

44
25



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN**

**NATURALEZA DE LAS PENAS Y MEDIDAS
DE SEGURIDAD. CLASIFICACION DE LAS
CONSECUENCIAS JURIDICO-PENALES**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO
P R E S E N T A :
DIANA IVONNE GARMONA ROSETE**

Presentado en el
Departamento de Estudios Profesionales

97 ABR 29 PM 4 24

ASESOR: LIC. FERNANDO LABARDINI MENDEZ

Escuela Nacional de Estudios Profesionales
Acatlan, Edo. de Mex.



ACATLAN, EDO. DE MEX.

ABRIL DE 1997

598200



**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.

IN MEMORIAM A MI PADRE
LICENCIADO PEDRO CARMONA BUSTOS

Si acaso estuviera mi padre,
podría agradecerle su preocupación
por mí, podría agradecerle sus
caricias, que no por escasas sentí.

Si él estuviera conmigo le daría
las gracias por estar aquí, le
agradecería mis tristezas, sus
regaños, sus sabios consejos, y los
grandes valores que sembró en mí.

Si él estuviera conmigo, podríamos
charlar como antaño, y seguir
luchando, seguir perdonando, seguir
olvidando, siempre...seguir.

Si acaso estuviera mi padre a mi
lado le daría las gracias...por
haberme engendrado, por haber sido,
por haberlo tenido, por haber
triunfado.

A.A.

AGRADECIMIENTOS

Primeramente a la Universidad Nacional Autónoma de México, cuna de ideas y expresiones que me han dado algunas de las cosas más valiosas en la vida: educación y cultura.

Al Licenciado Fernando Labardini Méndez, por el tiempo que me dedicó, por esa personalidad que tantos sentimientos inspira, y que, principalmente, obliga a estudiar, gracias por la guía y la fuerza que transmite con su presencia.

Al Licenciado Raúl González-Salas Campos, porque sin él no se hubiera podido concretar este trabajo, le agradezco tanto que en esta cotidianidad tan apresurada hizo compás en su tiempo y me orientó con sus conocimientos.

A los profesores que cumplen con su compromiso, no nada más con la U.N.A.M., si no con las generaciones que nos iniciamos en el campo profesional, porque saben lo importante que es brindar su mano para nuestro desarrollo.

A los Licenciados Aida Mireles Rangel, Jorge Huitrón Márquez, Tomás Gallart y Valencia y Rafael Chaine López, porque han dedicado su tiempo y atención a este momento tan importante para mí, gracias por las aportaciones que se puedan hacer.

Del Tribunal Superior de Justicia
del Distrito Federal, agradezco
infinitamente:

Al Licenciado Antonio Vilchis
Villavicencio por ser Jefe y amigo
siempre;

Al Licenciado René Casoluengo
Méndez porque aprendí infinidad de cosas
cuando colaboré con él;

Al Licenciado José Guadalupe
Carrera Domínguez porque sin pensarlo, me
ha brindado verdadero apoyo en momentos
bien decisivos en mi vida;

A los compañeros que del Juzgado
Trigésimo Octavo Penal me apoyaron, a la
Juez, Licenciada Romero, porque es
invaluable el favor concedido;

Y especialmente al Licenciado
Ramón Senties Carriles, por haberme
enseñado lo importante y bonita que es la
función jurisdiccional y por el equipo
que estamos formando.

DEDICATORIAS

A mis papás, Pedro Carmona Bustos y Gloria Rosete Domínguez, por haberme tenido y amado, pero sobre todo por haberme educado, y aunque la fatalidad no nos permitió seguir creciendo juntos, siempre lo estaremos porque este amor es eterno.

Gloria, al fin la oportunidad de poderte dedicar algo que hiciera patente la admiración que te tengo, por la fuerza que me das y por ser tan genuina en tu vida, pido a la vida porque cumplamos muchísimos ciclos más juntas, este trabajo también es tuyo, es un sueño largamente acariciado que al fin se concreta.

A mis hermanos por ser parte de lo más esencial de mi vida, a PEDRO por su calma y serenidad, a ARACELI por el ejemplo que en su momento seguí, a MANUEL por su testaruda y fuerte posición, a JAVIT porque a pesar de todo lo consiguió, a EDGAR por hacer que lo comprenda sobre todo, y a ALEX por ser el querubín y esperar aún más de él, estamos juntos, qué más podemos pedir.

A mi familia, tíos, primos y sobre todo a mis abuelos, por formar una familia tan unida a pesar de lo abigarrado de sus concepciones, y a mis sobrinos por ser la continuación de nuestra historia.

En mención especial por el apoyo recibido a la Familia Mora Guzmán, por el candor que me brindan y por el trato tan igualitario con que hemos convivido, a "mi segunda madre", Doña Lupis, por la paciencia con que me ha atendido, a Don Pancho, por la tolerancia, a Edith por el compañerismo, y a Mahelet por mostrarme su bella familia y ofrecerme esa oportunidad de crecer en ella, porque a pesar de todo la amistad es más fuerte que la convivencia, el tiempo no permitirá que nos equivoquemos.

A Rafael Flores Birrichaga, por gritar verdades a pesar de la incomodidad y por esa incondicional y peculiar forma de darse, pero sobre todo por la oportunidad de estar a su lado siempre, como fuera.

A mis amigos, amores y amigas, aquellos con los que formé y deformé mi personalidad al mismo tiempo, disculpándome por no mencionarlos uno a uno, saben a quiénes me refiero y escribir sus nombres no es más importante que la forma en que nos hemos apoyado y nos hemos brindado, algunos compañeros de clases y otros que la vida me trajo de otros caminos, en igualdad de circunstancias, si leen esto es porque son parte de mi vida y no es necesario decir más.

A Teo, porque me enseñó "algo" de derecho y mucho de lo emocionante y adulta que es la vida, porque a pesar de no estar hizo que sobreviviera el amor, seguiré pidiendo porque donde esté, su vida mejore y pueda materializar sus sueños, el corazón le mostrará el verdadero camino y le dará fuerzas para luchar.

En forma profunda a Arturo Guilbert Ruiz, y aunque le parecerá muy pobre la dedicatoria quiero agradecerle el espacio compartido y la oportunidad de cambiar la idea de algunas cosas, esperando que las cosas tengan derroteros más afortunados.

Mi más especial dedicatoria a Ramón González Trujano; ahora que me toca a mí brindarle un pensamiento, me llena de alegría el recordar las cosas que espontáneamente nos hemos brindado, por esa lucha intelectual que nos hace vivir y seguir creciendo, debo agradecerle no nada más el aliento, sino el consuelo y el apoyo incondicional que ha mantenido presente en todo momento, a pesar de las cosas, me emociono por lo que seguiremos viviendo, sin importar cómo, porque lo más importante es estar y compartir.

Es sueño de los padres llegar al día en que vean a sus chicos convertirse en auténticos profesionales, y los míos no son la excepción, por ello dedico este trabajo ellos que son el principio más importante y fundamental de la vida, y como sano ejemplo a mis hermanos, para que no se desanimen, siempre elevo oraciones para que nos mantengamos como hasta ahora, juntos.

I N D I C E

INTRODUCCION	I
---------------------	---

CAPITULO PRIMERO. EL DERECHO PENAL

I.1 Ubicación del Derecho Penal	1
I.2 La Misión del Derecho Penal	14
I.3 La Limitación del Derecho Penal	27

CAPITULO SEGUNDO. LA PENA COMO INSTRUMENTO DE REACCION DEL DERECHO PENAL

II.1 La Pena, concepto y orígenes	32
II.2 La Penología	37
II.3 La Justificación de las Penas	38
II.4 Principios de las penas	49
II.5 Características de las penas	51
II.6 El concepto de culpabilidad	55

CAPITULO TERCERO. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO INSTRUMENTOS DE REACCION DEL DERECHO PENAL

III.1 Las Medidas de Seguridad y su surgimiento	60
III.2 Justificación de las medidas de seguridad	62

III.3	Los Sistema Monista, Dualista y Vicarial o Sustitutivo	64
III.4	La Crisis de la Doble Vía	70
III.5	Principios de las medidas de seguridad	82
III.6	Caraterísticas de las medidas de seguridad	83
III.7	El concepto de peligrosidad	85
III.8	Crítica a las medidas de seguridad	95

CAPITULO CUARTO. DISTINCION ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

IV.1	Diferencias entre penas y medidas de seguridad	96
IV.2	Teorías que pretenden justificar las penas y las medidas de seguridad	102
IV.3	El concepto de Retribución	109
IV.4	El concepto de Prevención	120

CAPITULO QUINTO. FINES DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

V.1	Fines mediatos e inmediatos de las penas y medidas de seguridad	131
-----	--	-----

V.2	Consecuencias juridico-penales de las sanciones	140
V.3	Análisis del Artículo 24 del Código Penal Mexicano	158
	CONCLUSIONES	171
	BIBLIOGRAFIA	175

OBJETIVO:

A través del conocimiento de los orígenes y evolución de las penas y medidas de seguridad distinguiremos las teorías que justifican su existencia como consecuencia de la comisión de un delito, así como los fines que las diversas escuelas les han atribuido. El entendimiento de las características y fines de estos medios de reacción con que cuenta el Derecho Penal nos mostrarán la naturaleza jurídica de cada una de las sanciones previstas en el artículo 24 del Código Penal vigente, permitiéndonos clasificar, de acuerdo a sus finalidades, su calidad de penas o medidas de seguridad. Finalmente se podrá apreciar la posible aplicación de todo el catálogo de penas y medidas de seguridad existentes, sin que se limite para la aplicación de una sanción a la pena de prisión.

INTRODUCCION

La necesidad de conocer la naturaleza de las llamadas penas y medidas de seguridad contempladas en el artículo 24 del Código Penal de nuestro país, llevó al presente trabajo a la búsqueda de premisas sencillas, de las que se partió para comenzar el análisis que nos pudiera ubicar verdadera y racionalmente al origen, evolución, aplicación, y por supuesto, consecuencia de la aplicación de las penas y medidas de seguridad, que es el objetivo del presente trabajo.

Para lograr dicho objetivo se consideró, primeramente recordar por qué se le ubica al Derecho Penal como rama del Derecho Público, apoyándonos en diversos conceptos elaborados por los estudiosos de la materia. Más adelante y dentro de ese mismo capítulo veremos que la misión fundamental de esta materia es conservar la armonía necesaria para la convivencia dentro de la sociedad, utilizando como medio para alcanzar su cometido la efectiva coerción penal. Asimismo veremos porque el Derecho Penal es la "ultima ratio" con que

cuenta el Estado para lograr su misión, siendo necesaria su intervención porque la propia naturaleza del hombre, a lo largo de la historia, ha demostrado que requiere de mecanismos externos que le obliguen a respetar los derechos ajenos, tanto colectivos como individuales.

Analizaremos los conceptos de pena que los doctrinarios han creado, tratando de conceptualizarlos en un todo, por lo que es básico consultar sus orígenes, de acuerdo a la opinión histórica de Franz Von Liszt, así como los conceptos de Jescheck, con lo que llegaremos al análisis, para algunos filosófico, de la justificación de la pena, y por supuesto veremos el concepto de culpabilidad, aunque sólo en relación a que es la base y medida para la aplicación de la pena. Descubriendo así sus principios y sus fines.

Continuando con la misma mecánica, analizaremos las medidas de seguridad, esto es, su surgimiento, conceptos, justificación, el mal llamado "estado de peligrosidad", que sin embargo se utilizará durante todo el estudio ya que así lo mencionan los autores, lo que no es óbice para dejar de manifestar que dicho concepto, según los

contemporáneos, ha caído en desuso, resulta obsoleto y antijurídico; concepto que es la base y medida para la aplicación de las medidas de seguridad, concluyendo con sus características y fines.

Asimismo, y respecto a la aplicación de las penas y medidas de seguridad, conoceremos los sistemas, monista, dualista y vicarial, las alternativas que éstos ofrecen, de acuerdo a la doctrina alemana y española, y enseguida veremos la crisis de la doble vía y fraude de etiquetas, resultante en la aplicación del sistema dualista.

También estableceremos, de acuerdo a las Teorías Absolutas y Relativas, cuál es la finalidad que la doctrina determina para cada uno de estos medios de reacción, para lo cual debemos distinguir perfectamente retribución y prevención. Con lo que estaremos en condiciones más técnicas de diferenciar entre las penas y medidas de seguridad, diferencias que se verán reafirmadas durante el análisis de las teorías de referencia.

Dentro del último capítulo y en un intento muy serio, de la forma más lógica y jurídica que nos sea posible, aplicaremos los conceptos desarrollados y

estudiados a las penas y medidas de seguridad contenidas en el Capítulo II de nuestro Código Penal, y ya que el legislador no lo especifica, trataremos de ubicarlas, conforme a sus fines y esencia, para poder diferenciar perfectamente unas de otras y conocer su función y repercusión en el sujeto y la sociedad.

Y es así como a la finalización del presente trabajo, podremos determinar cuáles son penas, y cuáles medidas de seguridad, lo que nos llevará a concluir el por qué de la aplicación de unas y otras, conforme a los fines perseguidos, es decir, lo aplicaremos a la ley vigente en nuestro país, con lo que se busca la utilización de todo el catálogo de sanciones previstas en nuestra ley, debiendo acabar con la limitación de la imposición de la pena de prisión o pecuniaria para todas las conductas antijurídicas (como si fuera remedio de todo mal).

En esta forma en que justifica el título del presente trabajo, es la mecánica que nos dará el horizonte para distinguir esas consecuencias jurídico-penales que significan las sanciones (entendiéndolas como género).

estudiados a las penas y medidas de seguridad contenidas en el Capítulo II de nuestro Código Penal, y ya que el legislador no lo especifica, trataremos de ubicarlas, conforme a sus fines y esencia, para poder diferenciar perfectamente unas de otras y conocer su función y repercusión en el sujeto y la sociedad.

Y es así como a la finalización del presente trabajo, podremos determinar cuáles son penas, y cuáles medidas de seguridad, lo que nos llevará a concluir el por qué de la aplicación de unas y otras, conforme a los fines perseguidos, es decir, lo aplicaremos a la ley vigente en nuestro país, con lo que se busca la utilización de todo el catálogo de sanciones previstas en nuestra ley, debiendo acabar con la limitación de la imposición de la pena de prisión o pecuniaria para todas las conductas antijurídicas (como si fuera remedio de todo mal).

En esta forma en que justifica el título del presente trabajo, es la mecánica que nos dará el horizonte para distinguir esas consecuencias jurídico-penales que significan las sanciones (entendiéndolas como género).

CAPITULO PRIMERO. EL DERECHO PENAL

I.1 LA UBICACION DEL DERECHO PENAL

Al Derecho Penal se le ubica, según Aftalión y García Olano, dentro de las ramas del Derecho Público, porque el delito, punto medular de la materia, "representa generalmente un ataque directo a los derechos del individuo (integridad física, honor, propiedad, etc.), pero atenta siempre, en forma mediata o inmediata, contra los derechos del cuerpo social. Por eso es que la aplicación de las leyes penales no se deja librada a la iniciativa o a la potestad de los particulares, salvo contadisimas excepciones; aunque la víctima de un delito perdona a su ofensor, corresponde al poder público perseguir y juzgar al delincuente. De ahí que el Derecho Penal sea considerado, a justo título, como una de las ramas del derecho Político, ya que son públicos, en definitiva, los intereses tutelados y es pública la sanción (pena, medida de seguridad) impuesta a quien los ataca".¹

¹ García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 41 edición, Editorial Porrúa. México, 1990. Págs. 141 y 142

Hablando del Derecho Penal estamos obligados a transcribir algunos de los conceptos que doctrinariamente se han elaborado para definirlo, por tanto existen definiciones subjetivas, en que se alude al fundamento del derecho de castigar, Borner Y Brusa dicen que es la ciencia que funda y determina el ejercicio del poder punitivo del Estado; algunas otras tiene un sentido marcadamente objetivo, como las de los autores antiguos Renazzi, Tancredo, Canónico, Holtendorff y Wächer, que lo definen como el conjunto de normas que regulan el derecho punitivo, perteneciendo también a este grupo las de los autores modernos Prins, Garraud y Von Liszt, este último entiende que el Derecho Penal es "el conjunto de reglas jurídicas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho, a la pena como consecuencia".²

Alimena formuló una definición con sentido jurídico, y dice que es "la ciencia que estudia el delito como fenómeno jurídico y el delincuente como sujeto activo, y por tanto, las relaciones que derivan del delito como

² Jiménez de Asúa, Luis. Tratado de Derecho Penal. Torno I. 4ta. edición. Editorial Losada, Buenos Aires, pág. 32

violación del orden jurídico y de la pena, como reintegración de este orden".³

Felipe Grispingni en 1932 identifica la ciencia del Derecho Penal con la dogmática y con el derecho positivo, definiendo: "La dogmática jurídico penal (o ciencia del derecho penal en estricto sentido) es la disciplina que estudia el contenido de aquellas disposiciones que, en el seno del ordenamiento jurídico positivo, constituyen el Derecho Penal", Manuel Carnevale, casi en forma similar que Mayer y Mezger tiene un concepto con mayor extensión, apuntando que "La organización jurídica más completa de la lucha del Estado contra el delito, uniendo y coordinando a la pena otros institutos homogéneos a sus fines esenciales y perennes de justicia y de defensa, de manera que constituya un todo unitario", siendo entonces que en 1915 Max Ernesto Mayer hizo entrar en el concepto de esta ciencia no sólo la pena, sino "otros medios de lucha contra el crimen", encontrándose semejante idea en la segunda definición de Edmundo Mezger de 1931, "Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, que regulan el ejercicio del poder penal del Estado, y que asocian al

³ Ob Cit.

delito, como presupuesto, la pena como consecuencia jurídica...pero también son Derecho Penal aquellas normas jurídicas, que, en relación con el Derecho Penal propiamente dicho, asocian al delito, como presupuesto, consecuencias jurídicas de índole diversa de la penal, especialmente medidas que tienen por objeto impedir futuros delitos".

En Argentina Ramos expone "Derecho Penal es el conjunto de reglas jurídicas y de doctrinas fundamentales por cuyo medio las sociedades buscan las mejores condiciones posibles para prevenir delitos y reprimir, con medidas coercitivas y regeneradoras, los hechos antisociales que se producen en su seno".

Por su parte Jiménez de Asúa, y aunque manifiesta abiertamente estar de acuerdo con el criterio de Augusto Köhler en el sentido de no es censurable el abstenerse de formular una definición ya que todo el que emprende el estudio de una disciplina, cuando lo hace a fondo, acabará formando una definición más exacta como resultado de la ciencia en que trabaja y no tendrá una definición apriorística que de nada le servirá si no plantea

correctamente los problemas, define al Derecho Penal como "Conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto del delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora". ⁴

James Goldschimndt del Derecho Penal expuso que "es el complejo de las normas generales e inquebrantables, producidas por la cultura de una comunidad e inspirándose en la idea de la justicia, las cuales, para posibilitar la coexistencia de los hombres, les imponen deberes de un hacer u omitir, típicamente correlativos con derechos, señalando regularmente contra la violación de los deberes una represión de la comunidad organizada". ⁵

Hablando de las clasificaciones, Eugenio Cuello Calón, apunta que tradicionalmente suele distinguirse el derecho penal en subjetivo y objetivo, el sentido subjetivo es el derecho de castigar (jus puniendi), es el

⁴ Ob. Cit. pág. 33

⁵ Ob. Cit.págs. 33 y 34

derecho del Estado a conminar la ejecución de ciertos hechos (delitos) con penas. Aquí está contenido el fundamento filosófico del Derecho Penal. ⁶

En sentido objetivo el Derecho Penal es el conjunto de normas jurídicas, establecidas por el Estado, que determina los delitos y las penas. Esta es la base que encierra el fundamento del Derecho Penal positivo. ⁷ Clasificación con la que no está de acuerdo Zaffaroni, como veremos más adelante.

Cuello Calón indica que el Derecho Penal en su aspecto subjetivo debe definirse como el derecho del Estado a definir los delitos y a determinar, imponer y ejecutar las penas y demás medidas de lucha contra la criminalidad, y en su sentido objetivo como el conjunto de normas establecidas por el Estado que determinan los delitos, las penas y las medidas de corrección y de seguridad con que aquéllos son sancionados. ⁸

⁶ Cuello Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. Volumen Segundo, 17a. edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1975. pág. 644

⁷ Ob. Cit. pág. 680

⁸ Cuello Calón... pág. XX

En el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Manuel Ossorio afirma que cuanto queda dicho sobre lo objetivo y lo subjetivo en lo jurídico se haya referido al Derecho en sentido objetivo, es decir, a la existencia de principios y normas que regulan la convivencia humana y que es considerado desde el punto de vista individual y colectivo, el autor afirma que de este Derecho Objetivo se desprende un Derecho Subjetivo que alude a la voluntad que las personas físicas o jurídicas tienen, no sólo para realizar determinados actos, sino también para exigir que otras personas de igual índole, sin excluir al Estado, no les impidan realizar lo que la ley permite y no prohíbe. ⁹

El derecho objetivo es la norma Agendi o norma para actuar; mientras que el Derecho Subjetivo es la facultas Agendi o facultad de actuar. ¹⁰

Estas nociones son las tradicionales que integraban el concepto de Derecho Penal, pero la misma ha evolucionado en los últimos años revelando la importancia de ciertas medidas de combate contra la criminalidad,

⁹ Diccionario de Ossorio...pág. 228

¹⁰ Diccionario de Ossorio...pág. 228

como son las medidas de corrección y de seguridad que son de carácter esencialmente preventivo, por lo que actualmente la doctrina y las legislaciones se ven obligadas a incluirlas dentro de su definición, siendo que todas en su conjunto proponen la obtención de fines prácticos.

Según Maurach, la diferencia entre derecho penal objetivo (jus poenale) y el derecho penal subjetivo (jus puniendi), en que el primero está constituido por el conjunto de normas promulgadas por el legislador sobre delitos, penas y medidas de seguridad, y el segundo, hace referencia al poder penal del Estado, a la facultad del Estado, resultante de su soberanía, de declarar punibles determinados hechos injustos y establecer la conminación penal, el jus poenale constituye una consecuencia del jus puniendi. ¹¹

Por su parte Zaffaroni afirma que dada la función de tutela de bienes jurídicos que el Derecho Penal tiene, debiendo garantizarlos contra las afectaciones susceptibles de conmovir el sentimiento de seguridad

¹¹ Maurach, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Traducción Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel. Barcelona. 1962. págs. 5

jurídica de los habitantes de la nación, el Derecho Penal no puede menos que tener carácter público.

