

308407



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

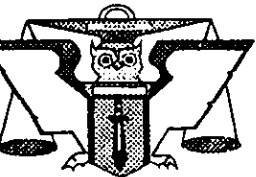
INCORPORADA A LA U.N.A.M.

9

“LA FACULTAD PUNITIVA
DEL ESTADO MEXICANO”

T E S I S
QUE PARA OPTAR POR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
OSVALDO RODRIGUEZ CONTRERAS

ASESOR: LIC. SIMON PABLO HERRERA BAZAN



MEXICO, D.F.,

NOVIEMBRE 2000



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

México, D.F. a 19 de Septiembre del 2000

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ
DIRECTORA TÉCNICA DE LA LICENCIATURA
EN DERECHO DE LA UNILA

P R E S E N T E

Me dirijo a usted para hacer de su conocimiento que el alumno **OSVALDO RODRÍGUEZ CONTRERAS**, egresado de la Universidad Latina, S.C. Campus Sur, como alumno regular; con número de cuenta 94860090-8, que cursó en esta Institución la Licenciatura en Derecho; solicitó la asesoría del suscrito para que supervisara su trabajo de tesis titulado "**LA FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO**".

El C. **OSVALDO RODRÍGUEZ CONTRERAS**, concluyó su trabajo, lo ha presentado y ha sido debidamente revisado por el suscrito, con la finalidad de que el mismo cumpla con los requisitos académicos necesarios.

Por lo antes expuesto, solicito a usted se sirva autorizar la revisión de la tesis en mención, para sustentar el examen profesional.

Atentamente

LIC. SIMÓN P. HERRERA BAZÁN



UNIVERSIDAD LATINA, S.C.

INCORPORADA A LA UNAM



Coyoacán México, 9 de Noviembre de 2000.

C. DIRECTOR GENERAL DE REVALIDACIÓN
E INCORPORACIÓN DE ESTUDIOS DE LA UNAM
P R E S E N T E

El (la) C **RODRÍGUEZ CONTRERAS OSVALDO**, ha elaborado la tesis profesional titulada “**LA FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO**”, bajo la dirección del Lic. **SIMÓN PABLO HERRERA BAZAN**, para obtener la Licenciatura en Derecho.

El (La) alumno (a) ha concluido la tesis de referencia, misma que llena a mi juicio los requisitos marcados en la Legislación Universitaria y en la normatividad escolar de la Universidad Latina para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos académicos correspondientes.

ATENTAMENTE

“LUX VIA SAPIENTIAS”

LIC. SANDRA LUZ HERNÁNDEZ ESTÉVEZ

DIRECTORA TÉCNICA

LICENCIATURA EN DERECHO

LA FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO

ESTA TESIS LA DEDICO:

A DIOS:

Gracias por acompañarme cada día de mi vida y permitir en mí, la evolución espiritual y material.

A MI MADRE:

Sra. Leticia Contreras de Rodríguez.

Gracias por todo tu amor, cariño y paciencia, además de contribuir durante toda mi vida en forma positiva para el logro de mis metas, y por alentarme en los momentos difíciles; a ella, con amor filial que ha sabido resistir estoicamente las intransigencias de la vida.

A MI PADRE:

Lic. Juan Rodríguez Mondragón.

Gracias, por todo tu amor, por apoyarme en todos mis proyectos, además de ser un padre ejemplar, por inculcar en mi vida la honradez y la justicia, por ser más que un padre, un gran amigo.

A MI HERMANO:

Juan Rafael Rodríguez Contreras.

Gracias por tu amor y apoyo incondicional, con el deseo de superación y fortificación del carácter, porque juntos luchamos por la realización de nuestros ideales, y porque sabemos que cualquier sacrificio es poco, cuando se tiene la seguridad y la fe inexorable en la victoria.

A MI ABUELITA:

Sra. Cándida Rosa López López.

Gracias por todo tu amor y cariño, con todo mi respeto y admiración a una gran mujer, por su abnegación y por ser el pilar de una gran familia, de tu nieto consentido.

A MIS TIOS:

Sra. Carmen Contreras López,
Lic. Rosa Inés López López,
Sr. José Manuel Contreras López,
Sra. Eva Medrano Vda. De Contreras.
Gracias por su cariño y apoyo en mi carrera universitaria.

(IN MEMORIAM) A MI TIO:

Dr. Carlos Contreras López.
Con mi eterno agradecimiento, por su ayuda espontánea y todo el amor que en vida nos dio, a él con cariño y profundo respeto con la satisfacción de haber cumplido.

A MIS PRIMOS:

Gracias por su cariño y todo su apoyo, porque deseo lo mejor para ustedes, y tengan persistencia para lograr sus metas.

A MI SOBRINA:

Andrea Rodríguez Antonio.
Por que eres la alegría y motivación de mi hermano, de tus abuelos y mía, te llevo presente en mi corazón.

A MI AMIGO:

Mario Moreno Rodríguez.
Gracias, por distinguirme con tu amistad y considerarme como un hermano más, por apoyarme en los momentos de infortunio, y a tu maravillosa familia, porque muy pronto se vean coronados tus esfuerzos.

A MIS COMPAÑEROS Y AMIGOS:

Segholene Aparicio Zamora, Diego Moreno Rodríguez, Antonio Godoy Orihuela, Luis Iván Vallejo Arroyo, Gloria Guadalupe Martínez Palma, Benjamín Ricardo Pardo Pacheco, Esperanza Ortíz Guzman, Raúl Murrieta Mendoza, Jimena Isabel Ortíz Díaz, Carlos González, Fernando Ortíz Díaz, Oscar Mauricio Vega Rodríguez, entre otros...

Gracias por su cariño, su apoyo y por distinguirme con su amistad, porque son parte de la lucha en alcanzar la cúspide profesional.

A LA UNIVERSIDAD LATINA:

Al Señor Rector Licenciado Carlos E. Cuenca Dardon.
Con respeto y gran admiración, en reconocimiento a su calidez humana, excelente maestro, agradeciendo las atenciones brindadas durante mi carrera universitaria.

