramiento físico, moral e intelectual, conocimiento sin el cual no es posible lograr extirpar los peligros que entraña, para la reincidencia.

Para llegar a dicho conocimiento es necesario el establecimiento de un laboratorio médico-psiquiátrico y psicológico, del delincuente, que proporcione datos morfológicos y psíquicos del agente del delito; laboratorios semejantes a los establecidos en Bélgica, lugar en que el dictamen que aquellos rinden, representa un papel importante en el criterio judicial y sirve de auxiliar en el diagnóstico del reo, necesario para el tratamiento a que ha de someterse. Como también se observa en lugar más cercano como lo es en Brasil, nación de América Latina que ha demostrado resultados espectaculares en el campo penitenciario.

El examen psicológico comprenderá el estudio de los fenómenos de la conciencia y ha de tender a las varias actividades de la vida psíquica que se refunden en un complejo donde entran los estados intelectuales y afectivos. Toda personalidad humana se integra por un elemento estático que es la constitución física; y por otros dos elementos dinámicos que sin romper la unidad vital representan; el primero, predominantemente las modalidades funcionales y es el temperamento; y el segundo, están sintetizadas en el carácter. La fórmula constitucional no es en suma, más que la fórmula individual. El estudio de esta fórmula característica de cada individuo, en cuanto a manifestación de su total actividad biológica constituye el contenido propio de la biología individual o biotipología.

Pero es necesario que el elemento activo del tipo humano esté basado en la ley de la correlación que revela tres fases: la morfología, la bioquímica y la fase psicológica, sinte-

tizada está en el complejo de su vida espiritual. Todos estos elementos serán equivalentes y su valor principal estriba en su conjunto que formará la base de su diagnóstico social que se le hagan prácticamente al delincuente.

A este convencimiento tan necesario se puede llegar haciendo realidad el proyecto del licenciado Luis Garrido que dice: Es necesario que el poder público instale un servicio de biología criminal para obtener datos a cerca de la causalidad del delito y la determinación de los caracteres individuales, (biológicos y patológicos), pues de otra suerte la etiología criminal no se puede precisar ni la posibilidad de reeducación del delincuente; servicio éste de biología criminal que, evidentemente debe de ser fase post-delito, el cual aportaría también la clasificación penitenciaria de los reclusos obtenida por los medios experimentales que aconseje el estudio del delito, de sus antecedentes y de sus causas para tener una noción positiva de su aspecto etiológico, clínico y terapéutico.

De acuerdo con los dictámenes que el expresado laboratorio médico-psiquiátrico y psicológico rinda al juez, éste podrá normal su criterio dándole un valor más científico al que se forme del sujeto activo del delito y se orientará respecto al tratamiento al que haya de sujetarlo, lo que hará más fácil la función pedagógico-correctiva. Estimo que este tratamiento que, como ya se dijo, debe corresponder a ser fase postdelito, es el más importante en la lucha de la delincuencia y debe corresponder, de acuerdo con las posibilidades del Estado, a la mayor individualización posible.

2.—Sin embargo, la realidad que apreciamos en México es que nos encontramos frente a Instituciones en que se simula la rehabilitación y se suplanta el amor y la técnica con la ignorancia y la indiferencia. Estas instituciones o prisiones de las que como ejemplo tenemos las de los Estados de Campeche, Tlaxcala, Oaxaca, Hidalgo, Guanajuato, etc., no fueron hechas para corregir, sino para contener; no para rehabilitar, sino para corromper. Los reclusorios corresponden a la prisión cloaca, son lugares de corrupción total que degradan y embrutecen al hombre, y así, bajo esas condiciones, está visto que este tipo de cárceles en vez de alejar al delincuente primario

del delito, crean la reincidencia, genera al delincuente especializado, al profesional de las modalidades astutas y organizadas del delito. Con cuanta razón Raúl Carrancá y Trujillo señala: "Las Cárcels son Catedrales del miedo y Universidades del delito".

3.—Uno de los principales problemas del penitenciario, sin lugar a dudas, como factor primordial para el fracaso de la empresa correccional, es el personal carcelario, debido a que no existe selección técnica de éste en todos los niveles y especializadas, no hay formación académica, no hay carrera penitenciaria. En suma, se carece de este elemento determinante para el éxito de la readaptación social y por lo tanto, sería recomendable la creación de una carrera penitenciaria.