Los autores alemanes como Feuerbach, el siglo pasado reconocieron en general su carácter de Derecho Público, Tittman también afirmaba que "el lugar de los derechos a la seguridad contra lesiones jurídicas mediante penas públicas, señala la relación del Estado con los individuos que realizan acciones que contravienen las leyes penales y señala su lugar entre las ciencias del Derecho Público".¹²

Respecto a la tradición de dividir el Derecho Penal en objetivo y subjetivo, Zaffaroni asimismo y apoyando la idea de Le Clerq Jacques, Rodríguez Devesa, Soler y Del Rosal, manifiesta que el carácter público del Derecho Penal -incuestionable para la doctrina contemporánea ha hecho pensar a algunos autores que hay un doble sentido del Derecho Penal, concibiendo, junto al Derecho Penal Objetivo, un Derecho Penal "Subjetivo", un Jus Puniendi, cuyo titular sería el Estado, pero tales autores creen que tal Derecho Penal "Subjetivo" no existe, o al menos,

¹² Zaffaroni, Eugenio Raúl, Tratado de Derecho Penal, Tomo I. Cárdenas Editor y Distribuidor, Buenos Aires, pág. 32

la expresión resulta equívoca, afirmando decididamente que no es concebible un Derecho Penal Subjetivo entendido como un "Derecho a Inculpar" ejercido por el "sujeto" Estado; razonando que el Derecho Penal es la forma de control social más grave institucionalizada por el Estado, pero de eso no puede desprenderse que el Estado "goce" de un Derecho Subjetivo a inculpar conductas de los habitantes de la Nación y penarlas.¹³

Siendo determinante al indicar que el Estado no tiene "derecho" a inculpar ni a penar, sino que tiene el deber de hacerlo, porque es un deber que surge de su función misma, es decir, de la propia razón de su existencia. El Estado existe porque es necesario para posibilitar la coexistencia y por ende, para esta función le resulta imprescindible inculpar y penar, porque de otro modo no puede tutelar adecuadamente ciertos bienes jurídicos contra ciertos ataques.¹⁴

No obstante lo anterior, es válido afirmar que detrás de la afectación de bienes jurídicos hay una general afectación a un interés público del Estado, lo

¹³ Ob. Cit. pág. 33

¹⁴ Idem

que hace que el Derecho Penal tenga el carácter público, por tanto determina Zaffaroni que afirmar que ese interés es un Derecho Subjetivo del Estado tiene consecuencias inadmisibles.¹⁵

Por tanto el Derecho Penal se considera que es una rama del derecho público, es normativo porque es un conjunto de normas jurídico penales que tienen como finalidad encausar la conducta humana para hacer posible la vida en sociedad, y es punitivo porque a través de las penas y medidas de seguridad, reprime enérgicamente la conducta previamente calificada como delito, por atentar contra el orden y la seguridad sociales.

Jiménez de Asúa indica que el Derecho Penal de hoy es un derecho público, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en holocausto al apotegma liberal: nullum crimen, nulla poena sine lege; pero no siempre se consideró público al Derecho Penal, las discusiones habidas en Alemania en las postrimerías del siglo XVIII y comienzos del XIX, establecían que Stübel, Meister, Feuerbach y Tittmann

¹⁵ Ob. Cit. Págs. 33 y 35

opinaban que era un derecho público, Hugo y Kleinschord se inclinaban por considerarla derecho privado, y Grolmann se situaba en una posición ecléctica.

Mezger afirma que el Derecho Penal no es un derecho privado, es un derecho público por cuanto que no regula las relaciones entre los particulares, sino del individuo con la colectividad, también sucede si se le reconoce al lesionado o a la víctima, la posibilidad de influir en la persecución en los delitos perseguibles por querrela y de hacer valer así el derecho del Estado. ¹⁶

Asimismo señala que Derecho Penal es el conjunto de las normas jurídicas que vinculan la pena, como consecuencia jurídica, a un hecho cometido. La expresión "Derecho Penal" a la que corresponde la antigua designación "ius poenale" o en alemán "peinliches Recht", es de origen más reciente para nosotros; según el autor, se ha comprobado que se ha empleado por primera vez dicho concepto aproximadamente a mediados del siglo XVIII y ha comenzado a regir a principios del siglo XIX. Todavía en la actualidad es la expresión corriente si se hace

¹⁶ Mezger, Edmundo. pág. 29

referencia al contenido de la consecuencia jurídica. El término empleado antes: derecho criminal (ius criminale) -que tiene como punto de arranque la vinculación de la consecuencia jurídica a las circunstancias de un suceso, crimen o delito ha perdido actualidad. Pero esto varía de acuerdo a los tiempos, la política criminal y la terminología que se emplee en la legislación correspondiente. ¹⁷

Zaffaroni manifiesta que suele hacerse un empleo dual de la expresión "Derecho Penal", con lo que se designa por un lado, el conjunto de preceptos normativos, y por otro, al sistema de comprensión de esos objetos, por lo tanto con este concepto general entendemos por Derecho Penal al conjunto de leyes que traducen normas tuitivas de bienes jurídicos y que precisan su alcance, cuya violación se llama delito e importa una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor; pero también cabe entender por Derecho Penal, al sistema de comprensión de ese conjunto de leyes.¹⁸

¹⁷ Ob. Cit. pág. 27

¹⁸ Zaffaroni...pág. 24

I.2 LA MISION DEL DERECHO PENAL

Hans Welzel dice que el Derecho Penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. La misión de la ciencia penal es desarrollar y explicar el contenido de estas reglas jurídicas en su conexión interna, es decir "sistemáticamente". Como ciencia sistemática establece la base para una administración de justicia igualitaria y justa, ya que sólo la comprensión de las conexiones internas del Derecho liberan a su aplicación de la arbitrariedad.¹⁹

Según Welzel, toda acción humana está sujeta a dos aspectos valorativos diferentes. Puede ser valorada de acuerdo al resultado que origina (valor de resultado o material), y también, independientemente del logro del resultado, según el sentido de la actividad como tal (valor de acto), ejemplo del valor de resultado o material es el trabajo (dirigida a una obra positiva), ya que es uno de los valores humanos más elementales, cuya

¹⁹ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 2da. edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile. Págs. 11

obra genera ese valor, e independientemente de eso genera una significación positiva en la existencia humana, dá plenitud a la vida, y subsiste aunque la obra no se logre, esto es valor de acto; lo mismo rige para lo negativo: el desvalor de la acción puede fundarse en que el resultado que ocasiona, es valorativamente reprochable (desvalor de resultado de la acción). Sin embargo, una acción dirigida a un resultado reprobado, también es valorativamente reprobable, con independencia de que se alcance el resultado (desvalor de la acción), por ejemplo la acción del ratero que introduce la mano en el bolsillo vacío.²⁰

Las formas de valor de la acción anteriormente señalados son importantes para el Derecho Penal, ya que éste quiere proteger, antes que nada, bienes vitales de la comunidad (valores materiales) como la vida, la salud, la libertad, la propiedad, etc., los llamados bienes jurídicos, de ahí que impone lesiones consecuencias jurídicas a su lesión (al desvalor del resultado).

²⁰ Ob. Cit. Págs. 12

Esta protección de los bienes jurídicos la cumple en cuanto que prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor del acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida, la libertad, la propiedad, etc.

Estos valores del actuar conforme a derecho, arraigados en la permanente conciencia jurídica constituyen el trasfondo ético-social positivo de las normas jurídico-penales. El Derecho Penal asegura su real acatamiento en cuanto que castiga la inobservancia manifestada a través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas. La misión central del Derecho Penal reside en asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestado efectivamente. ²¹

Al castigar el derecho penal la inobservancia de los valores de la conciencia jurídica, protege al mismo

²¹ Idem

tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores de acto, por ejemplo con la pena para la falta de honradez protege la propiedad, sin embargo la misión primaria del Derecho Penal no es la protección actual de bienes jurídicos, esto es, la protección de la persona individual de su propiedad, pues cuando entra en acción, por lo general ya es demasiado tarde, por lo que más que la protección de determinados bienes jurídicos concretos, tiene esencialmente la misión de asegurar la vigencia u observancia de los valores de acto de conciencia jurídica, ello constituye el fundamento más sólido que sustenta al Estado y la sociedad. Porque la mera protección de bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo, de carácter policial y negativo, y por el contrario la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo, ya que al proscribir y castigar la inobservancia efectiva de los valores fundamentales de la conciencia jurídica, revela, en forma más concluyente a disposición del Estado, la vigencia inquebrantable de estos valores positivos de acto, al mismo tiempo que da forma al juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su conciencia de permanente fidelidad jurídica; así pues antes de la prohibición de

matar, está primariamente la idea de asegurar el respeto por la vida de los demás. ²²

Consecuentemente la misión del Derecho Penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión la protección de los bienes jurídicos particulares.

Respecto al bien jurídico se establece que es bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social es protegido jurídicamente, y que puede tener aparecer de diferentes formas, como objeto psicofísico, la vida, como espiritual-ideal, el honor, como relación jurídica, la propiedad, luego entonces, bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos constituyen el orden social, y por eso la significación de un bien jurídico no de ha apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social. ²³

²² Ob. Cit. Págs. 13-15

²³ Ob. Cit. Págs. 15

Sobre el mismo punto, Heinrich Jescheck afirma que el Derecho Penal tiene una misión: proteger la convivencia humana en la comunidad ya que toda persona depende, por su propia naturaleza, del intercambio y la reciprocidad de sus vecinos.

Este orden de paz que protege la convivencia y la armonía de las relaciones humanas, se ha desarrollado a través del tiempo conforme a una pluralidad de reglas, que tienen reconocimiento y aceptación por las sanciones sociales inmediatas, y que son las que conforman el orden social, estos controles generales primarios son la familia, la escuela, la Iglesia, la empresa, los sindicatos y las asociaciones; sin embargo, dada la propia naturaleza de la condición humana ha sido necesario completar este orden social, perfeccionarlo y reforzarlo por medio del orden jurídico, por ello han surgido mecanismos de control, siendo la sanción penal unos de los más efectivos.

Esta sanción penal está contenida en un orden jurídico creado por el Estado y constituido por proposiciones jurídicas perfectamente ajustadas a un plan

que obligaran a los sujetos a seguirlas para mantener la armonía necesaria para vivir en sociedad o por lo menos para que, aunque sea forzosamente, obligara a las personas a respetar los derechos en sociedad, es decir tiende a proteger bienes jurídicos individuales y colectivos. ²⁴

Debemos conceptualizar este orden como un sistema normativo, jurídico, donde no existen normas aisladas, todas están asociadas, constituyendo una unidad cerrada, Hans Nawiasky lo define con estas palabras "es un sistema formado por todos los preceptos jurídicos creados por una comunidad social o por la clase dirigente de una misma comunidad para regular la conducta externa de los miembros de esa comunidad a cuya inobservancia se aplicarán medidas correctivas de apremio o pena", este ordenamiento jurídico está compuesto por sus elementos externos: espacio y tiempo; y el interno: el espíritu común de grupo, la unidad de valores, estos elementos van a delimitar este ordenamiento jurídico, cuyo creador es el Estado, debido a que debe regir en un lugar

²⁴ Jescheck, Hans-Heinrich. Tratado de Derecho Penal. Parte General. Traducción de Mit Puig y Muñoz Conde. Volumen Primero. Editorial Bosch, Barcelona. 1978. Págs. 3-5

determinado y en un tiempo específico, la manifestación de su vigencia debe ser clara".

El Estado es el titular de este orden jurídico debido quizá, a la propia incapacidad de la sociedad para mantener un orden social, o a la poca fuerza que sus consecuencias representaban, o principalmente a la falta de alguna fuerza que obligara a las personas a cumplir con sus reglas. ²⁵

Es por ello que el orden jurídico debe garantizar la obligatoriedad general en el acatamiento de toda norma, para así asegurar esa armonía convivencial porque la sociedad de masas en que se vive actualmente hace peligrar la existencia del propio hombre (como se ve en el alto índice de homicidios que existen). Por tal razón se requiere que el Derecho Penal asegure la inquebrantabilidad del orden jurídico, y su fuerza radica en la facultad de coacción con que cuenta el Estado: la pena pública, elemento que como ya dijimos, no es propio de los ordenamientos primarios como son la familia, las escuelas, la religión, sino del Estado; que representa en

²⁵ Idem

última instancia la coercibilidad del orden jurídico positivo.

Esta pena pública es necesarísima para mantener el orden, de lo contrario la venganza privada aumentaría, de ahí la eficacia que este orden sobre los controles primarios debido a que estos últimos carecen de la pena pública, que viene a ser el medio más poderoso de que dispone el Estado para asegurar la inquebrantabilidad del orden jurídico, este es el derecho punitivo del Estado, el "ius puniendi" ya que aún cuando el moderno Estado social ha ampliado sus funciones de planificación, dirección y prestación, la protección de la convivencia humana en sociedad sigue siendo una de sus principales misiones, cuyo cumplimiento constituye el presupuesto de toda actividad de prestación positiva en materia asistencial. ²⁶

Esa actividad de prestación asistencial para el aseguramiento de la convivencia social armoniosa, que es prioritaria para el Estado, debería estar por abajo de sus funciones de planificación, dirección y prestación

²⁶ Ob. Cit. Págs. 9-11

para que fueran lo suficientemente eficaces para crearle a los individuos las circunstancias propias para desarrollarse y obtener los satisfactores necesarios que les permitiesen vivir en armonía, con lo cual disminuirían los problemas sociales y económicos que provocan la desestabilidad social, iniciando en el núcleo familiar cuando por ejemplo, el jefe de familia (si es que lo hay) no tiene un trabajo bien remunerado (ya sea por su escasa preparación o por la saturación en los campos de trabajo) que le permita solventar los gastos de su familia, provocándose así crisis e inestabilidad que consecuentemente van a repercutir en la sociedad cuando ese jefe de familia salga a la calle a obtener recursos de cualquier forma, sin importar si es en contravención al derecho, en fin que existen muchas causas que originan y otras que provocan la delincuencia, siendo en muchos casos el común que cometen alguna conducta delictiva para obtener recursos y satisfacer sus necesidades.

Por otro lado tampoco deja de reconocerse que existe gente que por falta de valores o apreciación a las normas cometen conductas ilícitas con las que lesionan derechos ajenos, entonces podríamos pensar en personas con

deficiencias educativas en la mayoría de los casos, ya sea familiares o escolares, por lo que esta actividad educativa debería ser la prioritaria de todo Estado, ya que con la educación cambiaría todo el contexto social. El Estado debería abrir más escuelas y con ello cerraría cárceles.

Por ello el Derecho Penal debe contribuir a superar el caos en el mundo y a contener la arbitrariedad de los hombres por medio de una consciente limitación de su libertad y sólo debe hacerse en forma compatible con el nivel cultural de la nación, garantizando la paz pública para el libre desarrollo de su personalidad (esto es que desaparezca el dominio del más fuerte), haciendo posible el libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos, y de toda la población en general, garantizando también la seguridad general, que significa que la criminalidad se someta al control del Estado mediante la averiguación y persecución del mayor porcentaje de delitos sin discriminación por razón de la persona, lo que a su vez garantiza la libertad de actuación del individuo, defendiéndolo de la violencia ilegítima y actuando con arreglo al principio de justicia distributiva en caso de

infracciones importantes. Asimismo debe encauzar la conducta humana para hacer posible la vida en sociedad, protegiendo los intereses jurídicos necesarios para mantener la organización de la colectividad. ²⁷

César de Beccaria, en su Tratado de los Delitos y de la Pena, establece que las leyes son condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, porque estaban cansados de vivir en continuo estado de guerra y de "gozar" una libertad incierta, siendo necesario que este depósito de posiciones individuales también fuera defendido de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular, dada la propia naturaleza de la especie, y para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fueran bastantes para contener el ánimo despótico de cada hombre que quisiera traspasar los límites marcados, esos motivos sensibles son las penas, siendo éstas necesarias porque la experiencia ha demostrado que la multitud no adopta principios estables de conducta, ni se aleja de aquella innata general disolución que en el universo físico y moral se observa, y porque tampoco han bastado la

²⁷ Ob. Cit. Págs. 12-15

elocuencia, las declamaciones y las verdades más sublimes a sujetar por mucho tiempo las pasiones excitadas con los sensibles incentivos de los objetos presentes. ²⁸ Esta es la misión del Derecho, cuidar la armonía de la sociedad, los intereses de la colectividad por encima de los particulares, contener las usurpaciones ilegítimas de los que pretenden usurpar esas porciones de libertad propias y ajenas. En otras palabras mirar siempre hacia el interés común, antes que del particular.

²⁸ Beccaria, Cesar. Tratado de los Delitos y las Penas. Sexta edición. Porrúa. México, 1995. Págs. 7 y 8

I.3 LA LIMITACION DEL DERECHO PENAL

Esta protección de los valores fundamentales y de la convivencia humana en la sociedad es la razón que justifica la intervención del Estado a través del Derecho en todas sus ramas, pero el Derecho Penal interviene cuando se trata de lesiones graves a bienes jurídicos muy importantes y cuando las otras ramas del Derecho no los han podido proteger. Por ello es la última instancia que en derecho debe recurrirse (última ratio), por tanto el Estado debe limitarse, en cuanto al Derecho Penal, a la protección de los valores fundamentales del orden social.

El Derecho Penal tiene encomendada la misión de proteger los bienes jurídicos que subyacen en las normas jurídico-penales de valor positivo sobre bienes vitales para la convivencia humana que son, elementalmente y en la actualidad: la vida humana, la integridad corporal, la libertad personal de acción o de movimiento, la propiedad, el patrimonio, la seguridad del tráfico, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, el orden constitucionalista, la paz pública, la seguridad exterior, la protección de símbolos o emblemas estatales,

referimos que en la actualidad porque estos bienes tutelados son cambiantes y se definen de acuerdo a la Política Criminal imperante en el lugar y el momento.

Por ello el Derecho Penal determina qué contravenciones del orden social constituyen un delito y señalan la pena que ha de aplicarse como consecuencia del quebrantamiento al orden jurídico, asimismo prevé los presupuestos de mejora y seguridad en las medidas impuestas. El Derecho Penal no se limita a decir qué es un delito y cuál es la pena aplicable al caso, va más allá, indaga sus antecedentes, circunstancias y pronostica resultados.²⁹

Luego entonces, el Derecho Penal únicamente puede imponer limitaciones cuando ello resulte estrictamente indispensable para la protección de la sociedad, esta aplicación de justicia distributiva significa, en Derecho Penal, que las infracciones graves no pueden minimizarse por una benevolencia infundada, ni dramatizarse en nombre de un rigor excesivo, esto es atendiendo a la función social que posee la pena, por lo que deben considerarse

²⁹ Jescheck... Págs. 9 y 10

los posibles efectos que éste provoca en la vida futura del condenado. Porque con la condena a un sujeto que ha cometido un delito no se termina el asunto, esto procedimentalmente es la segunda parte (la primera fue la fase indagatoria), y sus consecuencias o efectos se aprecian en la tercera etapa, que es la ejecución de esa pena. ³⁰

La Política Criminal se ocupa de configurar al Derecho Penal lo más eficazmente posible para que éste a su vez, pueda cumplir con su tarea de protección de la sociedad. Esta Política Criminal se fija en las características del delito, intenta comprobar la eficacia de las sanciones dictadas en el Derecho Penal, pondera los límites hasta donde puede el legislador extender su tarea para coartar lo menos posible el ámbito de libertad de los ciudadanos, discute cómo pueden configurarse los elementos de los tipos para corresponder a la realidad del delito y comprueba la aplicación del ordenamiento jurídico. ³¹

³⁰ Ob. Cit. Págs. 15-19

³¹ Ob. Cit. Págs. 29 y 30

Contemporáneamente, según Zaffaroni, suele hablarse de política criminal en dos sentidos distintos: para unos es una disciplina de "observación" que determina cuáles son los objetivos de los sistemas penales y en qué medida son alcanzados en realidad, otros la conciben como "el arte de legislar o aplicar la ley con el fin de obtener mejores resultados en la lucha contra el delito", por lo que para el autor en cita la política criminal es la política referente al fenómeno delictivo y, como tal, no es más que un capítulo de la política general del Estado, por lo que no está ni puede estar en oposición al derecho penal porque éste mismo es una materialización de aquélla. En este sentido la política criminal "se dedica a la cuestión de cómo el derecho penal se dirige a su fin, cumpliendo así correctamente su tarea de protección social". Pero esta relación de la política con el derecho no está limitada al campo penal, sino que abarca en general a todo el derecho.

Entendamos, una norma jurídica presupone una decisión política, sin decisión política (valoración) no puede haber norma jurídica, pues no habrá una individualización del ente valorado a tutelar

jurídicamente, por ende, entre decisión política, y norma política media una relación de prioridad (la decisión política debe ser temporalmente anterior a la ley) y una relación de prelación (la decisión política debe ser lógicamente anterior a la ley), por ello se puede afirmar que la decisión política da origen a la norma, aunque esto tampoco significa que la norma quede sometida totalmente a la decisión política; la norma es hija de la decisión política y como tal, lleva su carga genética, pero se convierte en algo separado de ella, sobre lo que la decisión política, una vez plasmada la norma, carece en absoluto de un derecho de vida o muerte sobre ella. ³²

³² Zaffaroni, Eugenio Raúl. Teoría de la Ciencia del Derecho Penal. Primera Edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. Págs. 150-156

CAPITULO SEGUNDO. LA PENA COMO INSTRUMENTO DE
REACCION DEL DERECHO PENAL

II.1 LA PENA, CONCEPTO Y ORIGEN.

Según Lardizábal: "Entre las diversas etimologías que se dan a la palabra pena, la más cierta, o al menos, la más probable, es que trae su origen griego según un dialecto dórico del cual se formó el latino /poena/, que pasó a nosotros sin más alteración que la de haber perdido la o del diptongo: así se formó el latino /punio/, y de su infinitivo /puniere/ el verbo castellano /punir/, aunque ya no está en uso. A esta etimología le es muy conforme la definición o descripción que algunos autores hacen de la pena, lo cual no es otra cosa, que el mal que uno padece contra su voluntad y por superior precepto, por el mal que voluntariamente hizo con malicia, o por culpa".³³

Para Mezger, el Derecho Penal es posible dado que es un fenómeno social, una regulación de la colectividad,

³³ Ramírez Delgado, José Manuel. Penología. Editorial Porrúa. México. 1995. pág. 19

pero ese orden tiene un origen psicológico en la condición humana, y es comprensible sólo si se toman en cuenta los movimientos instintivos del primitivo sentimiento de venganza, que más que primitivo diríamos que es humano, el cual se ha visto, con acierto, es una forma de proyección externa del concepto de la personalidad, es un sentimiento y una conducta humana.