A la Licenciada Sandra Luz Hernández Estevez.
Directora Técnica de la Licenciatura en Derecho.
Con cariño y respeto, agradeciéndole todo el apoyo brindado para la realización de este momento.

Al Licenciada Rosalío López Duran.
Excelente catedrático, por distinguirme con su amistad, y por todo su apoyo durante mi formación profesional.

A todas aquellas personas que me han distinguido con su amistad y con su apoyo en mi etapa universitaria, en especial a Guadalupe Juárez, Verónica, Socorro, entre otras.

A MI ASESOR:

Licenciado Simón Pablo Herrera Bazán.
Gracias, por todo su apoyo desinteresado en la elaboración de este trabajo, por trasmitirme sus conocimientos, por distinguirme con su amistad, por considerarme como un integrante más de su exitoso equipo de trabajo, como son los abogados Pablo Ramírez Ávalos, Albertico Guinto Sierra y Humberto Ayala Herrera.

(IN MEMORIAM):

Al Licenciado Luis Martín Herrera Bazán.
Por haber sido un excelente catedrático, y tener la fortuna de haber sido un alumno suyo, en reconocimiento a un hombre con una gran calidad humana y profesional.

Al Doctor Pedro Astudillo Ursúa.
Con respeto y admiración, en reconocimiento a su gran labor como estudioso del derecho.

A LA SEÑORA MINISTRA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION:

Min. Licenciada Olga María Del Carmen Sánchez Cordero Dávila De García Villegas.

Con respeto y admiración, gracias por todas sus atenciones y por darme esta oportunidad en mi vida profesional.

A LOS SEÑORES MAGISTRADOS DEL TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Mag. Licenciada Margarita Beatriz Luna Ramos.

Mag. Licenciada Norma Lucía Piña Hernández.

Mag. Licenciado Carlos Alfredo Soto Villaseñor.

Con respeto y admiración, en reconocimiento a su gran trayectoria judicial.

A la Licenciada Olga García Villegas Sanchez Cordero.

En agradecimiento a sus atenciones y por distinguirme con su amistad.

A la Licenciada Flor Del Carmen Gómez Espinosa.

Con respeto y admiración, en agradecimiento a sus atenciones y por darme la oportunidad de colaborar con ella.

A las Licenciadas Paula María García Villegas Sánchez Cordero, Gabriela Villafuerte Coello, Leticia Espino Díaz y Licenciado Luis Alberto Martínez Pérez

Con gran respeto y admiración.

AL LICENCIADO GREGORIO AGUIRRE PEREZ.

Con respeto y admiración, por darme la maravillosa oportunidad de realizarme profesionalmente dentro de la carrera judicial.

AL SEÑOR JUEZ VIGESIMO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL:

Licenciado Ramón Alejandro Senties Carriles.

Con respeto y admiración, agradeciendo todo su apoyo brindado, por haberme transmitido sus conocimientos en la hermosa tarea de la impartición de justicia.

A las Licenciadas Magda Eugenia Vázquez Flores y Diana Ivonne Carmona Rosete.

Con respeto y admiración, y el infinito agradecimiento por transmitirme sus conocimientos que fortalecieron mi carrera profesional.

A MIS COMPAÑEROS DE TRABAJO:

En el Juzgado Vigésimo Penal:

A la Licenciada Elma Maruri Carballo, Licenciado Hugo Pérez Bernal, Olivia Panohaya López, María Dolores Penelope Mattar Marin, Gustavo Muñoz Vázquez, Sergio Villegas, Yolanda, Conchita, Don Adelaido, Victoria, entre otros.

Gracias, por el magnifico equipo que formamos y por brindarme su amistad

En el Tercer Tribunal Colegiado:

A la Sras. Lupita, Pilar, Mary, Luci, Eliut, Circe, Alma, Luchita, Oliver, entre otros.

Gracias por todo su apoyo y su amistad.

INDICE

	PAGINA
INTRODUCCION	I
-CAPITULO I- CONCEPTOS GENERALES	
1.1 FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO (IUS PUNIENDI)	2
1.1.1. TESIS	2
1.1. 2. ANTITESIS	4
1.1. 3. SINTESIS	6
1.1.4. Marco Normativo de la Potestad Punitiva	8
1.1.5. La Potestad Punitiva en su fase Legislativa	14
1.1.6. La Potestad Punitiva en su fase Judicial	21
1.1.7. La Potestad Punitiva en su fase Ejecutiva	32
1.1.8. Construcciones hasta el siglo XIX	40
1.1.9 Siglo XX (hasta la década de los 60)	40
1.1.10. Siglo XX (desde los años 70)	41
1.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO	46
1.3 PENOLOGIA	53
1.3.1 DIFERENCIA ENTRE PENA Y PUNICION	55
1.3.2. LA PUNIBILIDAD	56
1.3.3. LA PUNICION	58
1.3.4. LA PENA	60
-CAPITULO SEGUNDO- EVOLUCION DEL DERECHO DE CASTIGAR	63
2.1. VENGANZA PRIVADA	64
2.1.1 La Composición	66
2.2 VENGANZA DIVINA	68
2.2.1 Delito y castigo	68
2.3 VENGANZA PUBLICA	69
2.3.1 El castigo .	71
2.4 PERIODO HUMANITARIO	71
-CAPITULO TERCERO- EVOLUCION HISTORICA DE LAS PENAS	
3.1 EN EL MUNDO	79
3.1.1. EL DERECHO PENAL DE LAS CULTURAS LEJANAS	79
3.1.2. EL DERECHO PENAL EN EL ANTIGUO EGIPTO	80
3.1.3. BABILONIA, ASIRIA, ASIA MENOR Y EL DERECHO MESOPOTAMICO	82
3.1.4. EL CODIGO DE HAMMURABI	82
3.1.5. EL DERECHO EN LA INDIA	83
3.1.6. EL CODIGO DE MANU (MANAVA-DHARMA-SASTRA)	84
3.2 EN GRECIA	86
3.3 EN ROMA	87
3.4 EN ESPAÑA	89