4.—La rehabilitación del delincuente implica riesgos, sugiere dinámica constante, necesita decidida voluntad de renovación; no temeridad, pero sí valor; no arrojo insensato, pero sí disposición resuelta de emprender todos y cada uno de los nuevos caminos que la tarea solicite, tales como: preparación y selección del personal penitenciario, actualización constante en las leyes penales, un mejoramiento en el trabajo, (talleres), valor para enfrentarse al cambio y a los intereses creados, creación de establecimientos dignos del esfuerzo de rehabilitación.

Tanto funcionarios como el personal carcelario, quieren hacer del correccionalismo, oportunidad para desencadenar la burocracia enredadora; de las cárceles archivos; y de la terapia, una cadena de inútiles papeles. No podría el médico, por obra del miedo disfrazado con gala de vagas racionalizaciones, limitarse a aguardar la puntual llegada de la muerte. Y no otra cosa se hace con procedimientos que si aseguran el tranquilo sueño de quien los emplea es porque no ampara, en cambio, el reposo tranquilo de la sociedad.

La falta de establecimientos a la altura de una buena rehabilitación, aún cuando es innegable que se han erigido reclusorios dotados de una buena base física para el tratamiento de los que dan ejemplo: El Distrito Federal, Michoacán, Estado de México, Durango, Jalisco y quizá algunos más, pero la realidad dominante es la misma, ya que no se desea

el lujo que afrontaría el trabajador honrado, pero tampoco se quiere que la realidad circundante fuera tan dolorosa, que las prisiones sean lugares (por buenos edificios que éstos sean), para albergar en lugar de lugares para reformar hombre. Ya que como podemos observar la organización interna de estos establecimientos, no obstante los de nueva creación, se encuentra todavía muy anacrónica, por lo que debe ser puesta en inmediata actualidad, ya que las prisiones deben de atender también al cometido de entregar a la administración de justicia los elementos extrajurídicos, las valoraciones de personalidad, que aquella libremente utilizará para fines tan trascendentes de la individualización de la pena.

Debe insistirse en actualizar, el sistema penitenciario que nuestra patria reclama y merece; y para esto es preciso la insistencia en la individualización del tratamiento, el trabajo pluridisciplinario y multidisciplinario, sistema progresivo técnico, regímenes de semilibertad, remisión de penas, preliberación, libertad bajo palabra, etc., implantación de laboratorios médico-psiquiátricos psicológicos, que son la base de una cabal revolución penitenciaria.

Vemos que la privación de la libertad trae como consecuencia inevitable el confinamiento obligatorio y la segregación del recluso de la sociedad normal; pero el fin de dicha privación de la libertad debe ser lograr la readaptación del delincuente, para que cuando reingrese a la sociedad no sólo quiera llevar una vida normal bien adaptada proveer a sus propias necesidades como miembro útil de la sociedad, sino también que sea capaz de hacerlo sin compunción. El régimen penitenciario debe emplear, conforme a las necesidades especiales de cada recluso, todos los medios de que pueda disponer; curativos, educativos, culturales, de asistencia o de cualquier otra índole. El régimen penitenciario debe reducir, en cuanto sea posible, las diferencias entre la vida de reclusión y la libertad, que contribuyan a debilitar el sentimiento de responsabilidad del recluso y el respeto a la dignidad de su persona, por lo que antes de cumplimiento de la pena debe asegurarse al recluso su retorno progresivo a la vida normal en sociedad, ya porque establezca un régimen preparatorio para la liberación, o bien porque establezca la liberación condicional sin intervención de la policía.

La pena de privación de libertad entre nosotros no tiene ningún resultado benéfico para los reos, tanto por la ausencia de una organización científica en nuestras penitenciarías que se encargue de llevar a cabo, científicamente, la rehabilitación del delincuente, como porque la misma pena de prisión está en crisis, no sólo por sus defectos sociales, sino también, como ya decíamos, parafraseando a Ruiz Funes: por sus deficiencias psicológicas.

En México, la cárcel sólo ha tenido un relativo valor asegurativo por cuanto a la custodia del reo, pero falta que el estudio relativo a la personalidad del delincuente se actualicen, pues como ya decíamos, es anacrónico y es por ello que la pena de prisión presenta entre nosotros un aspecto tan desolador. La sociedad ve en la pena de prisión su mejor defensa y le basta con que el criminal permanezca entre gruesos muros y barrotes de acero, pero el sentido humano y técnico de esa pena aspira a que la cárcel no sea sólo castigo y sufrimiento sino la oportunidad de mejorar al delincuente de sus tendencias antisociales, de su conducta peligrosa y dañosa.