En los comienzos del desarrollo del Derecho se aprecia, en todas partes, una estrecha relación entre este sentimiento de venganza y el sentimiento religioso, y por lo tanto se encuentra un rasgo sacro en todo Derecho Penal, pero con el tiempo la pena se eleva desde una esfera meramente personal a otra más elevada, a una en conjunto, en sociedad; más tarde el hombre se siente obligado, para eludir su desgracia, a sustituir a la divinidad a fin de vengarse del mal que ha sufrido; siendo estas manifestaciones abiertamente humanas. Posteriormente la comunidad social reemplazará a la divinidad, comenzando con ello la racionalización y la humanización del concepto de la pena. ³⁴

³⁴ Mezger...pág. 31

Antiguamente no existía el concepto de delito tal como lo concebimos hoy en día, pues las leyes penales que se aplicaban, eran resultado de las ideas que imperaban para dictar o imponer castigos con el objetivo de salvaguardar intereses de los grupos que se disputaban la supremacía, pero sin recapacitar si el castigo correspondía a la gravedad del daño ocasionado. Bajo esta premisa y con un desmedido afán castigador, las más de las veces destructor del ser humano, los castigos que se aplicaban eran excesivamente crueles pues se pensaba que a mayor sufrimiento, mayor fuerza intimidatoria en el ser humano para evitar la comisión de futuras conductas delictuosas. ²⁵

Es hasta el Siglo XVIII cuando se da una revolución de incalculables consecuencias; en el año de 1764 aparece la obra del Marqués de Beccaria: "Tratado de los Delitos y las Penas", en la que su principal argumento era combatir la crueldad y lo ilegal de las penas, ya que hasta entonces, éstas se imponían al arbitrio de quienes detentaban el poder. Establece Beccaria en su obra "sólo las leyes pueden decretar la pena correspondiente al

²⁵ Ramírez Delgado... págs. X

delito y sólo el legislador puede hacerlo, pero además, la crueldad de las penas opuestas al bien público a fin de impedir el delito, es sencillamente inútil". Conceptos que posteriormente constituirían la doctrina de la Escuela Clásica que vino a marcar una pauta en el Derecho Penal mediante sus principales máximas: El fin de las penas; el fundamento de las mismas; los caracteres que deben tener para ser legítimas y su proporcionalidad al delito. ³⁶

Como consecuencia del carácter filantrópico del humanitarismo desarrollado por las ideas de Beccaria y después impulsadas por la propia Escuela Clásica, nació una rama de esta escuela que se propuso estudiar aisladamente la pena, considerando que el estudio de ella debía ser el objeto fundamental del Derecho Penal, a esta nueva ramificación de la Escuela Clásica se le denominó "Escuela Penitenciaria" y cuyo nacimiento se debe a Jeremías Bentham y John Howard; el primero materializando sus ideas en un modelo arquitectónico de edificio carcelario denominado "Panopticon"; y el segundo, realizando la empresa sobrehumana de visitar las

³⁶ Idem

principales prisiones de Europa, dejando constancia escrita de todas sus experiencias en una obra titulada "El estado de las prisiones de Gales e Inglaterra", obra en la que denuncia el grado de crueldad, suciedad e inmundicia que prevalecía en todos esos lugares de castigo.²⁷

Aunque en la actualidad existe la crítica de que a la cuestión penitenciaria se le pone mayor atención que a la pena en general, porque si bien es cierto que la prisión es la medida que por excelencia, o costumbre, se aplica invariablemente, ésta es la especie, y el género de pena tiene un catálogo mucho más amplio que comprende diversas sanciones, como más adelante constataremos.

Pero todo ese movimiento fue la inspiración para el estudio de lo que en la actualidad, junto con la Teoría del Delito, se considera la parte fundamental del Derecho Penal: LA PENA.

²⁷ Ob. Cit. págs. XI

II.2 LA PENOLOGIA

Encontramos que recientemente se ha propagado la corriente que establece que la Penología es la ciencia que estudia las diversas penas y medidas de seguridad, según Cuello Calón, el concepto de penología fue usado por primera vez por Francis Lieber (que fue Juez en Versalles y enviado a tierra americana a estudiar los sistemas penitenciarios), en una carta que envía a Alejandro de Tocqueville a los Estados Unidos de América, y la describía como "La rama de la ciencia criminal que trata del castigo y del delincuente", comprendiéndose que la época en la que vive (de 1800 a 1872) imperaba la idea retribucionista.

Resultando entonces que "Penología" es la ciencia que estudia las diversas penas y medidas de seguridad aplicables al sujeto de conducta antisocial; se dá el carácter de ciencia a la penología porque se apoya en un conjunto de conocimientos ciertos y fundados en esa relación del pensamiento; porque como ciencia posee un objeto y un fin perfectamente definidos y delimitados, constituyéndose el primero, del conjunto de diversos

medios coercitivos penales creados por el hombre, para cumplir su fin: combatir la criminalidad. A tales conocimientos debe imprimirseles una dirección-método para así alcanzar el resultado deseado, es decir, que empleando el o los procedimientos adecuados, en base a un estudio previo, aplicación y seguimiento perfectamente sistematizados, podrá proponerse con mayor certeza cuáles son las sanciones que convienen a los fines perseguidos por el Derecho Penal. ³⁸

Concretamente el fin de la penología es efectuar tal estudio, pero en forma organizada, para llegar a afirmar respecto de la factibilidad de aplicación y eficacia de las diversas penas y medidas de seguridad como medio para combatir conductas antisociales.

II.3 LA JUSTIFICACION DE LAS PENAS

Desde los comienzos de la cultura humana, (entendiéndola ya en un Estado de Derecho) la pena es uno de los medios de poder estatal más importantes y la

³⁸ Ob. Cit. págs. 5 y 6

cuestión sobre su justificación ha creado profundas polémicas ideológicas, por lo que para comprender el concepto de pena hay que partir de dos presupuestos fundamentales: el primero afecta a su justificación, y el segundo, a su naturaleza. ”

Para Jescheck la justificación de la pena reside en su necesidad para mantener el orden jurídico, entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la comunidad, sin la pena el ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recomendación no vinculante, el Estado no tendría fuerza suficiente para impedir las infracciones, la pena, como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda comunidad basada en normas jurídicas, ésta es la justificación jurídico-política de la pena; además, la pena es necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad, no podría haber convivencia pacífica si el Estado pretendiera que tanto la víctima como la generalidad aceptaran el delito y vivieran con el delincuente como si no hubiera pasado nada, esto provocaría el regreso de la pena privada donde

” Jescheck...pág. 89

la gente se hacía justicia con su propia mano, ésta es la justificación psicosociológica de la pena; asimismo, la pena es necesaria para la persona misma del delincuente debido a la necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación (experiencia fundamental para su moral), por lo que posibilitar esa expiación como actividad moral autónoma (aunque muchos delincuentes no lo hagan) es una tarea legítima del Estado, esta es la justificación ético-individual de la pena. ⁴⁰

Así las cosas, podemos advertir entonces que Jescheck elabora tres conceptos para justificar a la pena, siendo que estos conceptos jurídico-político, psicosociológico y ético-individual no se pueden concebir en forma disyuntiva, sino conjuntiva, es decir en unidad.

Por ello mismo, este autor afirma que de la justificación de la pena debe distinguirse su naturaleza, entendiéndose entonces que la pena, en su naturaleza, es un juicio de desvalor ético-social de carácter público que recae sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica, por tanto tiene un acento negativo,

⁴⁰ Ob. Cit. pág. 90

y por ello, siempre el carácter de mal, aunque en última instancia debe beneficiar al condenado. El mal que toda pena supone consiste en una injerencia voluntaria en la esfera jurídica del condenado (libertad, patrimonio, respeto social), pues precisamente la desaprobación pública se expresa en que la pena incide en la situación jurídica del culpable, recalcando, la pena representa un mal y negarle este carácter equivaldría a negar el concepto mismo de la pena. ⁴¹

La pena es el mal que el juez penal inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor. Dos caracteres esenciales forman el concepto de la pena: 1.- Es una lesión sufrida por el autor en sus intereses jurídicamente protegidos, una intromisión en la vida, la libertad, la propiedad o el honor del delincuente; y 2.- Es al mismo tiempo una reprobación tangible del acto en el autor. ⁴²

Francesco Antolisei manifiesta que la palabra pena es sinónimo de castigo, indicando en general el dolor, el

⁴¹ Ob. Cit. pág. 91

⁴² Reynoso Dávila, Roberto. Teoría General de las Sanciones Penales. Editorial Porrúa. México. pág. 7

sufrimiento que se impone a quien ha violado un precepto. Su carácter esencial es la aflicción: una pena no aflictiva es una verdadera "contradictio in terminis"; sería como decir: luz oscura, fuego frío. ⁴¹

Para Franz Von Liszt la pena es, originariamente, o sea en aquellas formas primitivas conocidas en la historia de la cultura humana, una reacción de la sociedad frente a perturbaciones externas de las condiciones de vida, tanto del individuo como del grupo de individuos, ciega, instintiva y no intencional, ni determinada por la representación de un fin, pero poco a poco la pena transforma su carácter, su objetivación, es decir, existe una transición desde la reacción de los círculos inmediatamente afectados hasta entregar el examen del asunto a órganos no afectados, capaces de examinarlo con serenidad; este autor afirma que la pena no es sutalización del ingenio humano o el resultado de un cálculo estatal, porque si así fuera sería imposible encontrarla en todas partes, como se advierte en la prehistoria de todos los pueblos, sino que al contrario, fue una acción instintiva, como una reacción no

⁴¹ Ídem

determinada por la finalidad del individuo y de grupos contra perturbaciones de las condiciones de vida del individuo y de los grupos (o sea delitos), por ello la pena es consecuencia necesaria del delito.

Por ello la pena primitiva es acción instintiva, queriendo significar con acción instintiva el afán de auto afirmación del individuo y auto conservación individual (ampliándose este término a la conservación de la especie) ya que reacciona frente a perturbaciones exteriores de sus condiciones vitales a través de acciones que repelen la causa de tales hechos, por tanto el instinto de conservación individual al servicio inconsciente de la conservación de la especie es la base de la pena. ⁴⁴

Franz Von Lizst en su obra "La Idea de Fin en el Derecho Penal" después de hacer historia concluye que la pena primitiva debe tener, desde su principio, carácter social, aparecer como reacción social contra perturbaciones sociales, la historia confirma lo

⁴⁴ Von Lizst, Franz. La Idea de Fin en el Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1994. pág. 65-70 Reynoso Dávila...pág. 10

anterior: la primera forma de la pena primitiva es la venganza de la sangre, que no es venganza privada, sino venganza de la familia o gens, y tiene su razón en la primitiva asociación, la sociedad de la sangre, la sippe; originariamente ésta aparece como desafío de dos gentes y constituye derecho y deber de la sippe del muerto o lesionado como portadora colectiva de la deuda de sangre.⁴⁵

La proscripción es la segunda forma de la pena primitiva que muestra más claramente el carácter social de la pena, la proscripción es la expulsión de la comunidad, del comunero de paz, que conducen a la muerte, a la confiscación patrimonial, al destierro y a la deshonor.⁴⁶

Con las transformaciones de las comunidades gentilicia y de paz, se llega a la tercera forma de la pena primitiva: la pena estatal, ya sea ejercida por el caudillo, el jefe del ejército o el sacerdote; la total objetivación de la pena no es posible sino con el castigo estatal; la pena estatal en sentido propio no surgió de

⁴⁵ Ob. Cit. pág. 71-72

⁴⁶ Ob. Cit. pág. 72

inmediato, no constituye una contradicción frente a la venganza de la sangre y la proscrición, sino que ha emergido de éstas, la pena presupone organización y órganos sociales para su aplicación, de lo contrario no se podría dar. ⁴⁷

Para Von Lizst la pena es, primeramente, acción social instintiva y primitiva que repele y ataca la acción perturbadora y al sujeto que la provoca, misma acción que correspondía aplicar a los directamente afectados, que más tarde y a la transformación de las comunidades y el surgimiento del Estado, se le organiza socialmente y se deja su aplicación en manos de los órganos del estatales, mismo concepto que según el autor, debe estar alejado de la ética para poder entenderla, ya que su aparición como acción primitiva e instintiva rechazan esta posibilidad, por lo que pena consistía, primitivamente, en la privación de todo derecho, pero esto sólo es un grado de su evolución como pena objetivada pues se asienta en la experiencia, evolución que más tarde le permiten adquirir la idea de la adecuación al fin, esta idea de fin es lo que distingue

⁴⁷ Ob. Cit. pág. 74, 77

la acción instintiva de la acción voluntaria, es cuando el instinto se coloca al servicio del fin y la acción se adecúa al objetivo, por ello cuanto más claro se ve el fin más perfectamente se realiza la adecuación; en otras palabras, cuando ya la acción instintiva es adecuada a un fin para hacer posible el conocimiento de la conexión entre el mundo de los bienes jurídicos, delito y pena, se requiere de una apreciación libre y desapasionada de la experiencia vivida y que ha afectado, ésta es la objetivación de la pena, por ello se trasladan la función de castigar desde los círculos inmediatamente afectados a órganos no afectados ni comprometidos, y esta objetivación se da con el íntegro traspaso de la pena a los órganos estatales, pues el poder soberano y la objetividad desapasionada del Estado hacen posible y aseguran el libre examen para la imposición de la pena, (aunque en la historia hay críticas por no ser totalmente objetiva y cumplir con ciertos compromisos). ⁴⁸

La objetivación de la pena permite, en primer término, el conocimiento de las condiciones de vida de la comunidad estatal y de los miembros contra quienes se

⁴⁸ Ob. Cit. pág. 83-85

dirige el delito. Ellas quedan fijas, sopesadas reciprocamente, declaradas intereses protegidos, elevadas a bienes jurídicos por medio de los imperativos generales: no debes matar, ni hurtar, ni cometer adulterio.

Esta catalogación de la norma contiene una significación sobresaliente: constituye la primera autolimitación del poder punitivo estatal y la primera sedimentación del Derecho y la moral, lo que representa una palanca para el desarrollo de ellos mismos. Al reconocimiento de los bienes jurídicos está conectada una observación más exacta de las acciones que se dirigen contra ellos, de los delitos en el más amplio sentido; el imperativo jurídico se transforma en el precepto jurídico que desarrolla el concepto, esta formación de los conceptos de los delitos aún no ha terminado, existen junto a los tipos delictivos elaborados otros concebidos aún casuísticamente que no han alcanzado todavía la nota conceptual de la generalidad. ⁴⁹

⁴⁹ Ob. Cit. pág. 85-86

De estos conceptos delictuales definidos o singulares hay que abstraer aquellas notas de que cada delito es portador; ha de crearse el sistema de normas formadoras de conceptos que constituyen la parte general del Derecho Penal, así se generan los conceptos de culpabilidad, de imputabilidad, de tentativa, de participación, de legítima defensa, de estado de necesidad. . . La objetivación es importante porque en el instinto vive lo tempestuoso y lo incontenible, la pena primitiva se dirige con elemental violencia contra el delincuente, "el instinto natural de la venganza no conoce otra medida que la magnitud de la irritación y de la fuerza de acción que se han reunido en el individuo, por ello representa la aniquilación del individuo, la total segregación de la comunidad jurídica, pero con la transformación de la comunidad de paz al Estado, la pena se conforma con el debilitamiento (en vez del aniquilamiento) de los bienes jurídicos de que es titular el delincuente. ⁵⁰

Por su parte, Feuerbach opina que el fin del Estado es la convivencia de los hombres conforme a las leyes

⁵⁰ Ob. Cit. pág. 86-88

jurídicas y como las violaciones jurídicas, están en contra de este fin, el Estado posee entonces autoridad para impedirlos e incluso está obligado a ello, pero esta misión sólo puede realizarla mediante la coacción (física y psicológica), o sea la imposición de la pena, por tanto a ésta la conceptualiza como un mal conminado e impuesto por la ley.

Para Feuerbach la necesidad de la pena, entendiéndola como su justificación, se funda precisamente en la necesidad de la reciproca libertad de todos mediante la anulación de los impulsos sensibles a la violación del derecho.³¹

II.4 LOS PRINCIPIOS DE LAS PENAS.

Los principios de la pena son: el de necesidad, el de justicia, el de prontitud y el de utilidad; de necesidad porque el Estado debe estar plenamente seguro de que la pena debe ser necesaria para los fines que se propone, pues si no lo es no debe aplicarse; de justicia

³¹ Cuello Calón... Pág. 46

debido a que la pena debe ser justa en cuanto a su proporción, en dos aspectos: primero, en relación a la fijación hecha por el legislador, puesto que éste debe ser justo al establecer la proporción entre el delito y la pena, y segundo, en lo referente a la persona del que es juzgado, porque al imponerla deberá hacerlo con el más recto criterio de que la pena impuesta al delincuente es la más justa y es la que merece; asimismo, la pena debe ser pronta, lo que significa que cuando se imponga una pena debe ser lo más pronto posible al momento en que se cometa el delito, en relación a eso dice César de Beccaria "La pena será tanto más justa y útil cuando sea más pronta y más vecina al delito cometido. Digo más justa, porque ahorra al reo los tormentos inútiles y fieros de la incertidumbre que crecen con el rigor de la imaginación y el sentimiento de la debilidad propia; decimos más justa, porque siendo la privación de la libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino cuando la necesidad lo pide", y de utilidad porque de la aplicación de una pena, tanto el Estado como la sociedad obtienen un beneficio, que es el bien de la comunidad, el restablecimiento del orden jurídico, y la consecución de

sus fines: la retribución y la prevención.³² De lo que nos ocuparemos más profundamente en líneas posteriores.

II.5 LAS CARACTERISTICAS DE LAS PENAS.

Entre las características de las penas encontramos que las mismas son: a) para que sea intimidatoria, debe ser aflictiva; b) para que sea ejemplar, debe ser pública (no precisamente el momento de la ejecución, sino que sea del conocimiento de los ciudadanos la efectividad de dicha ejecución); c) para que sea correctiva, deberán disponerse de medios de curación, de educación, de adaptación, para satisfacer el objetivo de la prevención especial; d) las eliminatorias se explican por sí mismas, la de muerte, la de prisión o de relegación prolongada o el destierro; e) para ser justa, debe ser humana, suficiente, remisible, reparable, personal, elástica para poder individualizarla, económica para que no implique grandes sacrificios al Estado, que respete el principio de igualdad y que se fijen varias para que de ellas se elija la más propia para cada caso.³³

³² Ramírez Delgado ...Págs. 30-40.

³³ Reynoso Dávila...pág. 10

Por otro lado cuentan con características como lo son las de: legalidad, públicas, jurisdiccionales, personalísimas, son castigo y sufrimiento, deben imponerse a post-delictum y son aplicables sólo a sujetos imputables.

Legalidad. Las penas tienen que estar señaladas y plenamente establecidas en la ley. En nuestro país lo anterior se aprecia claramente en el artículo 14 de la Constitución que señala: "No podrá imponerse pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate"; lo que obliga que al elaborarse las leyes secundarias en las que se señale algún delito con su respectiva pena, ésta tendrá que ser precisada y definida con toda exactitud. La característica de legalidad descansa en las siguientes afirmaciones: 1.- No se podrá castigar ningún delito con pena que no esté previamente establecida en la ley (Garantía Jurídica). 2.- No podrá aplicarse pena alguna sino en virtud de una sentencia firme (Garantía Judicial) y 3.- No podrá ejecutarse pena alguna, en otra forma que la prevista por la ley, ni en otra circunstancia

diferente a lo expresado en un texto. (Garantía Ejecutiva).

Públicas. En la actualidad porque sólo el Estado (Poder Público), puede fijarlas en la ley y sólo él puede ejecutarlas.

Jurisdiccionales. Que significa que solamente la autoridad judicial puede imponerlas y su fundamento lo encontramos en el artículo 21 Constitucional, que señala: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial".

Personalísimas. Porque las penas no pueden trascender más allá de la persona responsable de la conducta delictuosa, el fundamento constitucional lo encontramos en el artículo 22 que prohíbe las penas trascendentales. Aunque existe discusión en torno a lo que establece el artículo 32 del Código Penal respecto a la reparación del daño.

Son castigo y sufrimiento ya que las mismas se imponen para castigar y causar un sufrimiento en el

sentenciado. Esta característica ha sido motivo de diversas opiniones, pero debemos partir de que la palabra pena se deriva de su raíz latina "Poena" que significa castigo o sufrimiento y que surgieron con esa finalidad, aunque antiguamente se aplicaban con mucha crueldad, que es lo que en la actualidad no se puede aceptar, aunque no por eso se le puede quitar esta característica, porque como ya dijimos perdería su esencia, dejaría de ser pena.

Aplicación de las penas solamente post-delictum y a imputables. Porque las penas se deben aplicar a post-delictum y únicamente a sujetos imputables. Todo presunto responsable de un hecho delictuoso debe ser oído y vencido en juicio, por consecuencia, para imponer una pena al individuo, deberá ser procesado y si el juez lo encuentra culpable, le dictará una sentencia condenatoria en la que le fijará la pena a cumplir. Se recalca que la aplicación sólo es a imputables ya que implica el hecho de que siendo la pena un castigo para que sirva de escarmiento al responsable, es obvio que no se puede aplicar con esa intención al inimputable, pues éste, al no ser sujeto de derecho penal, no siente castigo y menos

se intimida; los destinatarios de las penas son invariablemente los imputables. ⁵⁴

II.6 EL CONCEPTO DE CULPABILIDAD

Para la imposición de una pena (consecuencia jurídico-penal del delito), además de la verificación de un hecho típico y antijurídico, hay que verificar la presencia de la culpabilidad, que es el elemento que va a determinar, por decirlo así, la cantidad de pena a que se ha hecho mercedor el sujeto activo.

Francisco Muñoz Conde, en su obra "Teoría del Delito", establece que actúa culpablemente quien comete un acto antijurídico, pudiendo actuar de un modo distinto, es decir conforme a derecho, se entiende como el reproche que se hace a una persona por haber podido actuar de modo distinto a como realmente lo hizo, el concepto tradicional de culpabilidad, según Rodríguez Devesa es que "actúa culpablemente el que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo proceder de otra manera a como

⁵⁴ Ramírez Delgado... 47-51

lo hizo", provocando con ello la afectación y el quebrantamiento del orden jurídico. ⁵⁵

Según Muñoz Conde, el concepto dialéctico de culpabilidad radica en que la misma no es un fenómeno individual, sino social, es característica que se le atribuye para imputársela a alguien como su autor y hacerle responder por ella, de ello deriva que el concepto de culpabilidad tiene un fundamento social antes que psicológico y es la culminación de todo un proceso de elaboración conceptual destinado a explicar por qué y para qué, en un momento histórico determinado, se recurre a un medio defensivo de la sociedad tan grave como la pena y en qué medida debe hacerse uso de ese medio.

El fundamento material de la culpabilidad, según dicho autor, debe buscarse en la función motivadora de la norma penal, partiendo de la idea que la norma penal se dirige a individuos capaces de motivar su comportamiento por los mandamientos normativos, lo importante no es que el individuo pueda elegir entre varios haceres posibles (no exigibilidad de otra conducta), lo importante es que

⁵⁵ Muñoz Conde, Francisco. Teoría General del Delito. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. Págs. 125-126

la norma penal le motive con sus mandatos y prohibiciones para que se abstenga de realizar ese hacer que la norma prohíbe y que repercute en una pena. ⁵⁶

La evolución cultural y de los conocimientos sociológicos, psicológicos y biológicos, han permitido fijar en la legislación criterios para determinar los casos en que a partir de un determinado grado de desarrollo biológico, psíquico y cultural es posible atribuir a un individuo el hecho típico y antijurídico y hacerle responsable del mismo, por tanto, el concepto de culpabilidad se encuentra en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes en condiciones de igualdad, en una vida en común, pacífica y justamente organizada; esa motivabilidad, que es la capacidad de reaccionar frente a las exigencias normativas, es la facultad humana fundamental que unida a otras como la inteligencia, permiten la atribución de una acción a un sujeto, y en consecuencia la exigencia de responsabilidad de la acción por él cometida. ⁵⁷

Los elementos específicos de la culpabilidad son:

⁵⁶ Ob. Cit. Págs. 130-133

⁵⁷ Ob. Cit. Pág. 133

a) La imputabilidad o capacidad de culpabilidad, en este término se incluyen aquellos supuestos que se refieren a la madurez psíquica y a la capacidad del sujeto para motivarse.

b) El conocimiento de la antijuricidad del hecho cometido, la norma penal sólo puede motivar al individuo en la medida en que éste pueda conocer, a grandes rasgos, el contenido de sus prohibiciones.

c) La exigibilidad de un comportamiento distinto, ya que normalmente el Derecho exige la realización de comportamientos no imposibles.⁵⁸

Dado que la concepción y conciencia del Derecho le es congénita al hombre, y a esa conciencia le es congénita la idea de que cuando un individuo viola el derecho de su semejante, como consecuencia de tal acción, se le debe infligir un castigo.⁵⁹

Por su parte Hans Welzel afirma que la pena es privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a la ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal. De

⁵⁸ Ob. Cit. Pág. 134 y 135

⁵⁹ Reynoso Dávila...pág. 8

igual manera, apunta que el fundamento real de la pena estatal, o sea su justificación, radica en su indispensabilidad para mantener el orden de la comunidad. Por eso, la realidad de la pena estatal se puede fundamentar sólo relativamente, vale decir, en lo referente a su necesidad, para la existencia del orden de la comunidad. Lo anterior explica la necesidad de adoptar una medida, la pena, que sirva para reafirmar la inevitabilidad del Derecho, demostrando al reo y a todos los asociados que no se traspasan impunemente los límites trazados por la norma penal y que a toda actitud antisocial le sigue inexorablemente un grave sacrificio que el reo se ve obligado a soportar, un mal, un sufrimiento que se contrapone al mal realizado y al sufrimiento inferido, ésta es su naturaleza. Dentro de esta concepción, la pena se considera siempre como consecuencia o reacción del orden jurídico violado, pero se le pone netamente en contacto con la naturaleza de los intereses que la infracción ha violado. Dada la naturaleza de los intereses, que se elevan a la categoría de valores, no hay otro modo de reaccionar sino es con la pena. ⁶⁰

⁶⁰ Hans Welzel...págs. 326-328

CAPITULO TERCERO. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD COMO INSTRUMENTOS DE REACCION DEL DERECHO PENAL.