3.5	EN MEXICO	91
	3.5.1 EPOCA PREHISPANICA	91
	3.5.2 EN LA CONQUISTA	95
	3.5.3 EPOCA INDEPENDIENTE	97
	3.5.4 EPOCA CONTEMPORANEA	101
-CAPITULO CUARTO-		
	LAS DIVERSAS FORMAS DE PENAS EN MEXICO	108
4.1	LAS SANCIONES	110
4.2	MEDIDAS DE SEGURIDAD	115
4.3	PENAS ALTERNATIVAS	125
4.4	PENAS ACUMULATIVAS	143
	4.4.1 LA PENA DE PRISION	144
	4.4.2 LAS PENAS PECUNIARIAS	147
	4.4.3 LA CONFISCACION	147
	4.4.4 REPARACION DEL DAÑO	149
	4.4.5 LA MULTA	150
	4.4.6 PENA INUSITADA	153
-CAPITULO QUINTO-		
	LA IMPOSICION DE PENAS EN EL DERECHO COMPARADO	
5.1	EN EL DERECHO PENAL ITALIANO	173
5.2	EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO	178
5.3	EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL	180
5.4	EN EL DERECHO PENAL MEXICANO	181
-CAPITULO SEXTO-		
	NECESIDAD DE ANALIZAR LA IDONEIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD	
6.1	EN LA LEGISLACION ACTUAL, ANALIZANDO SUS DEFICIENCIAS	189
6.2	LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL FUERO COMUN	195
	PROPUESTAS	206
	VENTAJAS	210
	POLITICA CRIMINAL	211
	CONCLUSIONES	212
	BIBLIOGRAFIA	215
	LEGISLACION	217
	OTRAS FUENTES	219

Introducción.

Don Raúl Carranca y Rivas identifica al Derecho Penal como “El Drama Penal” porque considera que si bien, en el Derecho hay de todo, dolor y tragedia, en el Derecho penal hay un dolor especial, aquel que deriva de la idea de lo social y de la sociedad y por tanto, de la cultura que constituye el alma de esa idea y, del derecho penal que resguarda el alma de esa idea, porque la cultura es un dolor constante; el de la cotidiana superación de los instintos, el de la doma de lo primitivo, brutal y endeble que hay en todos nosotros.

Debe admitirse, que a través del derecho resguardamos no sólo la cultura a que refiere el autor, sino también cualesquiera de nuestros bienes, hasta los más preciados como son la vida y la libertad, como lo establece la Ley Fundamental a través de ciertas garantías contenidas en los artículos 14, 16 y 22, tutela dichos bienes.

Dichas garantías involucran, a su vez, formas de relación entre los miembros de la sociedad y los entes que la gobiernan, de tal manera que éstos para poder imponer actos que impliquen la privación de dichos bienes o actos de simple molestia sobre los mismos, tienen que observar los requisitos mínimos contemplados en la misma Constitución, como lo podemos ver en el artículo 14, segundo párrafo, al disponer que ningún gobernado puede ser privado de la vida, de la libertad, etcétera, sino mediante un juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y, conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho. Por su parte, el artículo 16, párrafo inicial, de la misma Ley Fundamental, dispone que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de un mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Este mismo precepto, en sus párrafos cuarto y quinto, prevé los dos únicos casos de excepción para restringir la libertad de una persona, sin haber para ello una orden de aprehensión. El artículo 18 Constitucional, dispone que sólo habrá lugar a prisión preventiva por delito que merezca pena corporal, que será distinto del que se destine para la extinción de las penas. Por último, el artículo 22, establece los casos en que podrá imponerse la pena de muerte de algún miembro de la sociedad.

En la actualidad, toda sociedad ha creado un conjunto de normas que no sólo regulan el funcionamiento de sus órganos colectivos, sino también las relaciones entre sus miembros y las de éstos con los órganos colectivos, de tal manera que si los miembros de la sociedad y los entes de gobierno respetaran las normas que regulan la vida en sociedad, indudablemente que gran parte de nuestro derecho resultaría innecesario, como el Derecho punitivo y, sin embargo, siendo constantes las transgresiones al orden jurídico establecido, frente a ello figura el derecho sancionador que regula las reacciones sociales en contra del incumplimiento de los deberes, no sólo de los gobernados sino también de los sujetos que encarnan los entes de gobierno.

De tal suerte, que caemos en la cuenta de que la idea del castigo, siempre será la misma, aun cuando las finalidades que se persigan se modifiquen o evolucionen.

Sin embargo, el derecho penal o “El drama penal” termina en el castigo que se llegue imponer al infractor de la norma, dando como resultado simplemente el triunfo del bien sobre el mal.

Veamos, el mismo autor sostiene que el Derecho no se halla en crisis y, al efecto, señala que el mundo en que vivimos se transforma tan rápidamente que a veces no da tiempo para pensar, sin embargo, las normas también se actualizan o bien adquieren nuevos contextos, del tal suerte, que no es concebible vivir ni convivir sin normas de cultura transformadas en normas jurídicas.

Empero, veamos, nuestro ser y modo de ser, en la existencia social, presenta aspectos reales como pueden serlo nuestras normas, también presenta aspectos, que implican un mejorar o cambiar aspectos, esto es, un querer ser y, también implica aspectos de aspiraciones o fines, sin embargo, necesariamente debe existir una vinculación entre dichos aspectos, que entrañen una autenticidad, o en su caso, lo obsoleto de nuestro ser y modo de ser.

Si lo anterior lo trasladamos al campo normativo, podremos dar legitimidad y autenticidad al mundo jurídico y, considerarlo justo e igualitario, en caso contrario, será declarado ilegítimo o simplemente obsoleto y, en esa virtud se justifica su reforma o

adición, en el primer caso mencionado, se podrá convalidar la afirmación del autor, en el sentido de que nuestro Derecho no está en crisis, si no es así, no convalidaremos su pensamiento.