5.—Es necesario mejorar los tratamientos, la preparación de los directores y de las personas que dentro de la fase de la individualización administrativa se van a encargar de la conducta del penado. Que tengan una sólida preparación técnica y dispongan de los auxilios técnicos correspondientes para estar en posibilidad de comprender a los penados y proporcionarles el remedio indicado para que cuando éstos salgan de la prisión no lleven la idea ciega y torpe de venganza, de odio a sus semejantes, sino que sean hombres de provecho para sí mismos y para la sociedad que los condenó por la falta cometida.

Estoy de acuerdo y con plena conciencia de que a tales auxilios técnicos, así como los establecimientos para la reclusión, médicos, antropólogos, sociólogos, psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, etc., que no obstante que se encuentran ya en varios centros de Readaptación Social, es necesario ponerles un mayor interés, para que éstos dejen su anacronismo y sean puestos al día, no obstante que representa esto una erogación muy grande para el Estado, pero si en algo se puede ¿por qué no ayudarlos? Es muy fácil decir lo sen-

tenciaron a diez años, lo difícil es purgarlos y más con las condiciones que se encuentran en la mayoría de los establecimientos penitenciarios de gran parte de los municipios y Estados del País, de los cuales ya hemos hablado, y creo así mismo que si nos tocara la mala suerte de sufrir tal situación, comprenderíamos con sobrada razón a los que en realidad lo están sufriendo. Siempre al tratarse con erogaciones que demanda con urgencia el mejoramiento de Instituciones penitenciarias, se presentan objeciones de carácter económico. Sin negar la realidad insisto, en lo urgente que resulta la reorganización y adaptación de nuestros establecimientos penitenciarios.

En síntesis y para concluir, que para la disminución de la delincuencia en nuestro medio social, es instaurar en el mejoramiento moral del delincuente con la imposición del hábito al trabajo, acostumbrando a la satisfacción de sus necesidades con el producto de aquél, para lo cual se requiere el mejoramiento y en algunos casos establecimiento de buenos talleres, pero que éstos sean llenos de actividaden que el trabajo se haga obligatorio, seleccionando a los reclusos, en atención a sus condiciones personales, asignándoles aquél que pueda prestarle mayor utilidad cuando regrese al seno de la sociedad. Talleres en los que adquieran un oficio o mejoren el que ya tienen adquirido. Estimularlos con un verdadero salario del cual puedan disponer, como se establece en los términos del artículo 82 del Código Penal del D. F., iniciándolos así a una vida mejor a la predilectiva. Hay también que allegarles buenos libros que puedan comprender y que a la vez colaboren con el régimen pedagógico correctivo a que se les ha sometido. Y el establecimiento de laboratorios Médicos: psiquiátrico psicológico, (o biología criminal), en los que se lleve a cabo el estudio psicofisiológico, somático-funcional o bio-social, ya que es indispensable para el juez de sentencia conocer del estado psíquico y físico del delincuente para poder aplicar la pena, ya que sin lo anterior, no surten efectos en las penitenciarías los procedimientos de readaptación y reeducación.

Guadalajara, Jal., 1985.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

- Derecho Penal Mexicano.—Parte General. Raúl Carrancá y Trujillo.—Antigua Librería Robledo.—1965 y 1977. México.
- Diccionario de Derecho Penal.—Raúl Goldstein.—Bibliografía, Omeba.—1962.—Buenos Aires.
- Derecho Penal.—Parte General.—Eugenio Cuello Calón.—Editora Nacional.—1961. México.
- Lineamientos Elementales de Derecho Penal.—Editorial Porrúa, S. A.—Fernando Castellanos.—1980. México.
- La Lucha Contra el Delito.—Fernando Castellanos.—Editorial Porrúa.—México.
- Derecho Penitenciario.—Cárcel y Penas en México.—Raúl Carrancá y Rivas.—Editorial Porrúa, S. A. 1981.—México.
- Nociones de Derecho Penal.—Parte General.—Carlos .Franco Sodi.—Ediciones Botas.—1950.—México.
- Manual de Prisiones.—Sergio García Ramírez.—Editorial Porrúa, S. A.—1980.—México.
- Principios de Ciencia Penal.—Alfonso Teja Zabre. Talleres Tipográficos Nacionales.—1950.—Tegucigalpa, Honduras.
- La Reforma de las Leyes Penales en México.—Francisco Gonzalez de la Vega.—Imprenta de la Secretaría de Relaciones Exteriores.—México.
- Derecho Penal.—Parte General.—Doctor R. Merkel.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ed. Porrúa, S. A. 1981.—México.
- Código Penal para el D. F. Ed. Porrúa, S. A. 1983. México.