III.1 LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD, SU SURGIMIENTO

Las medidas de seguridad irrumpen con fuerza en el mundo del Derecho Penal a principios del presente siglo, después de haber sido concebidas por Carlos Stoss en 1893, (aunque se dice que en el Derecho Romano ya se mandaba a los locos al sanatorio), surgiendo desde entonces la necesidad de conocer la diferencia entre pena y medida de seguridad, al respecto el penalista argentino Righi dijo que "La incorporación de las medidas de seguridad a los sistemas de reacciones penales fue consecuencia de la lucha de escuelas y de las soluciones de compromiso emergentes de la confrontación entre los defensores de las teorías absolutas y los partidarios de la prevención especial. Partiendo del supuesto de que las medidas de seguridad eran preventivas y no represivas y que estaban destinadas a solucionar exigencias político-criminales no resueltas por las penas, es decir que fueron presentadas como destinadas a eliminar o paliar

situaciones a cuyo respecto la pena no era eficaz como consecuencia de sus propias limitaciones, derivadas de presupuestos sistematizados por una dogmática elaborada en el marco teórico y legislativo proporcionado por las teorías absolutas".⁶¹

Carlos Stoss al incorporar al Código Penal Suizo las denominadas "Medidas de Seguridad", las consideró junto con las penas y como un complemento de las mismas, como un nuevo y eficaz medio de defensa social en la lucha contra el delito, desafortunadamente se afirma que en la mayoría de los países no se comprendió la propuesta de Stoss, y la medidas de seguridad no pasaron de ser adornos en el título respectivo de las leyes penales, tal y como sucedió en México desde 1931 cuando entró en vigencia el actual Código Penal y que a más de sesenta años de distancia todavía no se nos explica cuáles son las penas y cuáles son las medidas de seguridad.⁶²

⁶¹ Ramírez Delgado...págs. 6-7

⁶² Ob. Cit...págs. XI y XII

III.2 LA JUSTIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

De acuerdo a los postulados de Jescheck hemos dicho que el Derecho Penal para cumplir con su misión, cuenta con las penas y las medidas de seguridad como medios de reacción, pero la pena fijada en función de la culpabilidad no siempre puede ajustarse a la misión preventiva del Derecho Penal, pues muchas veces su duración no es suficiente para garantizar el éxito preventivo, o es necesario también un tratamiento pedagógico o terapéutico del delincuente, que por su naturaleza no puede realizarse durante el tiempo de cumplimiento de la condena, por consiguiente, la pena debe ser completada con medidas (de seguridad), las que sólo tienen la finalidad de combatir con vistas al futuro la peligrosidad del delincuente, que se refleja en el delito o en sus antecedentes, a través de intervenciones pedagógicas, terapéuticas o inocuizadoras. Con la doble vía (combinación de penas y medidas de seguridad) se impide que la pena se agrave con misiones preventivas que sólo podría cumplir con abandono del principio de culpabilidad, al mismo tiempo, se ofrece la posibilidad de realizar el tratamiento preventivo del delincuente

peligroso con medios médicos o socio-terapéuticos, de los que no se dispone normalmente durante el periodo de cumplimiento de la pena, ya que este periodo se tiene que adaptar a los casos más frecuentes. ⁶³

Debido a esa necesidad de prevenir más eficazmente la aparición de la criminalidad, el Derecho Penal moderno se sirve tanto de la pena basada en la culpabilidad, como de las medidas ajustadas a la peligrosidad, este es el conocido "Sistema de la Doble Vía"; sabemos que las medidas no son ajenas a la esencia del Derecho Penal, sino que encajan bien en su seno: presuponen siempre la presencia de un hecho como complemento de una pena y se inflingen a través de una pena judicial y en base a un proceso judicial rodeado de todas las garantías jurídicas. ⁶⁴

⁶³ Jescheck...pág. 113

⁶⁴ Idem

III.3 LOS SISTEMAS MONISTA, DUALISTA Y VICARIAL O SUSTITUTIVO

Los tratadistas hablan de tres sistemas para poder concebir la incorporación de las medidas de seguridad a los sistemas de reacciones penales: El Sistema Dualista, el Sistema Monista y el Sistema Vicarial o Sustitutivo.

El Sistema Monista trata de dar una respuesta unitaria a la cuestión de las relaciones entre las penas y las medidas de seguridad, pues propugna la aplicación de una de ellas únicamente (monismo) pero en ningún caso las dos, ya que no hay diferencias marcadas entre unas y otras, sino más bien similitudes, ambas presuponen un delito, poseen un carácter jurisdiccional, tienen la particularidad de ser aflictivas porque en ambas se priva de la libertad al responsable, y tienen el mismo fin, que es la defensa de la sociedad. Por ello este sistema monista propone que se eliminen los conceptos de penas y medidas de seguridad y se use uno común: el de sanción.

El Sistema Dualista también se conoce como el de la Doble Vía y fue introducido por el propio Carlos Stoss al

insertar las medidas de seguridad a los códigos penales como medio para combatir los delitos al lado de las penas. El dualismo significa la existencia de dos vías, con las cuales, el juzgador deberá impartir justicia; una fundada en la culpabilidad del individuo (pena) y la otra en la peligrosidad (medida de seguridad), la primera es represiva, retributiva y determinada, pues a través de la represión pretende intimidar al sujeto para que no vuelva a delinquir; retributiva porque a través del castigo pretende que el individuo pague a la sociedad por el daño causado con su conducta delictuosa; determinada porque debe fijarse su duración, es decir, no puede ir más allá de lo fijado por la ley y por el juez. En cambio, como la medida de seguridad se funda en la peligrosidad criminal del sujeto, es preventiva, y consiste en un tratamiento para combatir o evitar que el individuo siga cometiendo delitos.

Entendiendo que si es un tratamiento, obviamente será indeterminado, pues sería ilógico que a su iniciación se pudiese fijar un tiempo determinado para

establecer la fecha en que el tratamiento debería terminar. ⁶⁵

En opinión de Jescheck, no hay nada que objetar contra el sistema de la doble vía, pues retribución de la culpabilidad y defensa ante el peligro son cosas distintas, aunque ambas son misiones legítimas del Derecho Penal, aunque acepta que las medidas también requieren de una justificación: las medidas no sólo tienen que ser útiles, sino que también deben pasar ante el foro de la justicia. Lo decisivo para ello debe ser la idea de que la libertad, garantizada por la Constitución a todo individuo, es una "libertad vinculada a la comunidad", por lo que quien no posee la capacidad de comportarse en la comunidad sin poner en peligro a otros, debe aceptar las necesarias restricciones a su libertad en interés de la seguridad de todos, evidenciándose que en caso de graves abusos pueden privarse derechos, que en sí se conceden a cualquiera (idea de la privación), por ejemplo, nadie puede exigir ejercer una determinada profesión o poder conducir un automóvil, si ha demostrado con la comisión de delitos

⁶⁵ Ramírez Delgado...págs. 7 y 8

relativos a estas actividades, que le faltan las condiciones psíquicas, técnicas o caracteriológicas necesarias para ello.

En las medidas de naturaleza tutelar (internamiento en un hospital psiquiátrico o en un centro de deshabitación), su justificación interna radica en la misión del Estado de proporcionar a personas con anomalías psíquicas o físicas, que son peligrosas criminalmente, un tratamiento médico, psicoterapéutico o preventivo, que mejore su estado, lo atenúe o por lo menos lo neutralice. Especialmente problemática es, en cambio, la justificación de la custodia de seguridad. Lo decisivo deber ser aquí la idea de la correlación entre la libertad interna y la externa. ⁶⁶

Únicamente puede pretender ejercer toda la libertad externa quien posee la libertad interna para dejarse regir por las normas indispensables de la vida comunitaria.

⁶⁶ Jescheck...pág. 116-117

En la legislación alemana, la regulación se establece en razón de la doble vía, con una fuerte orientación a la resocialización, por lo que las medidas privativas de libertad son el internamiento en un hospital psiquiátrico, el internamiento en un centro de deshabitación, el internamiento socioterapéutico y la custodia de seguridad. En la aplicación práctica de las medidas es de relevante importancia el principio de proporcionalidad, aunque su vigencia se deriva ya de la prohibición de imponer sanciones excesivas (características del Estado de Derecho). ⁶⁷

El Sistema Vicarial o Sustitutivo surgió del conflicto entre las posiciones o ideas de los anteriores sistemas, es la posición ecléctica o mixta entre ambas, este sistema vicarial, que debe su nombre precisamente al hecho de que sustituye a otro o hace sus veces, propone se aplique la medida de seguridad en primer lugar y que el tiempo de ejecución de la misma se tome en consideración para la duración de la pena, de ser necesario la aplicación de ésta, ya que si la autoridad considera que una vez cumplida la medida de seguridad ya

⁶⁷ Ob. Cit. 115

no es necesaria la pena, podría determinar que se suspenda la ejecución de la misma, habiéndose sustituido así la pena por la medida de seguridad. ⁶⁸

Este sistema se funda en las ideas del positivismo Ferriano, en el que por primera vez se llegaron a proponer los medios de defensa indirecta como instrumento de defensa social, denominándolos "Substitutos Penales", mismos que serían el origen a las medidas de seguridad y que surgen para sustituir a las penas, pero aún cuando parece ser que el sistema vicarial representa el futuro del Derecho Penal, existen críticas en torno al mismo, como la del Dr. Barreiro, quien explica: "Concede un excesivo arbitrio al juez en cuanto que puede decidir libremente acerca de la ejecución de la medida de seguridad, en detrimento de la certeza e igualdad. En esta dirección, destaca Marquardt las interrogantes que suscita la regulación del sistema vicarial: ¿Será obligatoria o facultativa la ejecución preferente de la medida de seguridad?, ¿Se computará obligatoria o facultativamente el tiempo de cumplimiento de la medida de seguridad al de la pena?. En segundo lugar, parecen

⁶⁸ Ramírez Delgado...pág. 9

difuminarse las diferencias entre la pena y la medida de seguridad en cuanto ambas sanciones parecen intercambiables; y por último, la práctica demuestra que el sistema vicarial es poco satisfactorio, como no podría ser de otra forma al ser solución de compromiso".⁶⁹

III.4 CRISIS DE LA DOBLE VIA

Al analizar el origen y la justificación de las medidas de seguridad, vimos que se presentan algunas dificultades en el sistema de la doble vía, sobre todo cuando se trata de medidas privativas de libertad similares a la pena ("Crisis de la Doble Vía"). Jescheck manifiesta que estas dificultades se observan, primera y especialmente en la custodia de seguridad, raramente aplicada; afirma que no se puede discutir que las medidas privativas de libertad anulan parcialmente la protección que el principio de culpabilidad concede al delincuente con la determinación del límite máximo de la pena, ya que no se basan en la culpabilidad, sino en la peligrosidad, haciendo posible intervenciones más gravosas y, por

⁶⁹ Ob. Cit. 9-10

tanto, más temidas que las penas de larga duración. El principio de proporcionalidad no representa por sí solo un contrapeso suficiente. Junto a él hay que exigir la determinación, lo más restringida posible, de los presupuestos de su aplicación, el paso uso de la praxis y la intensiva vigilancia de la evolución del condenado en el establecimiento con el fin de preparar su liberación.⁷⁰

La segunda dificultad con que se enfrentan las medidas privativas de libertad, que no se cumplen en una institución hospitalaria, sino en las condiciones de un centro carcelario (como la custodia de seguridad, el establecimiento socioterapéutico), es que no pueden tajantemente diferenciarse de las penas privativas de libertad, pues las condiciones bajo las que se convive encerrado son las mismas, esto es lo que se conoce como "Estafa de Etiquetas". Una solución que ayuda en gran medida es el sistema de intercambio entre pena y medida durante la ejecución, computándose el tiempo de duración de la medidas en el de la pena (sistema vicarial), y la

⁷⁰ Jescheck...pág. 116

posibilidad de que las medidas también puedan ser suspendidas a prueba. ⁷¹

Por ello los presupuestos de los que depende la imposición de las medidas deben configurarse en la ley de modo que sean conforme tanto con el fin, como con la razón de justificación de las medidas, por lo que para evitar abusos deben ser limitados del modo más preciso posible, y aproximarse tanto a la realidad que sólo comprendan los casos realmente específicos; es importantísimo distinguir respectivamente entre la naturaleza, número y gravedad de los delitos cometidos anteriormente por el delincuente, la naturaleza y gravedad de los hechos antijurídicos que puedan esperarse de él en el futuro y las características de su personalidad. ⁷²

Continúa diciendo Jescheck, que en todas las medidas desempeña un importante papel la posibilidad de pronosticar el comportamiento futuro del sujeto, pues una medida sólo está justificada cuando existe frente al delincuente una necesidad de protección para el futuro.

⁷¹ Ob. Cit. pág. 117

⁷² Ob. Cit. pág. 119

Mientras las penas privativas de libertad se vinculan a la culpabilidad del delincuente que se dió en el pasado, y por ello se determinan sus límites, las medidas privativas de libertad atienden a su peligrosidad en el futuro y por ello son de duración indeterminada.

En algunas medidas la indeterminación es absoluta, en otras relativas. De duración absolutamente indeterminada son el internamiento en un hospital psiquiátrico y la custodia de seguridad, por ejemplo si esta última se ha impuesto ya una vez. Existen plazos máximos para el internamiento en un centro de deshabitualización, indicando el autor que la legislación y en el procedimiento alemán, la Comisión de Ejecución de las Penas, en cualquier momento puede comprobar si puede suspenderse a prueba la ulterior ejecución de una medida que lleva aneja una privación de libertad, incluso está obligado a ello antes del transcurso de determinados plazos.

De esta manera debe conseguirse que la ejecución de las medidas privativas de libertad sólo dure el tiempo

Indispensablemente necesario para la protección de la comunidad y para las exigencias de un efecto resocializador en el condenado, ésta es la concepción alemana, según Jescheck. En contrapartida apreciamos la posición de la doctrina española, donde Muñoz Conde refiere en un comentario en la traducción de la obra de Jescheck, que el ordenamiento español también cuenta con una doble vía de reacción frente al delito: las penas y las medidas. Pero a diferencia de lo que sucede en el Derecho Alemán, las medidas se aplican, sobre todo y principalmente, a personas peligrosas socialmente, hayan o no cometido un hecho tipificado en la ley como delito; Muñoz Conde hace una crítica severa en relación a la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social del 4 de agosto de 1970 de España, ya que la mayoría de las medidas contenidas en la misma se refieren sobre todo a presupuestos de peligrosidad predelictual, no necesariamente referida a la probable comisión de delitos en el futuro, y hace de ellos objeto preferente de sus medidas que en nada se diferencian, por lo menos en lo que se refiere a su forma de ejecución, de las penas propiamente dichas y mucho menos de las medidas posdelictuales, estableciéndose así un sistema de control

social más amplio que el penal tradicional, desbordando los límites que constituyen las garantías de un Estado de Derecho.⁷³

Afirma Muñoz Conde que con esta situación se infringe el principio de legalidad, ya que el presupuesto de la reacción sancionatoria del Estado, no está constituido por la comisión de un injusto tipificado en la norma penal, sino por estados de peligrosidad social que ni siquiera van referidos a la comisión de delitos futuros, y que además, son sancionados con medidas que, materialmente, en nada se diferencian de las penas.

Igualmente se infringe el principio de intervención mínima cuando se utilizan medidas sancionatorias tan graves como las penas, para reprimir estados de peligrosidad no basados en la previa comisión de un delito (antedelictuales) y que, por lo tanto, no constituyen ataques graves a bienes jurídicos fundamentales.

⁷³ Ob. Cit. págs. 119-121

Al analizar Muñoz Conde la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de España, advierte, tanto en la teoría como en la práctica, una "perversión" del Derecho Penal y un abuso de poder del Estado. Ciertamente que la tarea de defensa de la sociedad y de una convivencia social pacífica y organizada pluralmente, no sólo incumbe al Derecho Penal, sino a todo el ordenamiento jurídico. Pero en esta tarea el Derecho Penal no es sólo un plus, sino también un alud frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Precisamente por su carácter de "ultima ratio" al Derecho Penal debe quedar reservada la tarea de reaccionar frente a los comportamientos más intolerantes de desprecio a las normas fundamentales que rigen la convivencia, reaccionando frente a ellos con los medios más graves e importantes de que dispone el ordenamiento jurídico, bien sean penas, bien sean medidas. Siendo categórico al afirmar que el presupuesto de esta reacción sólo puede constituirlo la comisión de un hecho típico y antijurídico, es decir, la realización de un comportamiento prohibido y conminado con una pena (sanción) en la ley penal. ⁷⁴

⁷⁴ Ob. Cit. págs. 120-121

De la anterior crítica se desprende que la doctrina española se cuestiona sobre qué sentido tiene el distinguir entre las penas y las medidas, ya que según el artículo 25 de la Constitución Española se aprecia que "las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados", mientras que el artículo 1º de la Ley General Penitenciaria dice práctica y esencialmente lo mismo: "las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tiene como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad", el cuestionamiento se centra en el hecho de que ambas, en la práctica, tienen la misma finalidad (sobre todo cuando son privativas de libertad); en opinión del autor en comento, la equiparación del sistema de ejecución o de la finalidad de la ejecución de las penas y medidas privativas de libertad debería conducir, en el fondo y consecuentemente, a un sistema monista que superase la aparente contradicción teórica entre pena y medida, entre culpabilidad y peligrosidad, entre retribución y prevención del delito. Sin embargo, no siempre ocurre

esto y ello produce consecuencias injustas difíciles de evitar, porque el punto de partida sigue siendo un sistema dualista, como se ve, porque la pena adecuada a la culpabilidad puede ser insuficiente para cumplir las funciones preventivas, general y especial, que tiene que cumplir el Derecho Penal. Piénsese, por ejemplo en unos abusos deshonestos cometidos por un psicópata sexual que tiene alterada su capacidad de culpabilidad, pero no hasta el punto de poder ser declarado plenamente inimputable, la pena que podría corresponderle en este caso sería la de unos meses de privación de libertad. Pero las necesidades preventivas, tanto de defensa de la sociedad, como de reeducación (si ello es posible) del delincuente, pueden exigir, por el contrario, la aplicación de una medida de internamiento por un periodo muy superior (de varios años). De acuerdo con el sistema dualista procedería en este caso, por tanto, la imposición conjunta de la pena (adecuada a la culpabilidad) y de la medida proporcional a la peligrosidad del delincuente, pero con ello se corre el peligro de que queden destruidas todas las garantías del Estado de Derecho y los principios de un Derecho Penal liberal, entendido en el mejor sentido de la palabra,

como decía Von Liszt, como "la infranqueable barrera de la Política Criminal". Con el sistema dualista, la sospecha del "fraude de etiquetas" se hace cada vez más evidente. ⁷⁵

La respuesta a estas interrogantes es necesaria y urgente, y debe hacerse conforme a los principios político-criminales que teóricamente forman el Derecho Penal de un estado social y democrático de Derecho. En un sistema político de este tipo, la misión del derecho Penal no puede ser otra que la protección de la sociedad empleando los medios más radicales de que el ordenamiento jurídico dispone, reprimiendo y previniendo los ataques más intolerables a los intereses más importantes de esa sociedad.

Muñoz Conde acepta que la medida posdelictual (basada en la peligrosidad) es distinta de la pena (basada en la culpabilidad) y asimismo es necesaria para cumplir con la misión del Derecho Penal, aunque debe tener ciertas limitaciones: primeramente, la medida es necesaria como sustitutivo de la pena en aquellos casos de autores inculpables que, sin embargo, son peligrosos,

⁷⁵ Ob. Cit. pág. 123

por ejemplo un enfermo mental peligroso con tendencias homicidas evidentes, su falta de culpabilidad no puede significar su puesta en libertad y la indefensión de la sociedad frente a él. Esta es justamente la necesidad que tiene la sociedad para disponer de medios de control y aseguramiento de personas; en este caso concreto correspondería el internamiento en un hospital psiquiátrico, con lo que se pretende la defensa de la sociedad y a su vez la curación del enfermo. Pero necesariamente esta doble finalidad debe estar limitada de algún modo y este límite está representado, en el ámbito de las medidas, por los principios de intervención mínima, de proporcionalidad, de legalidad y de judicialidad.

Conforme al principio de intervención mínima, la duración de la medida deberá ser la indispensable para eliminar la peligrosidad criminal del condenado; conforme al de proporcionalidad, la medida no podrá ser desproporcional a la peligrosidad criminal del sujeto, ni a la gravedad del delito cometido y de los que sean probables que aquél pueda cometer, esto impide que la duración de la medida sea superior a la pena que, en caso

de ser el sujeto culpable, le hubiera podido ser impuesta, por lo tanto es fundamental que la gravedad del delito cometido, más la gravedad de aquellos otros que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aún y muy a pesar de que la medida durante el tiempo que se aplicó no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos, y ese es un riesgo que la sociedad debe asumir, lo mismo que la reincidencia.