De manera específica, en el campo del derecho penal debe considerarse que las atribuciones que la Soberanía Popular depositó en los entes de gobierno, en su ejercicio, deben atender a los aspectos reales, a las tendencias para mantener o en su caso, mejorar o realizar cambios y, satisfacer las aspiraciones o finalidades perseguidas, y, necesariamente, deben vincularse estos aspectos, esto es, lo real y lo que se persigue y, no quedar en meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas.

Esto lo encontramos en nuestro sistema punitivo nacional.

Por la forma en que se encuentra estructurada la potestad punitiva del Estado y nuestro sistema procedimental penal, encontramos fases desarticuladas.

Ante una inaudita ola de violencia, ¿qué realiza el gobierno? Pues bien, los juzgadores continúan procesando a cada día más gente, ordenando su encarcelamiento y su castigo, sin que haya alguna norma que permita que vigile el estricto cumplimiento de esto último, mientras los legisladores tipifican más conductas como delitos y agrandando la lista de los considerados como graves con la esperanza de frenar el triunfo del desastre, sin seguir una política criminal coherente que dé inicio desde las cuestiones de prevención hasta la rehabilitación y resocialización del reo, por su parte, el ejecutivo, construye más centros de reclusión, algunos de ellos de máxima seguridad, para albergar a los sentenciados, sin estar obligado a informar sobre el cumplimiento dado a la sentencia.

Todos trabajan en el ejercicio de sus potestades, pero desarticulados, de manera aislada, sin normas que vinculen sus tareas y sin cumplir con el ser y el querer, sin siquiera lograr entender que la suma de ellas es el cuerpo entero del sistema punitivo nacional, cabe invocar al respecto un bellissimo pensamiento de Carnelutti en sus Cuestiones sobre el proceso penal, que Don Raúl Carranca y Rivas, cita en su obra: “¿No es verdad acaso –escribe- que el Derecho es armonía? Allí está el secreto de su fuerza. En el fondo, muy en el fondo, hacer Derecho es hacer música”

En mi humilde opinión, nuestro sistema punitivo implica no sólo un estancamiento de la Administración de Justicia Penal, sino que agravan “El drama Penal”.

Los anteriores comentarios, indudablemente reflejan mi preocupación por el sistema penal y mi interés por realizar las siguientes notas, con las cuales en una primera etapa espero lograr sembrar inquietudes y dudas.

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES

1.1 FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO (IUS PUNIENDI)

1.1.1. TESIS

1.1.2. ANTITESIS

1.1.3. SINTESIS

1.1.4. Marco Normativo de la Potestad Punitiva.

1.1.5. La Potestad Punitiva en su fase Legislativa.

1.1.6. La Potestad Punitiva en su fase Judicial.

1.1.6. La Potestad Punitiva en su fase Ejecutiva.

1.1.8. Construcciones hasta el siglo XIX.

1.1.9. Siglo XX (hasta la década de los 60).

1.1.10. Siglo XX (desde los años 70).

1.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO

1.3 PENOLOGIA

1.3.1 DIFERENCIA ENTRE PENA Y PUNICION

1.3.2. LA PUNIBILIDAD

1.3.3. LA PUNICION

1.3.4. LA PENA

CONCEPTOS GENERALES

1.1 FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO MEXICANO (*IUS PUNIENDI*)

Antes de entrar en materia, es importante saber en términos generales el significado de la palabra “facultad”, pues esta es una de las razones del presente trabajo de investigación, así tenemos que ésta palabra proviene del latín “*facultas*” que significa facultad, habilidad o abundancia, derecho o poder para hacer algo.

El título del presente trabajo, refiere la palabra “facultad”, pero antes de entrar al análisis de los antecedentes del derecho de castigar necesitamos saber si efectivamente el Estado tiene esta facultad, y para esto haremos un recuento de la terminología Hegeliana de la tesis, la antítesis y la síntesis, descrita por el jurista Jiménez de Azúa.¹

1.1.1. TESIS

“Parecería superfluo preguntar si hay derecho a castigar, ya que desde hace muchos siglos, el organismo colectivo que hoy denominamos Estado descargaba sobre los infractores los más tremendos castigos. *Homines non requirunt rationes carum rerum quas semper vident*. El derecho de penar ha seguido las vicisitudes de la norma de cultura, y cuando ésta, en los siglos pasados, permitía las mayores crueldades, la pena iba acompañada de bárbaros sufrimientos.

Los suplicios de las épocas pretéritas, eran el reflejo de la norma de cultura que el mundo vivía. Por eso es por demás injusto medir con las normas de hoy los hechos del pasado. Es por lo que se ha dicho que los españoles cometieron crueldades innúmeras con los indígenas primero y con los insurgentes, después. Si nuestros antepasados clavaron en una pica a Caupolicán, y si ataron a un poste, abriéndole las entrañas, a Tupac Amaru, no hacían más que aplicar las penalidades

¹ JIMENEZ DE AZÚA, Luis. Lecciones de Derecho Penal, Ed. Harla, México, 1997. P.18.

entonces vigentes. En las postrimerías del siglo XVIII, Damiens murió en el cadalso de modo análogo, además de haber vivido dos horas atormentado, por haber hecho un leve rasguño al monarca francés. Desde siempre el Estado tiene derecho a castigar, pero repetimos que es preciso que investiguemos el porqué.

Cuando el Estado impone una sanción, canaliza así los instintos ancestrales del hombre: la retribución, la venganza y el sadismo.

La venganza se proyecta contra el criminal, y no han añadido nada los exploradores de psicología profunda a la vieja concepción. Pero en cambio, sí interesa subrayar que la pena es la compensación de la renuncia al sadismo. Todos estos instintos ancestrales han canalizado el derecho de penar.

La pura tesis, es decir, la afirmación de esa facultad punitiva del Estado, se representa por la vieja descarga sin medida y sin fin. Ese es el supremo derecho. Cuando surge el talión, el puro derecho subjetivo empieza a tener limitaciones objetivas. Esta tesis, que la moderna filosofía ha transformado en síntesis, según después veremos, tiene una robusta antítesis. No todos admiten que el Estado tenga derecho a castigar. El *ius puniendi* tiene sus negadores."²

Es importante lo anteriormente mencionado por el Jurista Jiménez de Azúa en virtud de que realiza una remembranza que nos hace recapacitar sobre la aplicación de la penas, ya que como lo menciona en líneas anteriores el estado se encarga de darle la retribución al gobernado imponiendo una sanción como consecuencia a la conducta ilícita que realiza, en sí el gobernado tiene que someterse a lo que el Estado le impone, sin saber el porque o quién le otorga ese derecho, es por lo que considero que el individuo que es sometido a una pena siempre reacciona ante esta, y por lo regular tiene a reincidir en su actuar, o en su caso tiende a la venganza ya

² Ibidem, Pp.18-19.

que considera que el Estado no satisface su instinto, ante esto el jurista Jiménez de Azúa afirma que tenemos por otra parte la *ANTITESIS* del ius puniendi.

1.1.2. *ANTITESIS*

Continúa al respecto el maestro Jiménez de Azúa que "los anarquistas puros son quienes, al negar el Estado, repudian toda autoridad, todo juez y toda pena. Pero antes que ellos, aunque destaque también el hondo sabor de comunismo libertario, hay precursores para quienes el Estado y la pena no debieran existir.

Tenemos por ejemplo a Contursi Lisi quien afirma que Tomás Moro y Tomaso Campanella, en la Utopía y en La ciudad del sol, respectivamente, negaban el derecho de penar. Ciertamente que esas utopías del renacimiento, a las que hay que añadir *La nueva Atlántida*, de Francis Bacon, tienen como fondo ese comunismo libertario a que acabamos de aludir. Pero es menos exacto que la pena subsistía en ambas y con inusitada dureza. Así, vemos en la obra de Moro que para hacer más despreciables las riquezas, colgaban a cuantos han sido infamados por la comisión de algún crimen zarcillos de oro y les adornaban los dedos con anillos del mismo metal, rodeándoles la garganta con collares áureos y ciñéndoles coronas en la frente. Más tarde, al hablar del trato carnal de las mujeres antes del matrimonio, se decía que el padre y la madre en cuya casa se cometía el delito, quedaban infamados por no haberlo vigilado con la necesaria diligencia. El adulterio se castiga con la más dura esclavitud, y al reincidente se le aplica la pena capital. En la Utopía, ninguna ley fija para los demás delitos determinada pena, sino que el Senado lo establece, más o menos grave, según la naturaleza de aquellos. Casi todos los crímenes graves se penan con la esclavitud, castigo que consideran más terrible para el delincuente y ventajoso para el Estado que el apresurarse a dar muerte al reo... Mas a los condenados que se muestran rebeldes o recalcitrantes, los matan como a bestias indómitas, incapaces de ser cohibidos con cárceles ni cadenas".³

³ CONTURSI, Lisi, Apud. JIMENEZ DE AZÚA, Op. Cit., p. 20

Es importante hacer notar que a pesar de que algunos tratadistas no reconocían esa facultad al Estado para imponer sanciones, a la pena, ni mucho a la autoridad para imponer el castigo, la antítesis del *ius puniendi*, se basa básicamente en una Utopía descrita solo por un grupo de anarquistas, que aunque nunca estuvieron de acuerdo con la aplicación de sanciones, ni con el derecho o la facultad del Estado para imponerse como autoridad o ente, esa facultad conferida al Estado ha sobrevivido hasta nuestros días.

No menos dura es la penalidad que se aplica en “la famosa imaginaria Ciudad del sol, de Tomaso Campanella. Allí figuran como penas el destierro, los azotes, el deshonor, la privación de la mesa común, la prohibición de asistir al templo y la abstención del comercio carnal, pero cuando el hecho culpable es injurioso, se castiga con la muerte. Si la culpa ha sido voluntaria y reflexiva, se paga (según la pena de talión), ojo por ojo, nariz por nariz y diente por diente, etcétera. Ésta se ejecuta por manos del pueblo, que mata al delincuente o le apedrea. Se precisa que, convencido el reo, acepte su muerte y elija el medio de ejecutarla. Mas si el delito cometido va contra la libertad de la República, contra Dios o contra los magistrados supremos, entonces se cumple sin compasión.”⁴

Continúa exponiendo el maestro Jiménez de Azúa, y argumenta citando varios autores que “en el ámbito de los penalistas, no han faltado negadores del castigo. Recordemos a Goldenweiser, que desde el título de la obra revela su pensamiento: El crimen como pena, la pena como crimen. También Vargha se pronuncia en contra de la servidumbre penal. Solovief tanto como Dorado Montero repudian el derecho penal vigente y la pena como sufrimiento. Pero ya no pueden citarse como enemigos de la intervención estatal en la delincuencia. No son, pues, negadores del derecho penal, sino artífices de la auténtica síntesis”⁵, a que ahora nos referimos.

⁴ Ibidem, pag. 20

⁵ Idem

1.1.3. SINTESIS

De lo anterior se desprende la *SINTESIS* del *ius puniendi*, consiste desde que la filosofía incide en el derecho penal, la tesis se convierte en auténtica síntesis. Al surgir las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinuido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia.

En consecuencia de las corrientes anteriormente descritas tenemos que desde que la filosofía incide en el derecho penal, la tesis se convierte en auténtica síntesis. Al surgir las teorías sobre el fundamento del derecho de penar, aparecen las doctrinas absolutas, que penan al hombre porque ha delinuido; las relativas, que procuran que no delinca; y las mixtas, en que se trata de conciliar la utilidad y la justicia.