El tratadista en comento expone también que la medida puede ser impuesta juntamente con la pena en aquellos casos en los que junto a la culpabilidad se dá también la peligrosidad del autor del delito, situación en que debe hacerse caso a los principios ya señalados y además deberá darse preferencia al cumplimiento de la medida, abonando el tiempo de cumplimiento de ésta en el de la pena, por lo que cumplida la medida podrá suspenderse el resto de la pena que aún queda por cumplir si con ello se han cumplido ya los objetivos preventivos, defensistas y resocializadores que motivaron la imposición de la medida y la ejecución del resto de la pena pudiera ponerlos en peligro. Para Muñoz Conde este

sistema vicarial es el único compatible con la finalidad asignada a las penas y medidas privativas de libertad; en conclusión: la pena adecuada a la culpabilidad constituye el límite máximo de duración de la privación de libertad cuya ejecución se unifica (y sólo en casos excepcionales de gran peligrosidad comprobada respecto a delitos contra la vida, la integridad física y la libertad sexual, delincuentes habituales por tendencia, etc.) podría pensarse en rebasar este límite máximo, y aún así habría que fijarse un límite máximo que no podrá ser rebasado, por lo que sólo teniendo en cuenta estos principios pueden evitarse los inconvenientes y contradicciones del actual sistema dualista. ⁷⁶

III.5 PRINCIPIOS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Los principios de las medidas de seguridad, en atención a que contribuyen con la política criminal, tienen estrecha relación con los de las penas, por ello estos principios son que las medidas deben ser necesarias, justas y útiles. Las medidas sólo deben

⁷⁶ Ob. Cit. págs. 124-125

aplicarse cuando sean estrictamente necesarias, ante o postdelictum, para evitar conductas delictivas, deben fundarse en la razón, equidad e imparcialidad (principio de justicia), por ello la autoridad que las aplique debe tener conocimientos amplios y profundos sobre las mismas para que sean justas en razón de la persona, de su pretendida peligrosidad y de la conducta antisocial cometida, "sólo debe tener los justos grados de intensidad que basten para apartar del delito a los hombres"; y de acuerdo al último principio, la aplicación de las medidas debe ser útil tanto para el Estado (para prevenir el delito y combatir la criminalidad) como para quien las sufre (para rehabilitarlo o apartarlo de futuras acciones delictuosas).⁷⁷

III.6 CARACTERISTICAS DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Al igual que las penas, se aprecia que las características de las medidas de seguridad, son: la legalidad, en cuanto a la referencia hecha en la ley de su existencia y la plena y clara prescripción de

⁷⁷ Ramírez Delgado...154-155

autoridades y tribunales que hagan efectiva su aplicación y ejecución; pública porque sólo el Estado puede describirlas y ejecutarlas; jurisdiccionales, en relación a la anterior y porque cuando se trata de una medida postdelictual la autoridad judicial es quien la impone; personalísimas por la obviedad de que sólo pueda aplicarse a la persona que la merezca; indeterminada, esta característica es de las más importantes porque las medidas son verdaderos tratamientos, no castigos, por lo que se acepta que no se puedan fijar por un tiempo determinado o predeterminado, aunque tampoco esto significa que no se marque alguna duración, esta es la verdadera tarea de la autoridad ejecutora, pues tiene que vigilar perfecta y estrictamente su aplicación para evitar excesos inútiles o imprudencias en su aplicación. En razón de esto se ha fijado un límite máximo, aunque también puede excederse éste, pero sólo en casos muy especiales y que se hallen señalados específicamente en la ley; y por último, se afirma que las medidas son verdaderos tratamientos tendientes a lograr la prevención de conductas delictuosas, o bien, la rehabilitación del

antisocial, por ello significan una ayuda para evitar conductas delictuosas a futuro. ⁷⁸

III.7 EL CONCEPTO DE PELIGROSIDAD

Respecto del concepto de peligrosidad, que es la base para aplicar las medidas de seguridad, se afirma que el momento histórico del surgimiento de las primeras concepciones sobre la peligrosidad, como fundamento a las medidas de seguridad, corresponde a finales del siglo XIX y a principios del XX en Europa, cuando el sistema capitalista liberal alcanza el apogeo y comienza a manifestar situaciones de crisis que se traducen en sociales: la vagancia y la miseria, agravadas por el maquinismo y los movimientos de población creadores de grandes grupos que se concentraban en las urbes en busca de una mejor vida; es el mismo Estado Social, favorecedor de la iniciativa privada y de la libre competencia, el que ya no ofrecía oportunidad ni refugio suficiente al pobre o al inválido, a los que sólo le esperaba el asilo o la cárcel. ⁷⁹

⁷⁸ Ob. Cit. Págs. 152 a 154

⁷⁹ Ob. Cit. Pág. 147

Este desarrollo de un nuevo modelo económico-social agravó estas diferencias entre los que más tenían y aquellos que de todo carecían, situación que materializó sus efectos a nivel delincuencial, lo que motivaría una nueva forma de expresión jurídica, así el delito caracterizado a través de una norma legal, cuyo principio lo constituye la norma misma, busca su complemento en la expresión o concepto de peligrosidad social, transformando la pena como castigo al delito en una sanción preventiva para mantener un orden social que empezaba a sacudirse con los índices delincuenciales, pues el Estado justificaría su intervención aún antes de la comisión del delito (medidas predelictuales), por la razón de que el hombre vive en sociedad y ésta tiene el derecho y la necesidad de defenderse contra aquello que amenaza su tranquilidad, para lo cual se implementan estas nuevas formas de control social dirigidas a aquellos grupos de desarraigados cuya condición económica los hace manifestar un estado de proclividad al delito: peligrosidad social.⁸⁰

⁸⁰ Ob. Cit. págs. 147-148

Dada la trascendencia que en lo sucesivo significaría el calificativo de peligrosidad para determinadas personas, tomando en cuenta sus características biopsicosociales evidenciadoras de su presunta conducta antisocial, en el año de 1937, durante el IV Congreso Internacional de Derecho Penal, se acordó que el concepto de estado peligroso debía construirse con suficiente amplitud para facilitar la adaptación de las categorizaciones y medidas de seguridad a las necesidades sociales de cada país. ⁸¹

Tomás Sabater en su libro "Gamberros. Homosexuales, Vagos y Malvivientes", presenta las siguientes clasificaciones de personas que presuntamente pueden alcanzar un índice de peligrosidad y por consecuencia ser sujetos a una medida:

De acuerdo a la Unión Interamericana de Derecho Penal, en 1913:

- a) Reincidentes
- b) Alcohólicos
- c) Deficientes de toda clase

⁸¹ Ob. Cit. Págs. 148 y 149.

d) Mendigos y vagabundos.

Clasificación de Finkey:

a) Criminales profesionales y reincidentes especialistas.

b) Individuos de responsabilidad atenuada, en las que el estado patológico manifiesta una tendencia permanente al delito.

c) Vagos de oficio

d) Delincuentes bebedores habituales

e) Delincuentes menores de moral pervertida.

Clasificación de Garzón:

a) Reincidentes

b) Aquellos sujetos cuyas costumbres y maneras de vivir hacen presumir que cometerán crímenes o delitos.

c) Los que parecen tener una predisposición al crimen.

Clasificación de Jiménez de Asúa:

a) Enfermos mentales agitados

b) Menores abandonados y moralmente pervertidos

c) Mendigos y vagabundos habituales

- d) Bebedores habituales
- e) Prostitutas, proxenetas y rufianes
- f) Sujetos pertenecientes al hampa y a la mala vida.

Clasificaciones de las que se desprende como común denominador la presunción implícita de daño social, sea de tipo moral, físico o económico, independientemente de que la categoría se refiera a delincuentes o no delincuentes. Encontramos que en estas clasificaciones connotan anormalidades conductuales producidas por enfermedades o referidas a ciertos patrones sociales valorados conforme al criterio de ciertas clases sociales dominantes. Así, entre los primeros se incluyen a quienes padecen una enfermedad mental, deficientes de toda clase, o bien personas que por el consumo indiscriminado de tóxicos han adquirido esa deficiencia; en el segundo caso se comprenden aquellos considerados de "moral pervertida", como los viciosos, prostitutas, vagos, mendigos y bebedores habituales. ⁸²

⁸² Ob. Cit. Págs. 149 y 150.

Sabater afirma que "La función ideológica de la noción de peligrosidad social fue la de justificar los nuevos mecanismos de control social ocultando lo represivo en ellos, para así extenderlos a conductas consideradas como no delictivas y a sujetos sentenciados por delitos. Tipo y número de conductas abiertas a lo necesario ideológicamente de considerar como anormalidad individual, pero la justificación y preservación de un sistema histórico determinado. Siendo ésta la causa de que sea admitida: por una parte, la imprecisión como característica formal del discurso clasificador, ya que permite una multiplicidad de interpretaciones, de acuerdo a la variabilidad en el tiempo y en el espacio social de las prenociones, cuando se aplica la ley. Y por otra, una mayor precisión en algunas categorizaciones, mitificadas en lo peligroso atribuido, para deformar lo que realmente evidencia, es decir, los conflictos generados en el desarrollo de diversas formaciones sociales".⁸³

En este orden de ideas la noción de peligrosidad cumple la siguiente función ideológica justificativa: A

⁸³ Ob. Cit. págs. 150

través de su posibilidad de explicación legal en categorías de sujetos peligrosos, justifica, como ley, al orden socio-político imperante. ⁸⁴

Según Beristáin, la noción de peligrosidad social fue tomada de la criminología, por lo que afirma que dicho concepto no es jurídico, sino psicológico, y es utilizado por el Derecho Penal en el momento histórico-social en que se hizo necesario implementar nuevas formas de control social para la preservación de un sistema en crisis, y que su incorporación permitió justificar la nueva expresión jurídica (medidas de seguridad), dándoles una apariencia humanitaria y científica.

Para este autor la peligrosidad (delictual) es el conjunto de condiciones objetivas y subjetivas por las que una persona probablemente llegará a ser ulteriormente autora de un delito, con libertad en unos casos y sin ella en otra.

⁸⁴ Ob. Cit. Págs. 150 y 151.

Sobre este punto particular Cuello Calón dice que "en los últimos años se ha discutido ampliamente sobre la peligrosidad como fundamento de la reacción penal. En términos de gran amplitud suele considerarse como la posibilidad o la probabilidad existente en una persona de cometer un delito", y a su vez señala que existe una peligrosidad social diferente a la criminal, "se distingue una peligrosidad anterior al delito o peligrosidad social (vagos, mendigos, prostitutas, etc.), y la posterior al delito o peligrosidad criminal, que consiste en haber cometido un delito". Y esta última es la que interesa al Derecho Penal, pues cae por completo dentro de la órbita del derecho penal y tiene un efectivo influjo en las sanciones penales que son consecuencia del delito. ⁸⁵

Siendo que la peligrosidad social no es tomada en cuenta por el Derecho Penal ya que sale de su esfera, o mejor dicho no entra a ella, por lo que no será tomada en cuenta en el presente trabajo.

⁸⁵ Ob. Cit. pág. 151

Derivándose que las medidas de seguridad son ideas originarias de los impulsores de la Escuela Positiva Italiana, que desde su raíz criticaban al sistema penal de los clásicos, y establecía Ferri "que el positivismo no trata de prescindir de la pena, ni de la represión sino que considera todos estos momentos innecesarios. Los criterios de la prevención son distintos que los criterios de la represión, pero esta distinción no quiere decir separación. Hay una necesidad práctica, apoyada en la lógica y en la teoría, de reunir en un sistema todos los diferentes medios de defensa de que la sociedad puede disponer contra las acciones antijurídicas. La Escuela Positiva no quiere separarlos, sino coordinarlos en un todo orgánico para que concurran a la defensa de la sociedad contra el delito". ⁸⁶

Con lo anterior planteaba Ferri que para los positivistas era importante la pena, pero además deberían existir otros medios, no tanto para castigar al delincuente, sino para aplicarle un tratamiento y reintegrarlo a la sociedad, al mismo tiempo que se combatía el delito de una manera preventiva, éste es su

⁸⁶ Beristáin, Antonio. Medidas Penales en Derecho Contemporáneo. 2da. edición. Editorial Rius S.A., España, 1978. pág. 45

fin. De esta idea se derivaron los substitutivos penales entendidos como los primeros y principales medios de la función social del orden, a la que las penas servirían todavía, pero en forma del todo secundarias, es decir que la disminución de los crímenes, lejos de ser un producto de las penas, (consideradas ineficaces) sería prevalente de la aplicación de especiales medidas, que son entonces verdaderos substitutos de las penas. ⁸⁷ Se colige de todo lo anterior que para los positivistas las medidas de seguridad representan no sólo un complemento de las penas, sino que por el contrario, por considerar a las penas ineficaces, las medidas de seguridad surgen como el eje que le brinda la oportunidad de combatir la delincuencia, y las cuales se ven apoyadas por la penas.

En consecuencia, las medidas de seguridad aparecen destinadas a eliminar o paliar situaciones a cuyo respecto la pena no era eficaz como consecuencia de sus propias limitaciones que le había venido imponiendo la evolución social.

⁸⁷ Ramírez Delgado... Pág. 44

III.8 CRITICA A LA APLICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

En abierta contraposición a la afirmación de que las medidas de seguridad son una conquista del Derecho Penal, Jiménez de Asúa siempre consideró y situó a la peligrosidad (en que se basa su aplicación), al lado de la analogía y de la sentencia indeterminada, como los tres institutos que más directamente podrían hacer peligrar los derechos del hombre o bien el derecho penal liberal.

Tenemos que dicho autor esgrime que lo inexacto y ambiguo del concepto para describir qué debe entenderse para efectos penales por peligrosidad, es lo que motiva su rechazo y sobre el cual gira la existencia y vigencia de las medidas de seguridad.

Sobre este tópico Jescheck acepta que lo peligroso del uso de las medidas reside en la desvinculación del principio de culpabilidad, en sus presupuestos excesivamente amplios, en la aproximación de la ejecución de las medidas privativas de seguridad a la de las penas de la misma clase, en la inseguridad de los juicios de prognosis y en la indeterminación de su duración. ⁸⁸

⁸⁸ Jescheck... pág. 8

CAPITULO CUARTO. DISTINCION ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

IV.1 DIFERENCIAS ENTRE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Ahora bien, convenimos en que la lucha contra el mal del delito seria ineficaz si tuviera que limitarse a castigar los delitos ya realizados, sin ponerles algún freno a los futuros. El haber colocado en primera línea el problema de la prevención, es un mérito de las doctrinas formadas a influjo del iluminismo. Las preocupaciones humanitarias y el reconcepto utilitario, en el acto mismo que los lleva a suavizar la severidad de las penas, aconsejaban poner diques de otro género al desbordamiento de los delitos. De aquí la célebre fórmula de César de Beccaria de que "es mejor prevenir los delitos que reprimirlos".

Santiago Mir Puig manifiesta que la diferencia existente entre retribucionismo y prevencionismo no se refiere al concepto de pena, sino a la función y legitimación de ésta, no mira a lo que es una pena, sino a lo que sirve y justifica su ejercicio. El concepto de

pena está por encima de esta polémica doctrinal. Nadie puede negar que la pena es un mal que se impone como consecuencia de un delito. La pena es sin duda un castigo. Aquí no valen eufemismos, y también la teoría preventiva debe empezar por reconocer el carácter de castigo de la pena. Ahora bien, una cosa es lo que sea la pena y otra distinta cuál sea su función y lo que legitima su ejercicio. En lo segundo se contraponen las concepciones retributiva y preventiva. ”

Juan del Rosal sostiene que represión y prevención, han sido especies de pernos sobre los que gira el combate contra la delincuencia, y que se ha querido radicalizar la una o la otra, atribuyendo sólo una de las funciones, cuando de antiguo ya se entrevió en su plenitud los dos aspectos como inescindibles de toda buena política criminal.

Ni la represión ni la prevención son patrimonio de una ideología penal, sino que, obedientes al entramado que constituye la decisión delictiva, son tan sólo dos aspectos de un mismo problema, presente, por tanto, en la

” Ob. Cit. pág. 6

intelección de cualquier ordenamiento punitivo vigente, con lo que predomina el binarismo, penas y medidas afines.

Por lo que hace a la represión, con que se identifica la naturaleza de la pena, ésta se dirige contra un hecho realizado y se determina la pena en atención fundamentalmente a la culpabilidad del autor. Por tanto, domina aquí: Dogma del acto y el principio de la pena concretada por el reproche del hecho realizado. Tanto en la perfilación abstracta, estampada por el legislador en el llamado momento legislativo, cuanto en el instante de realización del precepto, o sea en el momento de la individualización o aplicación judicial.

La prevención, referidas a las medidas de seguridad, entraña la puesta en práctica de una medida ante o post-delictual, referida a la mayor o menor peligrosidad del delincuente o simplemente del individuo. En consecuencia, rige: Dogma de persona e imposición de la sanción dependiente de la temibilidad del particular. ⁹⁰

⁹⁰ Reynoso Dávila...pág. 17

De lo anterior encontramos que las penas se aplican de acuerdo a la culpabilidad del sujeto, las medidas de seguridad se aplican de acuerdo al grado de peligrosidad manifestado por el individuo en su conducta antisocial.

Otra diferencia entre la pena y la medida de seguridad, es que a las penas se les atribuye un sentido expiatorio (expiar-reparar un crimen o culpa por medio del castigo o sacrificio), y a las medidas de seguridad tienen un sentido meramente preventivo (sin sufrimiento).⁹¹

Entre la pena y la medida de seguridad existen otras diferencias fundamentales que hacen posible su identificación, estableciéndose:

La pena se impone tomando en cuenta la gravedad del delito cometido; la medida de seguridad se aplica en atención a la peligrosidad (proclividad) del delincuente, revelada por sus condiciones personales más que por el hecho perpetrado.

La pena se aplica a los individuos que son imputables penalmente; la medida de seguridad rige

⁹¹ Ramírez Delgado...pág. 7

generalmente para los sujetos que son penalmente inimputables, (aunque también se aplica a delincuentes imputables).

La pena importa un sufrimiento y una amenaza, mientras que la medida de seguridad no tiene por objeto causar sufrimiento, sino que persigue fines educativos, curativos o eliminatorios, y tampoco es una amenaza, pues se aplica a individuos incapaces de sentir la coacción psicológica de la pena.

La duración de la pena de la pena determinada de acuerdo a la gravedad del delito cometido; la medida de seguridad es indeterminada y su duración se prolonga hasta que cese la peligrosidad del agente. ⁹²

Como corolario de todo lo anterior apreciamos que casi todas las legislaciones penales del mundo tratan de manera diferente al autor de un delito cuando es un enfermo mental (declarándolo exento de responsabilidad, pero internándolo en un establecimiento psiquiátrico) que al que no lo es (al que se aplica sin más la pena

⁹² Chichizola, Mario I. La Individualización de la Pena. Editorial Avelado-Perrot. Buenos Aires. 1967. págs. 28-30

prevista para el delito cometido). Esta diversa forma de reaccionar frente al autor de un delito, cuando es un enfermo mental, menor de edad, etc., y frente al autor del mismo delito cuando no está en estas condiciones, permite pensar que junto al presupuesto común a ambas formas de reacción sancionatorias (el hecho típico y antijurídico) deben darse otros elementos que justifiquen la elección entre una u otra forma de reacción. Al conjunto de condiciones que justifican la imposición de una pena al autor de un hecho típico y antijurídico se le llama culpabilidad; al de las que justifican la imposición de una medida, peligrosidad. Culpabilidad y peligrosidad son, pues, los dos puntos de conexión del sistema de reacción estatal frente a la comisión de un hecho típico y antijurídico. El hecho típico y antijurídico de un autor inculpable, pero peligroso dará lugar a la imposición de una medida.

La más elemental lógica nos indica que no podemos someter a todos los delincuentes a un tipo uniforme de sanción, sin hacer distinciones entre el hombre sano de la mente y el enajenamiento, entre el adulto y el menor de edad, entre el delincuente primario y el habitual,

etc., aunque de todos modos haya cometido un delito igual. La doctrina dominante y la mayoría de las legislaciones mantienen la diferenciación entre penas y medidas de seguridad como una consecuencia lógica de la distinción entre delincuentes imputables y delincuentes inimputables.

IV.2 TEORIAS QUE PRETENDEN JUSTIFICAR A LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Hondas discrepancias se han producido entre quienes han pretendido explicar la naturaleza y justificación de la pena. Las opiniones emitidas sobre el particular son innumerables, identificando algunos principios en torno a los cuales han girado y en virtud de los cuales es dable distinguirlas en la siguiente forma:

a) Las Teorías Absolutas: Fundan la razón de la pena en el hecho realizado ("punitur quia peccatum"), la represión, en las exigencias de la justicia absoluta. El delito es un mal causado y su autor debe ser sometido a la expiación de ese mal. La omisión del castigo

importaría una injusticia. En estas teorías la pena carece de toda finalidad práctica y no sería posible atribuírsela, porque si el mal merece el mal y el bien merece el bien, ningún otro fundamento legítimo puede reconocer el derecho de reprimir.

Las Teorías Absolutas consideran a la pena como una consecuencia necesaria e ineludible del delito, ya sea porque debe ser reparado, o porque deba ser retribuido; como el efecto a la causa. No se le consideran fines utilitarios o de otra naturaleza, sino que la razón está en el delito cometido. Según Kant (Tesis de la Retribución Moral), la pena nunca debe aplicarse para lograr otro bien, ni para la sociedad, ni para el delincuente "la justicia deja de serlo cuando se acuerda por un precio cualquiera", aunque éste sea el de mayor utilidad. ”

Según Carlos Binding, ante el delito, el Estado solamente puede exigir de su autor una satisfacción del daño irremediable que ha causado. Si ha hecho lo que el Derecho no quería, debe sufrir lo que el Derecho le

” Reynoso Dávila...págs. 11-12

impone y que él no quiere. La pena no cura el mal, sólo es coacción contra el culpable, que ha puesto frente a la ley la cuestión de su impotencia. Por eso la ley responde sometiéndolo a su imperio; ése es el único medio para reafirmar el poder del Derecho. La pena no es venganza, aún cuando debe ser necesariamente un mal desde el punto de vista del delincuente. El Estado adopta la pena como una arma necesaria para afirmar el Derecho; no tiene por fin hacer un mal y, por eso, renuncia a la pena cuando la juzga superflua.

Para los partidarios de esta teoría la admisibilidad de la pena preventivo-general es harto problemática; la garantía de la dignidad humana prohíbe utilizar al hombre, a través de una pena, como medio para los fines de otros hombres. El interés público en la evitación de los delitos no basta para justificar, respecto del afectado, lo que la pena a él ocasiona. Agudamente se alega: ¿cómo puede justificarse el que se castigue al individuo no en consideración a él mismo, sino en consideración a otros?, es difícil comprender cómo puede

ser justo que se imponga un mal a alguien, para que otros omitan un mal. ⁸⁴

En la Tesis de la Retribución Jurídica, Hegel en forma dialéctica funda la retribución de la pena en el hecho de que hay dos negaciones en pugna: el delito, negación del Derecho, y la pena, negación del delito. La pena es, pues, la negación de una negación y el mal de ella debe ser igual, en valor, al mal del hecho punible.⁸⁵

b) Las Teorías Relativas, encuentran la razón de la pena en el fin de impedir futuros delitos ("Upunitur ne peccetur"). Estas teorías a su vez se agrupan en:

1.- La Teoría de la Prevención General. Feuerbach considera que el interés fundamental del Estado es que no ocurran violaciones del Derecho; ése es su fin específico, por lo que es preciso disponer de instituciones que prevengan en general los delitos mediante la coacción psíquica anterior al delito. La fuerza que lleva a los hombres a delinquir es de

⁸⁴ Ob. Cit. págs. 17-18

⁸⁵ Idem

naturaleza psíquica: sus pasiones, apetitos y esos impulsos ilícitos pueden contrarrestarse haciendo que todos sepan que a su hecho le seguirá, inevitablemente, un mal mayor que el que deriva de la insatisfacción del impulso de cometer el hecho.