No podríamos ocuparnos ahora de esclarecer esas teorías pues la mayoría han sido separadas en su estructura sistemática, lo importante de mencionar en esta fase es que la síntesis se logra cuando, traspasado el criterio expiacionista y retributivo, se llega al que Dorado Montero denominado *derecho protector de los criminales* y en esta fase tan importante dentro de la evolución de la pena la historia de las escuelas, es de gran mérito pues no sólo tratan de esclarecer el fundamento del derecho de penar, sino que se ocupan, en la más amplia acepción de la teoría del delito y de la pena.

Por ejemplo, tenemos la Escuela Positivista en donde Enrique Ferri, hace una rara mezcla entre la teoría de la retribución y de la prevención, pues no hubo en su época similitud alguna, pero cuando el positivismo concibió al hombre y al delito como objeto natural de la indagación, las muy diversas escuelas que existían pudieron ser unificadas por contraste.

De esta escuela se desprende como caracteres comunes:

Método lógico-abstracto, puesto que el derecho penal, por ser derecho, había de trabajarse con esa metodología;

Imputabilidad basada sobre el libre albedrío y la culpabilidad moral: donde Francesco Carrara dijo ya que no podía concebirse el derecho penal sino construirlo sobre esas bases;

El delito como ente jurídico, ya que para los clásicos la acción delictiva no es un *ente de hecho*, sino el concepto del que, según el jurista Carrara, se derivan todas las consecuencias de un sistema de derecho penal; y

La pena se concibe por los clásicos como un mal y como un medio de tutela jurídica.

Por otra parte tenemos que la Doctora Emma Mendoza Bremauntz se pronuncia respecto a la reacción penal alude que “de acuerdo con el razonamiento de Constancio Bernaldo de Quirós, la pena es una reacción jurídica, ya que el delito es una acción antijurídica.

La réplica a esta acción es la pena, por lo que ésta siempre debe ser una reacción jurídica, sometida a las formalidades legales que la despojen de los excesos y defectos de que adolezca en su expresión originaria y primitiva.”⁶

Con esto se justifica en parte la facultad del Estado para ejercer una sanción, pues al someterse a las formalidades legales, estamos hablando de que el estado es y debe ser el encargado de realizar esta reacción en contra del delito, que como consecuencia del mismo es la pena en sí, por tal motivo, el gobernado le da esta facultad, ya que de lo contrario, se estarían violando garantías individuales, y tal y como lo establece nuestra Carta Magna en su artículo 17 donde establece que

⁶ MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. Derecho Penitenciario, Ed. Mc Graw Hill, México, 1998. P.36.

ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

1.1.4. Marco Normativo de la Potestad Punitiva

Para empezar, debemos partir de establecer los fundamentos constitucionales del derecho de castigar o *ius puniendi*, el cual debe admitirse que no tiene más límites que la razón y la justicia, corresponde al Estado y a nadie más que al Estado, que en este campo, es legislador, juez y ejecutor.

En efecto, veamos como se fundamenta en nuestra Ley Fundamental, la potestad punitiva del Estado.

Los artículos 18, 21, 73 fracción XXI, 89 fracción XIV y 102, apartado A) de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en sus partes relativas, dicen:

“Artículo 18. Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.- Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.-...”⁷

“Artículo 21. La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...”⁸

⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Greca, 1999.

⁸ Idem.

"Artículo 73. El Congreso tiene facultad... XXI. Para definir los delitos y faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse."⁹

"Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes... XIV.- Conceder conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales..."¹⁰

"Artículo 102. A... Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine..."¹¹

De los preceptos transcritos, cobra vida la potestad punitiva del Estado, que se traduce en el poder jurídico que tiene de tipificar, mediante ley, aquellas conductas que se estiman contrarias a la convivencia social, por consecuencia, todo aquello que ponga en peligro dicha convivencia deberá ser reprimido por el Estado, mediante el cual actúa la sociedad, de tal manera que el Estado tiene el deber y el poder de defender a la sociedad contra toda clase de enemigos.

En la actualidad toda agrupación social ha creado un conjunto de normas que regulan el funcionamiento de sus órganos colectivos como las relaciones entre sus miembros y las de éstos con aquellos entes colectivos. Si los seres humanos respetaran esas normas voluntariamente, siempre, el Derecho punitivo sería innecesario y no tendría motivo de ser no sólo la licenciatura en derecho, sino también la Maestría en Ciencias Penales, sin embargo, siendo constantes las

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

¹¹ Idem.

transgresiones al orden jurídico establecido, frente a ello figura el derecho sancionador que regula las reacciones contra el incumplimiento de los deberes.

Este derecho de castigar o *ius puniendi*, que no admite más límites que la razón y la justicia, como se desprende de los textos transcritos, corresponde al Estado y a nadie más que al Estado, que en este campo, es legislador, juez y ejecutor (el retiro de la justicia privada, de la ley del talión, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 de la Carta Magna), aun cuando debe señalarse que ello se traduce no sólo en un principio de legalidad sino también en una garantía de igualdad ante la ley y de seguridad jurídica para los gobernados.

Y así, el Estado al dictar las leyes, tiene la facultad de crear los ilícitos y las penas y, éstas normas punitivas, se componen de una descripción de la conducta considerada como infracción y el señalamiento de la sanción que ha de aplicarse a quien realice la conducta tipificada.

Esta potestad del Estado, que en principio no es transmisible, prescriptible, renunciable ni enajenable, si puede ser objeto en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, de renuncia a su ejercicio, como en la extinción y en la prescripción de la acción y de la sanción.

Pues bien, de los mismos preceptos deriva que la potestad punitiva del Estado se realiza a través de tres funciones a cargo, de los tres poderes del Estado, a quienes en consecuencia, se les encomienda la tarea punitiva.

La primera de ellas y, a que refiere el artículo 73, fracción XXI, Constitucional, es la función legislativa, a través de la cual el legislador expide las leyes que definen los delitos y establece las penas, expidiendo además, aquellas leyes que regulen los procedimientos para juzgarlos e imponer las sanciones y, aquellas que regulen la ejecución de las penas.

La segunda función, que establece el artículo 21 y 102, de la Ley Fundamental será la función jurisdiccional, que consiste en aplicar la ley al caso concreto.

La tercera función, será la ejecutiva, que se realiza al hacer cumplir coactivamente la resolución por la que se impone la sanción, conforme a lo dispuesto en el artículo 18 y 89, fracción XIV, de la misma Carta Magna.

Adicionalmente, debe señalarse que de acuerdo al sistema de distribución de competencias establecido en el artículo 124 de la misma Ley Fundamental, al disponer que "las facultades que no están expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados", encontramos que tratándose de la potestad punitiva sustantiva, adjetiva y ejecutiva, existe coincidencia de atribuciones de las autoridades federales y las autoridades estatales, lo que de suyo implica que por razón de territorio, en el país coexisten las leyes penales federales y las locales.

De tal suerte que en razón de la reserva de atribuciones de las autoridades federales y locales, los ordenamientos penales que rigen en la República Mexicana, son el Código Penal Federal y los Códigos Penales de cada una de las Entidades Federadas.

En ese sentido, las leyes especiales de carácter federal que regulan materia punitiva específica, al ser expedidas por el Congreso de la Unión rigen en la materia federal para toda la República.

Tal es el caso del Código de Justicia Militar, que tiene un ámbito de aplicación en toda la República Mexicana, que subsiste en los términos del artículo 13 Constitucional y es expedido por el Congreso de la Unión con apoyo en lo dispuesto en el artículo 73, fracción XIV, que dice: "El Congreso tiene facultad... XIV.- Para

levantar y sostener a las instituciones armas de la Unión, a saber: Ejército, Marina de Guerra y Fuerza Aérea Nacionales y para reglamentar su organización y servicio.”¹²

La potestad punitiva del Estado, fácilmente se visualiza si atendemos a las concepciones del derecho penal, en sus fases sustantiva, adjetiva y ejecutiva.

En efecto, el estudio de las normas, de las conductas que las infringen y de las sanciones aplicables a las mismas constituye el Derecho Penal material o simplemente Derecho Penal y, para una exposición ordenada y sistemática del contenido de este instrumento de control social se distingue entre una Parte General y otra denominada Parte Especial.

En la primera se estudian, en primer lugar, los fundamentos Generales de la materia; la norma jurídico penal, su estructura, contenido y función, así como los principios que la inspiran, sus fuentes y límites de vigencia temporal, espacial y personal. Tras ello se estudia, en segundo lugar, la Teoría General del Delito como infracción normativa específicamente penal, con sus elementos integrantes y formas de aparición comunes a cada una de las particulares infracciones delictivas. Y, finalmente, termina la Parte General con el estudio de las consecuencias jurídicas del delito, es decir las sanciones aplicables al mismo.

A este último apartado, le asignan algunos una cierta autonomía, configurando así una especie de Derecho Sancionador, en el que se incluye también el Derecho de ejecución de las sanciones. Pero con autonomía o sin ella, no deja de ser un apartado más de la Parte General del Derecho Penal.

Por último, en la Parte Especial se estudian las particulares infracciones delictivas y las sanciones específicas a cada una de ellas, agrupándolas sistemáticamente.

¹² Idem.

Por otra parte, la forma en la que se constata la comisión de una infracción normativa penal en el caso concreto y se imponen las sanciones aplicables a la misma constituye el proceso penal. A su estudio se dedica el Derecho Procesal Penal. La relación entre éste y el Derecho penal es tan estrecha que no pueden concebirse el uno sin el otro. Pero a pesar de su interrelación, cada uno conserva su autonomía científica y académica. Incluso a nivel legislativo se diferencian los cuerpos legales en los que principalmente se contienen ambas disciplinas.

Por último, debe señalarse que los textos constitucionales transcritos que fundamentan la potestad punitiva del Estado, no son los únicos que dan vida al Sistema del Derecho Penal Mexicano, pues también encontramos en la misma Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diversos preceptos que la estructuran, que enseguida y sin tratar de ser exhaustivos mencionaremos: la vertiente del fuero militar por cuanto se refiere a los delitos y faltas contra la disciplina militar, lo que da lugar a la justicia militar consagrada en el artículo 13; encontramos también la Justicia para los Menores Infractores referida en el cuarto párrafo del artículo 18 y en el mismo precepto el sistema penitenciario basado en la readaptación social; también tenemos el régimen establecido para las responsabilidades de los servidores públicos en los artículos 108 y siguientes, en una triple vertiente, política, penal y administrativa; tenemos el monopolio de la acción penal en el artículo 21 y la estructura y organización de los Tribunales de la Federación en los artículos 94 y siguientes; también todos aquellos derechos elevados a la categoría de garantías individuales por nuestra Ley Fundamental, como el debido proceso legal o bien, formalidades esenciales del procedimiento y el principio de exacta aplicación de la ley en materia penal, consagrados en el artículo 14; los principios de legalidad y seguridad jurídica contenidas en el artículo 16, como los requisitos para el libramiento de una orden de aprehensión y cateo, autoridad competente, fundamentación y motivación, órdenes de molestia por escrito, inviolabilidad del domicilio y comunicaciones, excepciones para la detención de los gobernados; las garantías penales en el procedimiento penal referidas en los artículos 19 y 20; la prohibición de penas inusitadas y trascendentes; el principio non

bis in idem contenido en el artículo 23; ciertas prerrogativas en materia adjetiva para las culturas indígenas, que derivan de lo dispuesto en el artículo 4º, párrafo inicial y; la materia de seguridad pública contenida en el artículo 21.

Las facetas de la potestad punitiva del Estado, se visualizan claramente al analizar la estructura del proceso penal federal (similar a los códigos procesales estatales), compuesto de diversos procedimientos, el primero de ellos, de investigación de aquellas conductas infractoras de las normas punitivas, el segundo, que se origina cuando el juzgador conoce de la consignación de la averiguación y concluye cuando se dicta sentencia, bien en primera o en segunda instancia y, el tercer procedimiento, resultante o culminación de los dos anteriores, que es el ejecutivo que comprende hasta la extinción de la sanción aplicada.