2.- Teorías de la Prevención Especial, o Teorías de la Enmienda, llamadas también Correccionalistas; tienden a evitar que el delincuente reincida, procurando su arrepentimiento. Según Roeder, el delincuente necesita, para su convivencia en el mundo social, una especie de reeducación, y ésta se la debe suministrar la pena y este tratamiento de reforma del delincuente tiene como propósito que queden anuladas en él las tendencias que le llevaron a cometer el delito. ⁹⁶

José F. Aigibay Molina manifiesta que dentro de las teorías relativas no se trata de considerar al hombre como un medio, ni de degradarlo por esa vía, como críticamente se sostuvo por los partidarios de las teorías absolutas morales, valiéndose en su argumentación de la conocida sentencia fariseaica sintetizada en la afirmación de que era necesaria la muerte de un hombre

⁹⁶ Ob. Cit. págs. 15-16

para que se salvaran los demás, por cuanto que de ese modo se usaba al hombre como medio, pero se sumergía a la justicia. No se trata de usar al hombre como medio, sino a la institución "pena" como instrumento para que un hombre no vuelva a cometer un delito y que los demás no lleguen a él. Es decir, la pena deja de ser un fin en sí mismo para tener un fin por alcanzar. Beccaria, siguiendo la teoría contractualista de Rousseau, sostiene que la pena no persigue atormentar o afligir al hombre, ni tampoco destruir como realidad a un delito ya cometido, sino impedir que en el futuro el mismo sujeto (u otros) cometan nuevos delitos;⁹⁷ y

c) Las Teorías Mixtas o Eclécticas, que reconocen que la pena es consecuencia del delito cometido, sin embargo, le asignan el fin de impedir futuros delitos. Intentan una conciliación: la justicia absoluta es siempre el fundamento de la pena, pero ésta debe tener una finalidad. Reconocen que al lado de la necesidad debe considerarse la utilidad.

Según Carrara, lo que hace legítima a la autoridad, es la necesidad de que el Derecho sea defendido, concepto

⁹⁷ Ob. Cit. 12-13

que no debe confundirse con la defensa social, pues la sociedad no tiene una razón de ser en si misma, sino que es un instrumento necesario de la ley moral. Esta teoría hace converger en su seno principios absolutos que no obstan a los de corte utilitario o relativista; de su conjunción extraen conclusiones que crean un todo armónico que justifica su funcionamiento. Se admite la existencia de una ley del orden de tipo moral, que puede serlo ya de origen divino o de otra procedencia superior: el observarla significa ser virtuoso, y observarla en cuanto se refleja en la sociedad, es ser justo. Quien la viola, debe expiar su falta y esto sólo puede hacerse sufriendo la pena. Según Carrara, la pena es el instrumento de la tutela jurídica.⁹⁸

Según Antolisei, todas las teorías, no obstante la aparente gran variedad, se mueven alrededor de tres ideas fundamentales: la retribución, la intimidación y la enmienda.

⁹⁸ Idem

IV.3 EL CONCEPTO DE RETRIBUCION

De acuerdo a los postulados de Jescheck, las dos ideas básicas a través de las que puede descubrirse el sentido o fin de la pena, son: retribución y prevención, porque, o la pena mira al pasado (delito ya cometido) y trata de conseguir con la imposición de ese mal, una reparación de la infracción realizada; o mira al futuro (al peligro de que se cometan nuevos delitos por el mismo delincuente o por otros) y quiere intervenir sobre el delincuente y sobre la comunidad para evitar futuros hechos punibles. Como ya hemos dicho, para este autor el punto de referencia de la retribución es la culpabilidad, y el de la prevención la peligrosidad que radica en la persona del delincuente, y en un sentido más amplio, en la disposición constitucional de toda persona a cometer acciones punibles. Aunque establece que también existe la posibilidad de unir retribución con prevención, en este sentido la pena sirve para evitar acciones punibles en el futuro a través de la justa retribución de la infracción cometida culpablemente en el pasado. ”

” Jescheck...pág. 92

En la actualidad, según Jescheck, retribución quiere decir que la pena debe ser proporcional al injusto culpable de acuerdo con el principio de la justicia retributiva (quia peccatum est), por tanto afirma que este concepto no tiene nada que ver con la venganza, con oscuros sentimientos de odio o con reprimidos instintos agresivos de la sociedad; la retribución es un principio proporcional, de acuerdo a este principio, el delito cometido es causa y medida de la pena, a su vez, es la respuesta al delito y debe adaptarse al grado de injusto y de culpabilidad, o sea adecuarse a su naturaleza y gravedad (principio de culpabilidad). ¹⁰⁰

Para Jescheck la idea de retribución se apoya en tres presupuestos immanentes, el primero es la facultad del Estado de dar al culpable con la pena, aquello que se merece, y sólo puede justificarse si se reconoce la superioridad moral de la comunidad sobre el delincuente; el segundo, es que exista culpabilidad y que ésta pueda ser graduada de acuerdo con su gravedad; y el tercero, es que supone en principio que es posible concordar la gravedad de la culpabilidad y la magnitud de la pena, de

¹⁰⁰ Ob. Cit. págs. 92-93

tal forma que la condena se sienta como merecida, tanto por el autor como por la comunidad. ¹⁰¹

Jescheck afirma, lo mismo que Esther Díaz Arciniega, que retribución y la expiación son cosas distintas, debiéndolas distinguir, pues la expiación es una contribución personal y moral del condenado que le confirma la necesidad de la pena y le hace recuperar libertad moral. La expiación no puede ser forzada por la pena; no obstante debe posibilitarse por el Estado e incluirse como compromiso de la sociedad para que el autor con la aceptación de la pena se reconcilie con ella. ¹⁰²

La diferencia entre expiación y retribución es que: expiación pertenece al ámbito de lo moral en sentido estricto y también, sobre todo, al de la religión; mientras que retribución se refiere al campo del Derecho y está regida por los principios de justicia en sentido estricto, es decir, de justicia como valor que debe inspirar al Derecho.

¹⁰¹ Idem

¹⁰² Ob. Cit. pág. 93

La expiación es el remordimiento ante la propia conciencia, la pérdida de la paz íntima, el desorden interno del alma, el desasosiego interior. Y todo ello, lo mismo la responsabilidad ante Dios que la responsabilidad ante la propia conciencia, hállese relacionado con el cumplimiento del supremo destino de la persona humana, con la realización de la máxima misión de cada hombre en el mundo. La retribución constituye una medida objetiva de restauración del orden jurídico quebrantado, de restablecimiento, siquiera sea sólo simbólico, del desorden producido por la acción ilegal, de restitución de las cosas a su correcto estado, de compensación, si es que no material al menos ideal, del entuerto cometido.¹⁰³

Juan Del Rosal dice que la esencia de la pena radica en la retribución; mejor aún, es constitutivamente retributiva, si bien las incidencias de la vida punitiva han desvirtuado su pureza, puesto que las necesidades prácticas y la siempre viva función social desempeñada por la pena han dado al traste con la vieja categoría

¹⁰³ Reynoso Dávila...pág. 15

intelectual de la expiación en el riguroso sentido del vocablo. ¹⁰⁴

La pena, por esencia, no puede dejar de constituir un mal y perseguir un fin de expiación y retribución. Es un mal que se impone al delincuente por el culpable incumplimiento del Derecho. El mal de la pena que se impone al autor del delito, compensa la usurpación perpetrada contra el derecho ajeno. Por esto, toda pena es, por esencia, retribución, y debe corresponder y medirse por la culpabilidad del sujeto.

Por su parte Cuello Calón afirma que el sentido y fin atribuido a la pena por las distintas concepciones penales es muy diverso. En este punto predominan dos principios antagónicos: El de la expiación o retribución, que da a la pena un sentido de sufrimiento, de castigo impuesto en retribución del delito cometido (quia peccatum est), no aspira a fin alguno, es un puro acto de justicia, esta doctrina constituye la denominada Teoría Absoluta. El de la prevención, que aspira, como su nombre indica, a prevenir la comisión de nuevos delitos (ne

¹⁰⁴ Idem

peccetur), las doctrinas orientadas hacia este fin son las llamadas teorías relativas. Sin embargo, cierto número de criminalistas, secuaces de aquel principio, acogen también la idea de prevención, pues la pena-castigo ejerce una acción intimidatoria sobre las masas y así realiza de este modo una función preventiva. ¹⁰⁵

La pena es justa retribución del mal del delito proporcionada a la culpabilidad del reo. La idea de retribución exige que al mal del delito siga la aflicción de la pena para la reintegración del orden jurídico violado y el restablecimiento de la autoridad de la ley infringida. Como paradigma de justicia, la retribución es una idea universal firmemente arraigada en la conciencia colectiva que reclama el justo castigo del culpable, concepción altamente propicia a los intereses sociales, que conserva y vigoriza, en la masa del pueblo, el sentido de justicia y dá a la represión, un tono moral que la eleva y ennoblece. ¹⁰⁶

Cuello Calón es categórico al afirmar que la pena siempre es retribución. No importa que aspire a una

¹⁰⁵ Cuello Calón...pág. 691

¹⁰⁶ Ob. Cit. págs. 693-694

función de prevención general alejando del delito a los miembros de la colectividad por miedo al sufrimiento que inflige, o que se proponga la reforma del penado, no obstante estas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo. La retribución no es, como algunos la reprochan, una venganza encubierta, no aspira como éstas a obtener satisfacción por el agravio sufrido, sus fines son más amplios y elevados, mantener el orden y el equilibrio, que son fundamento de la vida moral y social, y protegerlos y restaurarlos en caso de ser quebrantados por el delito, aspiraciones que no son, como ciertas doctrinas sostienen, ideales y abstractas, sino reales y tangibles. ¹⁰⁷

Haciendo historia, el autor en cita comenta que la idea de retribución es la base fundamental de la pena en la doctrina de Aristóteles, aunque la intimidación no fue ajena por completo a sus concepciones penales, e incluso la corrección y la eliminación del culpable. Santo Tomás proclamó también su carácter de retribución como compensación del mal, pero asimismo la considera como

¹⁰⁷ Ob. Cit. pág. 694

medicina del culpable y como instrumento de intimidación. Esta fue, por influjo de la filosofía tomista, la postura penal de nuestros teólogos, en particular Castro y Suárez, y de cuantos que en los siglos XVI y XVII se ocuparon en nuestro país de los problemas penales, el sentido expiatorio y retributivo unido a la finalidad de prevenir delitos futuros mediante la intimidación. Al surgir nuevas ideas filosóficas en los siglos XVII y XVIII, la retribución pierde terreno, aún cuando la defiende Hugo Grocio, única a la corrección y a la intimidación, y Wolf que mediante ella aspira a la prevención del delito. Kant vuelve a darle nuevo relieve pero cae en el error de buscar su esencia en el talión.

108

El antagonismo entre las concepciones de la pena-castigo y la pena-prevención culmina en la orientación penológica anglosajona (Sutherland, Tannenbaum, Barnes, Teeters, Taft, Haynes, etc.) que abandona por completo la idea de retribución y de castigo, sustituyéndola por la de tratamiento, este tratamiento está basado en el estudio de la personalidad del delincuente y encaminado a

¹⁰⁸ Idem

su reforma, a la segregación de los no reformables y a la prevención del delito. ¹⁰⁹

En los años que siguieron a la Segunda Guerra Mundial ha surgido un nuevo movimiento científico en el campo penal, la llamada nueva defensa social. Bajo su nombre se agrupan múltiples orientaciones, de las que unas constituyen posiciones extremas, verdaderamente heterodoxas, mientras que otras mantienen principios más mesurados. Una de sus posturas de vanguardia la representa Gramática, el iniciador de esta nueva dirección, su concepción rechaza toda idea de represión penal, aspira de modo exclusivo a la resocialización de los sujetos antisociales, para los que, de modo análogo al derecho y a la pena sostenido por Roeder, proclaman un verdadero derecho a ser socializados, de aquí la completa eliminación de la pena como sufrimiento impuesto al delincuente. Otros sectores de la defensa social se alejan de esta audaz y demoledora doctrina y se limitan a orientar la represión penal en un sentido de tratamiento muy análogo al promulgado por los penólogos norteamericanos. Estos no postulan la supresión de la

¹⁰⁹ Ob. Cit. pág. 692

pena, cuya razón de existencia reconocen, si bien opinan que la noción de prevención general como concepto represivo ha sido aplicado en manera desmedida. ¹¹⁰

El iluminismo combate con ardor esta esencia de la pena, y es sustituida por doctrinas que la fundamentan en consideraciones de necesidad y utilidad y le asignan como fin la prevención de los delitos. En ellas se inspira Beccaria y también Romagnosi, que con un sentido defensorista mira en la pena el contraimpulso que combate el impulso criminal, invitando al delincuente para que no delinca en lo futuro. Pero la retribución vuelve a ganar terreno en la doctrina de la Escuela Clásica, Rossi y Carrara la colocan en primera línea y aún cuando es combatida por Carmignani, que partiendo de la idea de utilidad le señala un fin de protección de la humana convivencia juntamente con la finalidad preventiva, vuelve a dominar con Rosmini (que no propugna la defensa social en el sentido de la escuela positiva como han intentado demostrar los positivistas), con Mamiani Della Rovere y más tarde con Pessina que concibe como fin de la pena no la retribución moral, sino la retribución

¹¹⁰ Ob. Cit. pág. 693

jurídica. En Alemania Bernere, Binding y Merkel mantienen firmemente la idea de retribución. ¹¹¹

La difusión de las doctrinas de la escuela positiva campeona de la defensa social, quebrantaron fuertemente la idea retributiva. Por otra parte en Alemania Jhering con su doctrina finalista influye sobre Von Lizst que repudia y combate la pena retributiva y defiende y difunde la idea de la pena finalista, en la que pondera el sentido de prevención especial. ¹¹²

Sin embargo el concepto de expiación no muere. Resurge con fuerza inesperada en la doctrina del nacionalsocialismo inspirando la filosofía penal de algunos de sus penalistas más calificados (Gürtner, V. Gemmingen) aunque es dudoso que semejante retribución sea de la misma naturaleza que la defendida por la escuela clásica. Actualmente, la mayoría de los autores alemanes más conocidos asignan a la pena un sentido de retribución y de justicia. Para Welzel la pena se justifica como retribución según la medida de la culpa. V. Weber sostiene que la pena, como expiación, representa un

¹¹¹ Ob. Cit. pág. 694

¹¹² Ob. Cit. pág. 694 y 695

supuesto precio para la existencia de la comunidad, su límite es la idea de la justicia; según Maurach es retribución necesaria. En Italia Petrocelli, Bettiol, Maggiore, entre otros, defienden su esencia retributiva.¹¹³

La retribución se confunde con la venganza en las fases primitivas, puesto que aquella no se halla racionalmente limitada en preceptos. La evolución de la pena nos descubre los pliegues más íntimos de las reacciones que el hombre ha tenido frente al infractor. La retribución siempre se distingue de cualquiera otra reacción de índole emocional, vengativa, ya que se impone mal por mal de un modo proporcionado.

IV.4 EL CONCEPTO DE PREVENCIÓN

Pero la pena no puede quedarse en sólo retribución, ha de perseguir también fines de prevención, si queremos que sea útil a la defensa de la sociedad. Toda sociedad, desde los tiempos más remotos ha poseído un sistema de

¹¹³ Ob. Cit. pág. 695

penas, de carácter privado o público, con un sentido de venganza o protección de la comunidad o para reformar al culpable, ya sea con extrema dureza o con carácter humanitario. ¹¹⁴

El mismo Jescheck afirma que la idea de prevención conduce a conclusiones que en parte son opuestas a las de la retribución, puesto que desde un consecuente punto de vista preventivo, el problema de la culpabilidad puede permanecer, en el fondo, sin solución, pues lo único que interesa es la peligrosidad del autor y la disposición criminal latente en la comunidad. El Estado ataca la inclinación al delito con penas que, según su clase y gravedad, deben hacer posible una intervención enérgica sobre el condenado, en este orden de ideas el delincuente no recibe lo que merece por su culpabilidad, sino lo que necesita para su resocialización. Según la idea de la prevención la pena es un medio para prevenir futuros delitos ("ne peccetur"), por tanto el delito no es causa, sino motivo del castigo, evidenciando que la intervención del Estado es necesaria porque existen síntomas de un estado peligroso, por tanto, en este concepto no es la

¹¹⁴ Reynoso Dávila...pág. 16

gravedad de la culpabilidad la que determine la pena, sino la idea de prevención. ¹¹⁵

En el mismo orden de ideas, Jescheck también establece que en la retribución hay tres presupuestos inmanentes: el primero, la posibilidad de poder hacer, con la suficiente seguridad, un pronóstico del comportamiento humano futuro; el segundo es que la pena se adecúe a la peligrosidad con tal exactitud que pueda aparecer por lo menos como probable el resultado preventivo; y el tercero es que a través de los elementos de intimidación, corrección y seguridad que hay en la pena y especialmente a través de la labor sociopedagógica durante la ejecución de la pena, pueda ser combatida eficazmente la tendencia a la criminalidad que hay no sólo en jóvenes, sino también en adultos. Aunado a esto, el autor añade un ulterior factor en el que se unen retribución y prevención, ya que también la prevención necesita, para justificarse, la certeza de que el Estado está legitimado para adaptar, a través de la coacción penal, a los delinquentes peligrosos a las pautas rectoras dominantes de la sociedad. Con ello se supone

¹¹⁵ Jescheck...pág. 93-94

que estas pautas también tienen un valor moral y de este modo coinciden los puntos de partida de ambos sistemas en sus ideas fundamentales, en tanto que la resocialización signifique algo más que mera coacción a la obediencia externa. ¹¹⁶

Zaffaroni establece, respecto del objetivo del derecho penal, que se le suelen dar dos respuestas distintas, contrarias y excluyentes; para unos el derecho penal tiene por meta la seguridad jurídica, para otros, su objetivo es la protección de la sociedad o "defensa social"; para los partidarios de la seguridad jurídica, la pena tiene efecto principalmente sobre la comunidad jurídica general, es decir, para que los que no han delinquido no lo hagan, o sea que la pena se dirige a los que no han delinquido (prevención general); para los partidarios de la defensa social la pena tiene efecto sobre el delincuente para que no vuelva a delinquir, esto es, como prevención especial, entonces para éstos la pena se dirige a los que han delinquido. ¹¹⁷

¹¹⁶ Idem

¹¹⁷ Zaffaroni...Manual de Derecho Penal...pág. 47-48

En la actualidad entre las opiniones más generalizadas, la pena, entendida como prevención general, es retribución, en tanto que entendida como prevención especial, es reeducación y resocialización. La retribución devuelve al delincuente el mal que éste ha causado socialmente, en tanto que la reeducación y la resocialización le preparan para que no vuelva a reincidir en el delito, por lo que es común en nuestros días la afirmación de que el fin de la pena es la retribución y el fin de la ejecución de la pena es la resocialización.¹¹⁸

Este autor es determinante al afirmar que la pena no puede perseguir otro objetivo que no sea el que persigue la ley penal y el derecho penal en general: la seguridad jurídica. La pena debe proveer a la seguridad jurídica, pues su objetivo debe ser la prevención de futuras conductas delictivas. ¹¹⁹

Se afirma que la prevención de futuras conductas delictivas puede lograrse, o pretenderse, mediante la prevención general o la prevención especial; para unos,

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ Ob. Cit. 59

la prevención se realiza mediante la retribución ejemplarizante y es prevención general la que se dirige a todos los integrantes de la comunidad jurídica. Para otros, la prevención debe ser especial, procurando accionar la pena sobre el autor, para que aprenda a convivir sin realizar acciones que impidan o perturben la existencia ajena. ¹²⁰

Aunque también existen autores que no están de acuerdo con la idea de la prevención general, argumentando que el medio por el que se pretende lograr la prevención general es el ejemplo, ya que siguiendo la vía ejemplarizante se llegará a la represión intimidatoria y, por último, a la venganza; dicha crítica versa en el hecho de que la prevención general se funda en mecanismos inconcientes: el hombre respetuoso del derecho siente que ha reprimido conductas que otro no reprimió, que se ha privado de lo que otro no se privó, y experimenta, inconcientemente, como inútil el sacrificio de una privación que el otro no hizo. Refieren que inconscientemente quien se ha reprimido clama venganza, y de allí que el paso de la prevención general a la

¹²⁰ Ob. Cit. 59-60

vinganza nunca sea del todo claro y que la prevención general siempre encierre un contenido vindicativo. Para refrenar este contenido vindicativo se sostiene que la pena "justa" es la "retributiva", y por tal, dentro de esta línea debe concluirse en el talión: la pena debe importar la misma cantidad del mal que el delito (ojo por ojo y diente por diente). ¹²¹ La prevención general opera pues, basada en los mecanismos inconcientes de la multitud anónima, que son los mismos mecanismos con los que opera la "Ley Lynch". ¹²²

La prevención especial de la pena -coerción penal en el sentido estricto- es la alternativa frente al rechazo de la finalidad de prevención general, pero requiere la precisión de ciertos conceptos, porque el simple enunciado de "prevención especial" a secas, arrasaría con todos los derechos humanos. ¹²³

La función preventiva realizada por la sanción penal, cuando actúa sobre el penado, reformándolo y procurando su corrección y su readaptación social, se

¹²¹ Ob. Cit. 60

¹²² Ob. Cit. pág. 60-61

¹²³ Ob. Cit. pág. 63

denomina individual o especial, cuando se ejerce sobre la colectividad en general aspirando a alejar a todos del delito por temor a la pena, se llama prevención general.

Se usan indiscriminadamente vocablos como "reeducación", "resocialización", etc., para denominar a la prevención especial. En principio, la prevención especial no puede consistir en ningún impedimento físico, como la llamada "pena de muerte", las mutilaciones, los controles electrónicos, tampoco puede consistir en ninguna forma "reeducación" ni en un "tratamiento" que pretenda visualizar al hombre como un ser carenciado en sentido "moral" ni "médico". Dado que cada delito tiene un significado social diferente y que la criminalización es producto de un proceso selectivo, la prevención especial no puede ser rígida, sino que debe traducirse en una pluralidad de objetivos concretos que deben adecuarse a cada situación real. ¹²⁴

Socialmente cada criminalización es una forma de manifestar un conflicto y cada conflicto tiene particularidades propias. La prevención especial penal

¹²⁴ Idem

debe ser un medio práctico de resolver tales conflictos, pues toda rigidez apodíctica tiende a caer en la ficción y eludir el conflicto. La plasticidad de la prevención especial penal debe permitir una pluralidad de soluciones que posibilite seleccionar la medida más adecuada a las características del conflicto en la criminalización. En la legislación argentina se aprecia que la finalidad esencial de las penas privativas de libertad será "la reforma y la readaptación social de los condenados".¹²⁵

Podemos concluir, apoyándonos en las inferencias de José M. Rico, que las teorías absolutas son las que buscan el fundamento y fin de la pena tan sólo en la naturaleza íntima de la misma y no es un objetivo trascendente. Se castiga, quia peccatur est, porque se ha delinquido. La pena justa en sí, con independencia de la utilidad que de ella pueda derivarse: La sanción es pura y simplemente, la consecuencia jurídica del delito. Entre las teorías absolutas se pueden citar: La teoría de la retribución divina, la teoría de la retribución ética, la teoría de la retribución jurídica, y la teoría de la expiación. En síntesis se puede decir, que para estas

¹²⁵ Ob. Cit. 64-65

teorías, el fin de las penas es la retribución o expiación del delito cometido.

En cambio, las teorías relativas atribuyen a la pena un fin independiente, señalándose un objetivo político y utilitario. Se castiga, ut en peccetur, para que no se siga pecando, y la pena se impone porque es eficaz, teniendo en cuenta sus resultados probables y sus efectos.

Las teorías relativas pueden clasificarse en dos grupos: El más considerable es el que asigna a la pena el fin previsor de delitos futuros (teorías preventivas); el otro está formado por la doctrina que pretende como fin reparar las consecuencias dañosas del acto perpetrado (teorías reparadoras). Las teorías preventivas se dividen a su vez según lo que pretendan, en las de prevención general o en las de prevención especial. Las que persiguen la prevención general utilizan la pena en referencia a la colectividad: la pena debe tratar de impedir que los individuos, considerados en su conjunto, caigan en el delito mediante la intimidación de las sanciones contempladas en las leyes. Las Teorías que

pretenden el logro de la prevención especial emplean la pena como única referencia al delincuente que ha cometido el hecho punible, y la ejecución de la misma se concibe como medio idóneo para evitar que el infractor de la norma delinca de nuevo. Las teorías relativas más modernas, que se enuncian enseguida, señalan varios fines a la pena: Teorías de la Intimidación, Teorías de la Coacción Psíquica, Teorías de la Advertencia, Teorías de la Prevención (general y/o especial), Teorías de la Legítima Defensa del Estado y, Teorías de la Corrección.¹²⁶

Asimismo las teorías mixtas "Tratan de hermanar los dos puntos de vista de las teorías absolutas y relativas, asociando la justicia absoluta con el fin socialmente útil y el concepto de retribución con el "fin utilitaricio".¹²⁷

¹²⁶ Rico, José M. Las sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. 2da. edición. Editorial Siglo XXI. México. 1982. Págs. 10 y 11

¹²⁷ Ob. Cit. pág. 11

CAPITULO QUINTO. FINES DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD

V.1 FINES MEDIATOS E INMEDIATOS DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE
SEGURIDAD

Raúl. Zaffaroni afirma que la característica que distingue al Derecho Penal de las otras ramas es la coerción penal, ya que ésta es su principal peculiaridad, pues este derecho provee a la seguridad jurídica mediante la misma; a pesar de que la seguridad jurídica es un fenómeno complejo que presupone condiciones materiales, pero que en definitiva se resuelve en el plano espiritual. ¹²⁸

La seguridad jurídica es el conjunto de condiciones externas que crean el sentimiento de seguridad acerca de la disponibilidad, respecto de lo que se necesita para realizarse en coexistencia. La seguridad jurídica se traduce en la certeza de que podré disponer de lo necesario para vivir, para conservar mi salud, para ejercer mi profesión, para crear una familia, para educar a mis hijos, para disfrutar los valores estéticos, para

¹²⁸ Zaffaroni, Raúl. Teoría de la Ciencia del Derecho Penal. 2da. edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1985. págs. 54

expresar lo que pienso, etc., sin que nadie me prive o perturbe innecesaria o arbitrariamente; de aquí que todo el derecho provea la seguridad jurídica, por supuesto incluyendo al penal, pero la característica del derecho penal no es la de proveer a la seguridad jurídica, sino la de hacerlo por medio de la coerción penal, y ésta se manifiesta con la pena. ¹²⁹

La coerción penal, sin duda alguna, es la más grave coerción jurídica cuando se le asocia a algunas conductas antijurídicas, este carácter "fragmentario" que determina cuál es el criterio selectivo de esta rama del derecho, nos indica que contempla a aquellas conductas antijurídicas en que no se satisface el requerimiento de la seguridad jurídica garantizando sólo la reparación del perjuicio, sino que demandan una especial acción preventiva, en otras palabras, hay conductas antijurídicas donde la seguridad jurídica se satisface con la reparación del perjuicio, y hay otras en que esta satisfacción demanda la prevención de futuras conductas similares, y éstas últimas son las que releva el derecho

¹²⁹ Ob. Cit. págs. 55-56

penal y por ello provee a la seguridad jurídica con la prevención que realiza a través de la coerción penal.¹³⁰

En síntesis, este autor afirma que "el derecho penal tiene, como carácter diferenciador, el de cumplir la función de proveer a la seguridad jurídica mediante la coerción penal, y ésta, por su parte, se distingue de las restantes coerciones jurídicas porque tiene un carácter específicamente preventivo y no reparador".

Aunque el propio autor hace un comentario, dentro de la obra consultada, respecto de que en su afirmación señalada olvida la función "represiva" del derecho penal, sosteniendo que esta función sólo existe en forma inevitable y nunca debe ser procurada como finalidad de la ley penal, manifestando que es evidente su existencia porque priva de bienes jurídicos, negándole algún sentimiento de justicia y considerándola una reminiscencia de viejas teorías, indicado además que el derecho penal, como parte del orden jurídico, no puede renunciar al objetivo educador que siempre ha cumplido en la tradición cultural desde la polis griega, y basarse en

¹³⁰ Ob. Cit. págs. 56-57

mecanismos irracionales, sino por el contrario, debe procurar hacer conscientes esos mecanismos y manejar los problemas a nivel racional, por lo que la represión penal no es una función de la coerción penal, sino una consecuencia necesaria del objetivo preventivo de la misma. ¹³¹ Luego entonces, Zaffaroni si le otorga ese sentido retributivo a la pena, aunque lo toma como un valor ya entendido, por lo que no lo considera en su análisis.

Las funciones y fines de la pena han sido sintetizados por Edmundo Mezger, de acuerdo a tres fines: a) la pena debe actuar social-pedagógicamente sobre la colectividad (la denominada prevención general); b) debe proteger a la colectividad ante el sujeto que ha sido castigado y corregir a éste (la denominada prevención especial); c) debe garantizar de manera justa los intereses del individuo (la denominada consideración o respeto a la personalidad). ¹³²

Como corolario a lo escudriñado anteriormente, se afirma que la pena es un mal inflingido jurídicamente, y

¹³¹ Ob. Cit. pág. 57

¹³² Reynoso Dávila..pág. 8

no puede dejar de serlo, porque no se puede ofrecer un premio al delincuente. Aún quienes legitiman la pena sobre la base de un propósito de prevención especial o general, no pueden negar que la pena constituye un mal que se le devuelve al delincuente, aunque mediante la imposición de ese mal, se persiga algún bien. La pena entraña una desaprobación del hecho y del autor, en ella se expresa un juicio de desvalor ético-social. La pena es un medio de lucha contra la criminalidad; pero para que esta lucha sea eficaz se deben tomar en cuenta las causas del delito, y sobre todo buscar que la pena esté, en especie y medida, en relación con la naturaleza propia del criminal para impedir que cometa en lo futuro nuevos delitos.

Según Pedro Dorado Montero, mediante la pena debe hacerse patente al criminal que dañó a la sociedad, y a la sociedad se le debe dar, mediante el castigo del delincuente, la satisfacción obligada; y se debe hacer patente que se trata de restablecer el orden perturbado, y que este orden, a pesar de la violación, sigue rigiendo y teniendo validez.¹³³

¹³³ Ob. Cit. pág. 8

Teniendo la pena como fin la restauración del Derecho, es menester que a la vez que aparece como coerción, venga en lo posible, a redimir al hombre caído, a incluirle de nuevo a la vía jurídica, extirpando de su ánimo las causas productoras del delito y creando en él aquellos hábitos que suelen prevenir la recaída. A semejanza de la enfermedad física, de la que es preciso combatir la causa, la pena debe ser en todo lo posible medicina del alma, extirpando la causa del delinquir.

Afirma Enrique Pessina que los fines asignados a la pena por las escuelas son muy diversos. Mientras para ciertas doctrinas su finalidad es la reintegración del orden jurídico perturbado por el delito, alguna escuela ve en ella puramente una reacción social defensiva. Según unos, es mera expiación del mal del delito; otros la consideran como medio para la prevención de delitos futuros, ora mediante la intimidación de la colectividad (tanto de los delincuentes como de los no delincuentes), mediante la corrección del penado, o por medio de la eliminación de la vida social. La función penal está justificada por la necesidad de mantener el orden

jurídico y de repararlo cuando haya sido perturbado. Tal es el fundamento y fin de la pena. ¹³⁴

Por otro lado, de acuerdo a nuestro Derecho Penal vigente y precisamente en lo que establecen el artículo 18 Constitucional y el 2 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentencias, el fin de la pena moderna es lograr la readaptación social del delincuente, a través de la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación.

Entonces la pena busca reparar el injusto grave y expiar la culpabilidad del delincuente, interviniendo el Derecho Penal para proteger a la comunidad estatal contra el injusto cometido y actuando contra el delincuente para evitar que dañe a otros miembros de la comunidad jurídica.

Apreciándose entonces, que el fin mediato de la pena, es el restablecimiento del orden externo (jurídico) de la sociedad, es el punto al que finalmente debe llegar

¹³⁴ Ob. Cit. págs.9-10

como resultado de la readaptación social del sujeto que ha delinquido.

Por ello, pena debe ser un contraestímulo que sirva para disuadir el delito y que, cometido éste, trate de corregir al delincuente y vigorizar sus fuerzas inhibitorias en el futuro.

En otras palabras la pena tiene como fin mediato, la justicia y la defensa social, traducidas a la vigencia y permanencia del orden jurídico; contando con mecanismos para la eficaz consecución de sus fines, que se vuelven sus fines inmediatos, por ello y para la alcanzar dicho fin, la pena debe ser intimidatoria, ejemplar, correctiva y justa.

Contando que, a) para que sea intimidatoria, debe ser aflictiva; b) para que sea ejemplar, debe ser pública (no precisamente el momento de la ejecución, sino que sea del conocimiento de la comunidad la efectividad de la ejecución); c) para que sea correctiva, deberán disponerse de medios de curación, de educación, de adaptación, para satisfacer el objetivo de la prevención especial; d) las eliminatorias se explican por sí mismas, la de muerte, la de prisión o de relegación prolongada o

el destierro; e) para ser justa, debe ser humana, suficiente, remisible, reparable, personal, elástica para poder individualizarla, económica para que no implique grandes sacrificios al Estado, que respete el principio de igualdad y que se fijen varias para que de ellas se elija la más propia para cada caso. ¹³⁵ .

Respecto del fin de las medidas de seguridad, se establece que dicho fin en estas medidas de tutela es netamente preventivo, ya que se aplican para prevenir, básicamente, la reincidencia, esto es que mientras la pena se aplica una vez cometido el delito con fines retributivos (por el acto cometido) y preventivos, las medidas de seguridad se aplican una vez cometido el delito, pero no porque se cometió, sino para que no se cometan otros: no tiene que ver con el delito primario, sino que previenen la reincidencia; su fin inmediato en la reeducación (o educación), curación o desintoxicación, del sujeto "peligroso" (proclive al delito), y su fin mediato es la defensa de la sociedad ante sujetos considerados, generalmente, no culpables (inimputables) y la eliminación de la reincidencia. ¹³⁶

¹³⁵ Ob. Cit. pág. 48

¹³⁶ Ob. Cit. págs. 48-49

Recalquemos, las medidas de seguridad no pretenden eliminar los efectos de los delitos, si las causas, y se aplican adecuada y proporcionalmente a las causas de posibles actos delictuosos futuros, este es su fin mediato. Son medidas de utilidad, de oportunidad o de convivencia social, son consecuencias jurídicas de estados de la persona humana que se aplican para neutralizar los efectos nocivos en los sujetos proclives al delito para conservar así el orden social, lo que representa su fin mediato.¹³⁷

V.2 CONSECUENCIAS JURIDICO-PENALES DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD.

Según los estudiosos de la Penología, uno de los errores más ingenuos en que han incurrido ius-penalistas respecto al tema de la pena, es que pretenden atribuirle un fin "genérico", es decir, válido para las diversas penas existentes, lo cual es contrario a la razón ya que si son diversas las penas, diversas también son sus finalidades. ¹³⁸

¹³⁷ Ob. Cit. pág. 49

¹³⁸ Ramírez Delgado... págs. 40

Recordemos que en la antigüedad se castigaba al responsable del delito a través del sufrimiento -se castigaba para que no se siguiera pecando-, siendo la forma de penar en ese entonces cruel e inhumana, pues el objetivo era hacer sufrir al condenado para que le sirviera de escarmiento; sin embargo, al paso del tiempo van cambiando las ideas y las mentalidades hacia esos castigos y empiezan a tornarse más benignas, suavizando así ese castigo o haciéndolo menos cruel, al grado de que en la actualidad se pretende transformar el ius-puniendi por un "derecho de defensa social" o "derecho protector de los criminales", al mismo tiempo que van surgiendo otro tipo de penas, cada una de ellas con un fin diferente, esta es la crítica que hacen los penólogos, por lo que afirman que no han querido asimilar esta evolución los penalistas dogmáticos, y por consecuencia, siguen refiriéndose a un fin "genérico" de la pena, cuando que lo más correcto sería hablar de los fines de las penas, para lo cual se debe revisar cada una de ellas para interpretar y descubrir su fin específico.

Ciertamente debe existir congruencia entre la adecuación de la pena o la medida de seguridad, al fin

que se persiga con cada una de ellas, en cada uno de los sujetos y delitos, esto porque no es posible concebir que se castigue igual con pena de prisión una injuria o amenaza, que un homicidio calificado, los fines que se persiguen deben ser diferentes entre una y otra forma de sancionar estas conductas.

También se deben tomar en cuenta el tiempo o la época en que se dió nacimiento a la figura típica: En razón de que los fines que se pudieron perseguir con la imposición de la pena para quien incurría en un delito hace doscientos años, no pueden ser los mismos en la actualidad, pues la sociedad va evolucionando y por consecuencia, todo lo que gira en su entorno debe evolucionar a la par, de lo contrario, se queda rezagado e inadecuado a la realidad social que se vive; evolución que a su vez provocó la aparición en este campo de las medidas de seguridad porque como ya dijimos, muchos sujetos que realizan conductas antijurídicas requieren de una medida de seguridad para corregir su estado proclive al delito, no siendo necesaria la aplicación de una pena, sino de un tratamiento, así por ejemplo, los fines que se perseguían antiguamente al tutelar el "honor" y castigar

su ofensa, no pueden ser los mismos que se persiguen en la actualidad, pues el concepto o idea de lo que significa en estos días el "honor" es muy diferente, consecuentemente no se puede castigando con una pena cualquier conducta antijurídica.

Asimismo es importante considerar las características del delincuente: Tanto el legislador como el juzgador, deben estar conscientes de que conocen, con exactitud, qué es lo que se persigue al señalar y al imponer una sanción determinada, pues es obvio que cada sujeto es muy diferente en lo individual y por consecuencia los efectos y los resultados de la sanción no pueden ser los mismos en todo individuo sentenciado, pues precisamente deberá atenderse a la necesidad de la aplicación de una pena o medida de seguridad.

Novedosamente, los estudiosos de la penología implican a la víctima como parámetro para la imposición de una sanción, aceptando que quizá parezca rara y absurda tal consideración, debido al hecho de que no suena lógico que para establecer o definir los fines que persigue la sanción, se deba tomar en cuenta a la víctima

del delito, pero si recordamos el viejo y clásico concepto de justicia que nos dejó Ulpiano, que dice: "Justicia es dar a cada quien lo que le corresponde", se aprecia en la realidad que el legislador, al señalar la pena, pocas veces toma en cuenta la posición de la víctima, lo mismo que el juzgador al momento de imponerla, elemento que también nos daría un panorama para aplicar una pena o una medida de seguridad, por ejemplo a la víctima del delito de amenazas pudiera ser que en nada le beneficie que a su agresor lo condenen hasta a un año de prisión, si al cumplimiento de su sanción vuelve a agredirlo, incluso hasta con más coraje, y por el contrario si lo que el activo necesita es un tratamiento que lo cure del estado que le provoca ese deseo de causarle un mal a la persona del ofendido. Aunque se entiende que el estudio de víctima en lo individual es de reciente preocupación, pues durante muchos años había sido marginada del drama del Derecho Penal, enfocándose toda esa problemática hacia la sociedad en general como la que recibía todo el daño por la comisión del delito. ¹³⁹

¹³⁹ Ob. Cit. págs. 40-41

La idea generalizada por los ius-penalistas, es atribuir los fines de la pena en razón de la pena más aplicada; así, cuando la principal pena a imponer fue la pena de muerte, se establecían los fines en razón de ella, ahora que es la prisión se fijan los fines en base a ésta y los generalizan para todas las penas existentes que figuran en los códigos penales. ¹⁴⁰ Afirma Beristáin al respecto: "Tanto el problema de la pena de muerte como el de las penas cortas privativas de la libertad, etc., no pueden ser solucionadas seriamente si antes no se ha meditado bien acerca del fin que se pretende con la punición. Así el juez firmará sentencias a veces totalmente opuestas, según que vea en la prisión una medida de seguridad o una justa "vendetta". El gobernante encontrará en las respuestas a esta oposición la frontera de su facultad punitiva y la justa medida de la sanción con que debe proteger sus ordenaciones legales". ¹⁴¹

CLASIFICACION DE LAS PENAS

Repetimos, existirán tantos criterios como autores en las clasificaciones, por lo que no existe un juicio

¹⁴⁰ Ob. Cit. Págs. 42-43

¹⁴¹ Ob. Cit. Págs. 43

uniforme sobre las mismas, pero de las conocidas ésta es la que distinguimos:

a) Por su autonomía, las penas pueden considerarse, principales o accesorias. Principales son aquellas que se imponen preferente e independientemente de cualquier otra (prisión); accesorias: son aquellas que dependen de otras y pueden cumplirse durante la ejecución de la principal o concluida ésta (multa, suspensión de derechos).

b) Por su duración, pueden ser temporales, que sus efectos duran un determinado tiempo (prisión, arresto); o perpetuas, para toda la vida (cadena perpetua, suspensión de derechos).

c) Atendiendo a la posibilidad de ser fraccionadas o no, bien en cantidad o bien en tiempo, pueden ser indivisibles (publicación especial de sentencia) o divisibles, ya sea en cantidad (multa, reparación del daño) o en cuanto al tiempo (remisión parcial, tratamiento preliberacional).

d) Atendiendo al fin que se proponen, las penas pueden ser corporales, que causan una afrenta en el cuerpo del sentenciado (prisión); eliminatorias, pretenden eliminar al delincuente de la sociedad, se aplica preferentemente en sujetos verdaderamente nocivos para la sociedad (pena de muerte, cadena perpetua, destierro); reparatoras, con las que se pretende que el delincuente pague por su conducta delictuosa el daño causado al ofendido (reparación del daño, publicación de sentencia).

e) Atendiendo al bien que afecta directamente al delincuente: pecuniarias, repercuten directamente sobre el patrimonio del delincuente (multa, decomiso); privativas de la libertad, las que privan al delincuente de su libertad de traslación, deambulatoria, (prisión, reclusión,); restrictivas de la libertad de traslación, aquellas en las que solamente se les restringe su libertad al individuo, sin que quede recluido en una institución pública, suelen ser aplicadas por razones de seguridad del propio delincuente para evitar alguna

venganza o bien una reincidencia (prohibición de ir o de residir en determinado lugar, confinamiento). ¹⁴²

CLASIFICACION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

También se aplica aquí el comentario con que se inició el de la clasificación de la penas, por lo que siendo diferentes los fines perseguidos por las medidas de seguridad que los de las penas, su clasificación variara también, particularmente por la razón de que las medidas no tienen el carácter represivo, castigador, ni intimidatorio que es peculiar a las penas. Por tal motivo, para establecer una clasificación de las medidas de seguridad, es necesario recurrir a algunos de sus diversos criterios, como: el fundamento, destinatarios, fines que persigue y tiempo de duración.

a) Clasificación en base al fundamento. Como se habla de medidas predelictuales y posdelictuales, el fundamento de ambas es diverso; y aunque no es del ámbito de la materia penal, sólo como comentario diremos que las medidas predelictuales se fundan en el presunto grado de

¹⁴² Ob. Cit. Págs. 53-56

peligrosidad para cometer posibles delitos, se aplican antes de que el individuo llegue a cometer un delito para lo cual es relevante la peligrosidad (social) que se puede detectar por indicios personales del individuo que manifiesten una tendencia a la realización del hecho delictuoso, los criminólogos definen que "Conducta antisocial es toda conducta del ser humano que atenta contra el bien común como estructura básica de la sociedad, destruyendo sus valores fundamentales o lesionando las normas elementales de convivencia", en consecuencia todo delito es una conducta antisocial, pero no toda conducta antisocial es delito, la prostitución, la homosexualidad, la embriaguez, no son delitos, pero si son conductas antisociales puesto que dañan y atentan contra la sociedad, pero además son el paso inmediato para la comisión de un delito, es decir, quienes actúan mediante cualquiera de estas acciones representan una cierta peligrosidad o probabilidad delictuosa, por ello mediante la medida predelictual se podrá evitar que lleguen a la realización de un delito, mismo que le acarrearía un castigo o pena.

Las medidas posdelictuales, que entran en el ámbito del Derecho Penal, se fundan en la peligrosidad real del sujeto, manifestada mediante la comisión de un hecho delictuoso, estas medidas se deben aplicar después de que la persona que cometió la conducta delictuosa fue debidamente procesada y sentenciada, aquí se pueden derivar dos situaciones: una, si el delito cometido no es grave y el grado de peligrosidad manifestado por el responsable también es mínimo, quizá sea suficiente con imponerle una simple medida de seguridad. La otra sería en el caso de que tanto delito como peligrosidad sean de mayor gravedad, entonces irremediabilmente se hará acreedor de una pena y también a una medida de seguridad.

b) En orden a los destinatarios, al respecto se clasifican en dos áreas: aquellas que van destinadas a las personas físicas y que a su vez pueden ser: imputables o inimputables; y las que van destinadas a las personas morales. Esta clasificación es importante puesto que no se pueden imponer las mismas medidas, ni tampoco pueden llevar los mismos objetivos, para ambos sujetos del derecho. Así, para las personas físicas se pueden imponer medidas de tratamiento (terapéutico, educativas, restrictivas de la libertad, etc.) con el objetivo de

obtener una rehabilitación de la persona, pero además, pretenden con ello, la prevención de futuras conductas delictuosas. En el caso de las personas morales solamente se podrán perseguir efectos preventivos, nunca rehabilitatorios, ni mucho menos podríamos hablar de tratamientos (aquí aplica la suspensión o disolución de la empresa o sociedad). Tradicionalmente se ha dicho que las medidas surgieron como destinadas exclusivamente para las personas inimputables, aquellos que carecen de una aptitud psicológica para la delictuosidad, o bien, por falta de desarrollo físico, como sería el caso de los menores de edad, que al no ser sujetos del Derecho Penal, no se les podrá imponer una pena cuyos destinatarios son las personas imputables, pero en la actualidad los inimputables no son los únicos a quienes se les pueden imponer las medidas de seguridad ya que también podrán ser sujetos a ellas los imputables cuando así lo requiera su condición personal y la seguridad social.

c) Clasificación respecto a los fines perseguidos, ésta es la que permite comprender más ampliamente el quehacer de las medidas de seguridad, aunque debemos partir de quiénes son los destinatarios, por lo que

respecto de las personas físicas, las medidas se clasifican en:

Privativas de la libertad, solamente pueden aplicarse con la persona internada (privada de su libertad) en una institución adecuada para hacer posible su tratamiento.

Terapéuticas, que se aplicarán exclusivamente en las personas que requieren un tratamiento por su problema de salud (físico o mental), como sería el caso de aquella persona imputable que cometió un delito pero padece una enfermedad transmisible y por lo tanto se le debe administrar su tratamiento médico. En caso de que el problema sea de salud mental, como sería la situación particular de quien padece una psicosis, que si bien es cierto es considerado como inimputable, también es cierto que requiere un prolongado tratamiento médico psiquiátrico, con internamiento en una clínica especializada para ello. En esta misma situación estarían los toxicómanos, alcohólicos y farmacodependientes, que requieren un tratamiento terapéutico.

Educativas, son aplicables a las personas que requieren una transformación o modificación en su personalidad mediante la instrucción y la cultura. Esta medida solamente puede ser realizada por personal debidamente capacitado y preparado, aplicándose preferentemente a menores de edad a quienes la pedagogía puede modificar o transformar su personalidad mediante la instrucción y cultura, dificultándose en los adultos que es más difícil modificarles su personalidad. Un ejemplo de ello es el sistema implantado en nuestro país en los Consejos de Menores (antes Tutelares).

Correctivas, estas medidas se impondrán exclusivamente a quienes requieren un tratamiento tendiente a corregir su conducta desviada, debido a malas influencias de amistades o falta de comprensión de sus propios familiares. Por lo regular se da en personas que manifiestan un bajo grado de peligrosidad; como ejemplo de ellas podemos citar a los vagos y refractarios al trabajo, a quienes se les deberá imponer la obligación de aprender un oficio. Por razones de seguridad, estas medidas sólo pueden aplicarse en casos extremos de que el individuo presente un alto grado de peligrosidad para la

sociedad, como serian los enfermos mentales graves, los cuales quedarían aislados en lugares especiales, no olvidemos que generalmente estas personas son inimputables, por lo que nunca recibirán una pena como castigo.

Con estas formas de medidas privativas de la libertad se pretende, además, la habilitación del sujeto a la vida social en comunidad.

d) Restrictivas de la libertad y de otros derechos, en este tipo de medidas solamente van a restringirle a la persona, ciertas y determinadas facultades relacionadas con su libertad de locomoción o deambulatorias. En ellas se palpa una razón de seguridad, principalmente, en bien de la persona a quien se le aplican.

Pecuniaria, lo importante respecto a este tipo de medidas es establecer su diferencia con las penas (multa, reparación del daño y decomiso), puesto que éstas significan un menoscabo (daño) en el patrimonio del sentenciado a ellas, situación que no debe suceder con las medidas, pues entonces no existiría razón para

separarlas. La gran ventaja de las medida pecuniarias, que si bien es cierto repercuten también en el patrimonio de las personas, que después del tiempo fijado por la autoridad se deberá recuperar el depósito hecho en dinero, la caución de no ofender y la fianza, la primera consiste en que la autoridad judicial impone a un sujeto imputable y por lo regular a posdelictum, la obligación de garantizar mediante el depósito de una cantidad en efectivo, que no va a cometer un nuevo delito contra determinada persona, por lo que se puede considerar que más bien tiende a evitar la reincidencia en casos específicos, la autoridad deberá fijar un plazo y transcurrido el mismo, si la persona no delinquiró, deberá recuperar su depósito y así no sufrir menoscabo en su patrimonio; la fianza difiere de la anterior en que se puede aplicar antedelictum o a posdelictum y no forzosamente tendrá que ser en efectivo, puede ser personal o mediante cualquier otro medio. También se hace con el objetivo de garantizar que no se va a cometer un delito y deberá fijarse un plazo prudente, al término del cual se podrá liberar dicha responsabilidad si no se cometió delito alguno.

Medida admonitiva, consiste en la amonestación que la autoridad judicial hace a una persona que ya delinquirió, para hacerle saber los efectos dañinos de su conducta delictuosa, pero al mismo tiempo se le debe conminar para que no reincida pues en caso de hacerlo se hará merecedor a una pena mayor. Esta medida deberá realizarse en público y al momento de notificar la sentencia condenatoria.

Medidas eliminatorias, tradicionalmente se ha considerado como una medida de seguridad la expulsión de extranjeros cuando representen un peligro por su actitud perniciosa para el Estado o país en donde se encuentran radicados. Por lo regular se aplica esta medida a individuos con actividad política, vagos o viciosos que con sus conductas alteran el orden o la seguridad del país. Se puede aplicar antedelictum o a postdelictum, en este último caso, cuando haya cumplido la pena principal inmediatamente deberá ser expulsado del país con rumbo a su lugar de origen. Una de las razones para considerarla como medida de seguridad, es el hecho de que la aplica directamente el ejecutivo y sin necesidad de procedimiento previo.

Medidas para las personas morales o jurídicas.

Estas medidas se impondrán dependiendo de la conducta de las personas físicas que bajo el nombre o en representación de la empresa o negociación cometan hechos delictuosos. Es una medida que se aplica con fines meramente preventivos y en la que no tienen nada que ver los fines readaptatorios o tratamiento alguno, pues esto sería inoperante e ilógico en las personas jurídicas. Las medidas que se pueden aplicar en estos casos son: suspensión de actividades o disolución de la misma, las primeras son temporales y las segundas definitivas, pueden aplicarse antedelictum, como sería el caso de una empresa que provoca grandes riesgos a la salud general como consecuencia de altos índices de contaminación ambiental, o a posdelictum cuando se haya dictado una sentencia condenatoria por la comisión de un hecho delictuoso que motivó la imposición de una pena para la persona o personas físicas que bajo la denominación de la razón social habían cometido el delito, en este caso se aplicaría la medida superpuesta a la pena. ¹⁴³

¹⁴³ Ob. Cit. págs. 57-65

V.3 ANALISIS DE LAS PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD Y SU
CLASIFICACION EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

En nuestra legislación, el Código Penal en el Título Segundo, Capítulo I, Penas y Medidas de seguridad, en su Artículo 24, a la letra dice:

Artículo 24. Las penas y medidas de seguridad son:

- 1 Prisión.
- 2 Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad.
- 3 Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos.
- 4 Confinamiento.
- 5 Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6 Sanción pecuniaria.
- 7 (Se deroga)
- 8 Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9 Amonestación.
- 10 Apercebimiento.
- 11 Caución de no ofender.
- 12 Suspensión o privación de derechos.

13 Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.

14 Publicación especial de sentencia.

15 Vigilancia de la autoridad.

16 Suspensión o disolución de sociedades.

17 Medidas tutelares para menores.

18 Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito.

La crítica es aguda en este artículo ya que no se precisa cuáles son penas y cuáles son medidas de seguridad, pero tomando en cuenta las consideraciones ya estudiadas, encontramos que se podrían ubicar como a continuación se indica, siguiendo el orden del artículo transcrito:

La prisión, prevista en el Capítulo II artículo 25 del citado Código, es, por excelencia, una pena ya que consiste en la privación de la libertad corporal del individuo, como consecuencia jurídica de la culpabilidad de un sujeto en la comisión de un delito, lo que se traduce en el menoscabo de sus derechos, y se debe imponer sólo cuando sea verdaderamente necesaria su

aplicación, debiendo procurarse su prontitud y utilidad. Esta sanción consigue, como fin inmediato, el castigo del sujeto y la protección de la sociedad al evitar el trato directo con dicho sujeto, y posteriormente cumple con su fin mediato que es la readaptación social del sujeto, logrando finalmente el restablecimiento del orden jurídico quebrantado.

Pero esta pena de prisión también puede considerarse una medida de seguridad, porque como vimos, existen las medidas de seguridad que implican privación de la libertad del sujeto, como las medidas cortas de prisión, o como sucede en los casos de los menores infractores, a los que las medidas curativas o educativas que se les dictan, a veces, necesariamente, tienen que ejecutarse estando privados de sus libertad, asimismo existen las medidas eliminatorias, como la reclusión indeterminada del sujeto que se considera no tiene cura. Exigiéndose también, que esté perfectamente justificada su necesaria imposición, lo mismo que verificación de la existencia de los principios de legalidad, justicia y el de que sean personalísimas.

En la aplicación de una pena de prisión, aún como medida de seguridad, debe estar determinada su duración,

porque aunque si bien cierto que es un tratamiento que no permite señalar una fecha exacta de duración, ésta no puede rebasar la proporción de lo que en pena se le podría imponer a un sujeto que se consideró culpable (e imputable), y mucho menos podría durar más de lo que se señala como pena máxima prevista al delito, como lo señala el artículo 69 de nuestro Código Penal, porque sería violatorio de garantías y perdería la esencia que se busca, que es la de curar o educar al sujeto del mal que adolece, indicando dicho precepto lo que procede si no se cura en ese tiempo. Es así como logra su fin inmediato que es el de curar o educar al sujeto "peligroso", proclive al delito, para más adelante conseguir su fin mediato, que es el de adaptarlo a la sociedad y evitar la reincidencia.

Al tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, tendríamos que considerarlos medidas de seguridad, aunque el artículo 27 del Código Penal que las contempla, las considera penas (autónoma o sustitutiva); y se consideran medidas de seguridad en razón de que el tratamiento en libertad consiste en la aplicación de medidas laborales, educativas y curativas,

conducentes a la readaptación del sentenciado, las de semilibertad implican alternación de períodos de privación de la libertad y de tratamiento en libertad, y el trabajo en favor de la comunidad consistente en prestación de servicios no remunerados, en instituciones públicas educativas o de asistencia social o en instituciones privadas asistenciales, apreciándose entonces que se busca con dichas medidas, que el sujeto tenga contacto con la sociedad para su adecuada adaptación o readaptación y a su vez desarrolle alguna actividad que pueda modificar su personalidad, o que corrija la conducta desviada que lo llevó a delinquir, ocupando su mente ocupada en labores sanas y productivas que inhiban sus deseos de delinquir. Evidenciándose que dichas medidas buscan, ante todo, alcanzar fines educativos o curativos en el condenado, evitando así que reincidan, siendo entonces que no es necesaria su reclusión porque el hecho que motivó la aplicación de la sanción, debe ser considerado saneable, factible de cura o rehabilitación, por lo que el Estado debe proporcionar al sujeto los medios para curarse o educarse mediante diversas actividades. Con la aplicación de estas medidas se alcanzan los fines de las medidas de seguridad, ya que

al curar o educar al sujeto logra su fin inmediato, y como consecuencia se consigue el fin mediato, que es el de habilitarlo para la convivencia en la sociedad y además de prevenir la reincidencia.

El internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito de consumir estupefacientes o psicotrópicos, señalado en el capítulo V, artículos 67 a 69 bis del Código Penal, son claramente medidas de seguridad, y éstos son los artículos que fundamentan, en nuestra legislación, la imposición de estas medidas a los inimputables, siendo el juez quien determinará, atendiendo a la propia naturaleza y afectación del inimputable, sobre qué medida debe aplicarse al sujeto y si ésta será en internamiento o en libertad; asimismo el artículo 68 faculta tanto a la autoridad judicial, como a la ejecutora, la entrega del inimputable a sus familiares para que se hagan cargo de él, pidiendo garantía que los obligare a tomar las medidas adecuadas para su tratamiento y vigilancia.

El Confinamiento, previsto en el artículo 28 del Código Penal, es claramente una medida de seguridad,

consistente en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él, indicando el propio artículo que la designación del lugar será conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado, y sólo hará la designación el poder judicial cuando se trate de delitos políticos, y para los demás casos lo hará el ejecutivo, lo que da lugar a una medida de seguridad antedelictual impuesta administrativamente. En esta medida, por cuanto hace a la imposición judicial, deben verificarse los principios propios de las medidas, apreciándose que el fin de esta figura es la de evitar se le cause algún daño a la persona confinada, por lo que se le prohíbe, incluso, la salida del lugar en el que se le obliga a residir, siendo la finalidad la propia protección del sujeto que de alguna manera, ha causado en la comunidad rechazo por su conducta, educación o costumbres, aunque la redacción del artículo es ambigua ya que no señala la temporalidad en la que debe aplicarse tal medida, siendo que si la misma es perpetua podríamos considerarla una medida eliminatoria, y por el contrario, si sólo implica un lapso determinado, debe considerarse entonces que esta protección se aplicará en lo que se desvanece el hecho de

que motivó el rechazo de la comunidad. Constatándose que su fin mediato es la protección del sujeto, y su fin inmediato es la habilitación del sujeto a la convivencia en la comunidad.

Prohibición de residir en determinado lugar, prevista en el numeral 5 del artículo 24 del Código Penal, es una medida de seguridad en la que la autoridad prohíbe al delincuente ir o asistir a un lugar específico por razones de seguridad ajenas o propias, esto para evitar una venganza en su persona derivada de su conducta, o para evitar que vuelva a estar en las circunstancias que le propiciaron la comisión del delito, por lo regular la prohibición es para asistir a lugares o antros de vicio, con esta medida se pretende que el sujeto no encuentre las condiciones que lo tientan para volver a delinquir, y se cumple la finalidad mediata de evitar la reincidencia

La sanción pecuniaria, prevista en el Capítulo V, artículo 29 de nuestro Código Penal, que comprende la multa y la reparación del daño, y se considera que la misma es pena porque implica un castigo al condenado por

la comisión de un delito, un menoscabo en su patrimonio que representa más el pago del daño causado, y no se le pueden apreciar fines diversos, por su naturaleza no se podría hablar de rehabilitación o tratamiento alguno, sólo significa la imposición de una sanción para efectos de conseguir la retribución y prevención (general y especial).

El Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito, previsto en el Capítulo VI, artículo 40 de nuestro Código Penal, el decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito, del numeral 18 del artículo 24, ambos de nuestro Código Penal, puede considerarse como pena, ya que se deben decomisar los objetos, instrumentos o productos del delito, considerándose como pena accesoria derivada de la comisión de un delito (a excepción de casos como el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el artículo 224, en su párrafo cuarto), lo que representaría castigo y retribución del mal causado, fin inmediato, lo que a su vez se traduce en el logro de su fin mediato, que es el restablecimiento del orden jurídico, así como la observancia de la prevención (general y especial); pero

también puede considerarse medida de seguridad, sobre todo en lo que se refiere al decomiso de sustancias nocivas o peligrosas (por ejemplo en los delitos contra la salud) ya que con las mismas se pretende evitar la comisión de un delito.

La amonestación prevista en el Capítulo VII, artículo 42 del Código Penal, que consiste en la advertencia que el Juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, excitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor al reincidente; ésta es rotundamente, una medida de seguridad, porque tiene como finalidad la verificación de su fin mediato que es evitar la reincidencia, y de acuerdo a nuestra legislación procesal, debe incluirse en toda sentencia condenatoria.

El apercibimiento y la caución de no ofender contenidas en el Capítulo VIII de nuestro Código Penal, previstas en los artículos 43 y 44 respectivamente, son también, medidas de seguridad, el apercibimiento consiste en la conminación que el Juez hace a una persona, cuando ha delinquido y se teme, con fundamento, que está en

disposición de cometer un nuevo delito, ya sea por su actitud o amenazas, señalándosele que en caso de cometer un nuevo delito será considerado reincidente, asimismo y en relación a esta medida existe la caución de no ofender, para cuando el Juez estime que no es suficiente el apercibimiento exigirá al acusado, además, una caución (garantía) que a su juicio sea adecuada para considerar que no va a cometer un nuevo delito, sea firma que las dos son medidas de seguridad porque en ambas se aprecia la finalidad mediata de evitar la reincidencia, y como fin inmediato la de inocular el estado de peligro del sujeto que fundadamente se cree que pueda volver a delinquir, esperando que esa conminación o la caución que exhiba sean suficientes para aplacar sus instintos delictivos durante el tiempo que dura la fijación de la misma.

La suspensión o privación de derechos, prevista en el Capítulo IX del Código Penal, artículo 45 y 46, ya sea que por ministerio de ley resulten como consecuencia de una sanción, o las que por sentencia formal se impone como sanción, son pena, sean principales o accesorias, son un castigo y tienden a la retribución del mal causado

como resultado del hecho delictivo y a la prevención, ya sea general o especial contenida en toda pena.

La inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos, prevista en el numeral 13 del Artículo 24 del Código Penal, es una pena, porque con ella sólo se persigue la retribución del daño causado, no apreciándose más fines que los de prevención, general o especial, para la readaptación del condenado.

La publicación especial de sentencia, contemplada en el Capítulo X, artículo 47 a 50, implican un castigo para el condenado porque tiene que pagar dicha publicación en los periódicos que señale el Juez, por lo que se aprecia propia de la retribución, cuya finalidad es solamente la reparación del daño causado y la actualización de la prevención, general y especial.

Vigilancia de la autoridad, prevista en el Capítulo X, artículo 50 bis del Código Penal, consistente en la observación y orientación de la conducta del condenado por personal especializado para la readaptación del reo y la protección de la comunidad, siendo precisamente estos

sus fines, el inmediato la protección de la comunidad y evitar la reincidencia, y el inmediato la readaptación del sujeto condenado.

La suspensión o disolución de sociedad, prevista en el numeral 16 del artículo 24 del Código Penal, es una pena, porque no entraña más fin que el de la retribución del mal causado con motivo de la actividad de la sociedad, no persiguiendo más finalidad ya que se trata de personas morales, y en su defecto los efectos de la prevención general.

Las medidas tutelares para menores, previstas en el numeral 17 del Artículo 24 del Código Penal, como su propio nombre lo indica, son medidas de seguridad, precisamente porque los sujetos a ellas son inimputables en razón de la edad, y cuyo procedimiento de imposición está contenido en la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.

CONCLUSIONES:

PRIMERA: El Derecho Penal es una rama del Derecho Público porque el punto medular de dicha materia es el delito, que significa el quebrantamiento del orden jurídico que afecta a toda la sociedad, no sólo al particular que reciente directamente la conducta delictiva, y que es la característica que le dá la facultad u obligación para aplicar sanciones a tales conductas.

SEGUNDA: La misión del Derecho Penal es mantener la convivencia armónica de los individuos en la sociedad, y toda vez que es la "última ratio" del Derecho, sólo debe intervenir cuando se haya cometido un delito, imponiendo la sanción que legalmente proceda.

TERCERA: Las penas y las medidas de seguridad son los instrumentos de reacción con que cuenta el Derecho Penal para mantener vigente tanto al Derecho, como la convivencia pacífica en comunidad.

CUARTA: Las penas y las medidas de seguridad son de distinta naturaleza; la aplicación de las penas está basada en la culpabilidad del sujeto (imputable), las medidas de seguridad en la mal llamada "peligrosidad", o la proclividad del sujeto a cometer en el futuro otro hecho delictivo (generalmente inimputable).

QUINTA.- La pena es un mal, un castigo, que se inflige al sujeto, imputable, que cometió un delito, es la intromisión directa del Estado en sus derechos, sanción que busca el restablecimiento del orden jurídico quebrantado, la satisfacción del reclamo social y el pago del sujeto a la sociedad del mal que ha causado.

SEXTA.- La medida de seguridad no es un castigo, sino un tratamiento, ya sea curativo o educativo, que implica precisamente la cura o educación del sujeto, generalmente inimputable, que ya ha cometido un delito y que el Derecho Penal considera, por sus propias características físicas o caracteriológicas, tiene proclividad a cometer más delitos en el futuro.

SEPTIMA.- El Sistema Monista propone sólo una de las sanciones penales como consecuencia a la comisión de un delito, el Sistema Dualista propone la utilización

coetánea de estas dos figuras para lograr la misión del Derecho, pero los márgenes ilimitados en los que radica su imposición provocan la "Crisis de la Doble Vía", derivada de la Estafa de Etiquetas.

OCTAVA.- El Sistema Sustitutivo o Vicarial propone el uso de las dos formas de reacción pero no al mismo tiempo, sino la utilización, preferentemente de las medidas de seguridad, y en su caso el de la pena, contabilizando el tiempo de las primeras durante la aplicación de la última.

NOVENA.- Las Teorías Absolutas fundan la justificación de su esencia en el hecho realizado, justifican la existencia e imposición de las penas en razón de los conceptos de retribución y expiación, no concediéndoles más cualidades que el hecho que pagar a la sociedad el daño que han causado, en la reparación del mal.

DECIMA.- Las Teorías Relativas fundan y justifican a las penas en razón de que el fin de la pena es impedir nuevos delitos, reconocen, porque no pueden negar esa naturaleza, que las penas son un mal que representan retribución del daño causado, pero además les conceden

una calidad preventiva; las de la Prevención General consideran que al hacer del conocimiento de todos los individuos que a la comisión de un delito consecuentemente recae una sanción, se inhiben sus impulsos delictivos; y los de la Prevención Especial consideran que con la imposición de la pena se inhibe en lo particular, esto es al que sufre la pena, ese apetito delictivo ya que por experiencia propia conoce las consecuencias de un hecho delictivo.

DECIMO PRIMERA.- El fin mediato de las penas es castigar a un sujeto que respetó las normas jurídicamente establecidas, así como cuidar a la sociedad de ese sujeto, consiguiendo a través de éste su fin inmediato, que es el de readaptar al individuo a la sociedad.

DECIMO SEGUNDA.- El fin inmediato de las medidas de seguridad es la cura o educación del individuo, con lo que también busca la consecución de su fin mediato que es el de adaptar o integrar al sujeto a la sociedad una vez que se han curado o salvado su situación de peligro y evitar que continúe la situación de peligro para sí y para otros, y respecto de las medidas eliminatorias busca la protección de la sociedad de un sujeto que no tiene cura.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, CESAR DE. Tratado de los Delitos y de las Penas. Sexta edición facsimilar. Editorial Porrúa. México. 1995.

BERISTAIN, Antonio. Medidas Penales en Derecho Contemporáneo. 2da. edición. Editorial Rius S.A., España. 1978

CUELLO CALON, Eugenio. Derecho Penal Tomo I. Volumen Segundo. 17a. edición. Editorial Bosch. Barcelona. 1975

CHICHIZOLA, Mario. La Individualización de las Pena. Editorial Avelado-Perrot. Buenos Aires. 1967

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. 41a. edición. Editorial Porrúa. México. 1990.

JIMENEZ DE ASUA, LUIS. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 4ta. edición. Editorial Losada. Buenos Aires. 1977

MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Traducción de Juan Córdoba Roda. Ediciones Ariel. Barcelona. 1962

MUÑOZ CONDE, Francisco. Teoría General del Delito. Reimpresión. Editorial Temis. Bogotá, Colombia. 1990

OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Tomo I. México. 1990

RAMIREZ DELGADO, Juan Manuel. Penología. Editorial Porrúa. México. 1995

REYNOSO DAVILA, Roberto. Teoría General de las Sanciones Penales. Editorial Porrúa. México. 1996.

RICO, José María. Las Sanciones Penales y la Política Criminológica Contemporánea. 2da. edición. Editorial Siglo XXI. México. 1982.

VON LISZT, Franz. La Idea de Fin en el Derecho Penal. Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad de Valparaíso de Chile. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 1994

WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General I. 11va. edición, 2da. edición castellana. Traducción de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. 2da. edición. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1988.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Teoría de la Ciencia del Derecho Penal. Cárdenas Editor y Distribuidor. México. 1988.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa. México. 1996.

Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Segunda Edición. Editorial Sista. México 1994.

Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Editorial Sista. México 1997.

Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados. Editorial Sista. 1997.