1.1.5. La Potestad Punitiva en su fase Legislativa

De las normas constitucionales analizadas en el capítulo anterior, ni de ninguna otra de la misma Ley Fundamental, se desprende la obligación para el legislador de realizar sus tareas, en el aspecto punitivo, siguiendo alguna construcción ideológica preconcebida.

Para ejemplificar lo anterior, veamos enseguida algunas facetas del legislador en el ejercicio de sus tareas punitivas.

Los legisladores mexicanos siguiendo una tendencia generalizada hasta finales de la década de los 80's, configuraron paralelamente al Código Penal Federal, un crecido número de ilícitos que llevan aparejadas sanciones de tipo penal, aun cuando las normas que lo integran son indudablemente de naturaleza penal, ya que caen en el ámbito común de lo injusto.

En la práctica forense federal diaria es común referirse a los "delitos en particular" y a los "delitos especiales", entendiéndose por los primeros, como aquellas descripciones contenidas en el Código Penal Federal y, por los segundos,

aquellas descripciones típicas que se encuentran inmersas en una diversidad de leyes también especiales.

El mismo artículo 6° de nuestra codificación sustantiva penal en materia federal, reconoce la existencia del principio de especialidad, al establecer: "Cuando se cometa un delito no previsto en este Código, pero sí en una ley especial o en un tratado internacional de observancia obligatoria en México, se aplicarán éstos, tomando en cuenta las disposiciones del Libro Primero del presente código y, en su caso, las conducentes del Libro Segundo.- Cuando una misma materia aparezca regulada por diversas disposiciones, la especial prevalecerá sobre la general."¹³

De igual manera el artículo 50 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, al establecer:

"Los jueces federales penales conocerán:

I. De los delitos del orden federal.

Son delitos del orden federal:

a) Los previstos en las leyes federales y en los tratados internacionales. En el caso del Código Penal Federal, tendrán ese carácter los delitos a que se refieren los incisos b), a l) de esta fracción. b) Los señalados en los artículos 2 a 5 del Código Penal."¹⁴

Sin embargo, resulta inexplicable, para algunos, que si ambos son una producción del mismo legislador federal y tienen un mismo ámbito territorial de aplicación, los encontremos en una gran variedad de ordenamientos, de índole distinta a la penal, máxime si consideramos que resulta imposible distinguir ontológicamente entre lo ilícito civil, lo ilícito administrativo, lo ilícito fiscal y lo ilícito penal, porque ésta noción es única intrínsecamente, como es único el orden jurídico.

¹³ Código Federal de Procedimientos Penales, Ed. Sista, 1999.

¹⁴ Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, Ed. Sista, 1999.

La pluralidad de leyes especiales que contienen normas punitivas de carácter sustantivo, originan problemas también de tipo especial en la práctica diaria, pues rompen con instituciones jurídicas penales, a guisa de ejemplo: Recordar el caso del policía que conduciendo un automóvil en estado de ebriedad en el Zócalo de la Ciudad de México, perdió el control del mismo y se proyectó en el Templo Mayor, causando serios daños a la zona arqueológica, una vez integrada la averiguación previa se ejerció acción penal con detenido por considerarlo como probable responsable en la comisión del delito culposo de daño a monumentos culturales, previsto en la Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, la representación social federal aplicó la ley especial, pero se le olvidaron reglas generales del derecho penal contenidas en el Código Penal Federal, como lo es que sólo se considerarán como delitos culposos, aquellos que se establecen expresamente en la parte especial, según lo dispuesto por el artículo 60. En esa virtud, el juzgador federal al resolver la situación jurídica del inculpado le decretó auto de libertad por falta de elementos para procesar, por la imposibilidad de punir otra conducta fuera de los casos señalados en la disposición antes mencionada.

Y así, como el anterior caso se pueden citar diversos, sobre todo tratándose de los delitos culposos en el ámbito federal en que rige el principio de *numerus clausus* o cerrado, pues de la interpretación del artículo 60 del Código Penal Federal, se desprende que sólo serán considerados como delitos imprudenciales los ahí expresamente citados, de ahí que en el caso de los delitos de daños ocasionados a los monumentos culturales previstos en la Ley Federal sobre Monumentos o Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas, al no estar contemplados en el artículo mencionado, sólo podrán ser sancionados penalmente en su forma dolosa.

En ejercicio de la función punitiva del Estado, desde un punto de vista de la función legislativa, en la actualidad tenemos las siguientes legislaciones federales de carácter especial que contienen delitos:

Ley de Amparo.

Código Fiscal de la Federación.
Código Federal de Procedimientos Penales.
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
Ley General de Salud.
Ley Aduanera.
Ley Federal del Trabajo.
Ley de Instituciones de Crédito
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
Ley Federal de Radio y Televisión.
Ley del Mercado de Valores.
Ley del Servicio Militar Obligatorio.
Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativa al Ejercicio de las Profesiones.
Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.
Ley Federal de Juegos y Sorteos.
Ley de Extradición Internacional.
Ley Sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional.
Ley de Imprenta.
Ley Federal de Instituciones de Fianza.
Ley del Seguro Social.
Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
Ley de Vías Generales de Comunicaciones.
Ley Federal de Vivienda.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
Ley Federal de Radio y Televisión.

Ley que Declara Reservas Minerales Nacionales los Yacimientos de Uranio, Torio y demás sustancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que pueden producir Energía Nuclear.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Ley sobre la Elaboración y Venta de Café Tostado.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley del Mercado de Valores.

Ley del ISSSTE.

Ley del INFONAVIT.

Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley de la Propiedad Industrial.

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Ley General de Población.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Como se aprecia, el legislador, para algunos con una tendencia descodificadora, expidió una legislación paralela a la del Código Penal, que prevé más delitos de los contenidos en el propio código, sin embargo, en la actualidad y dada una tendencia nuevamente codificadora, ya no son tantas, como lo eran todavía a mitad de la década de los 90's, en que encontrábamos también ilícitos en las siguientes legislaciones.

Ley Federal de Caza.

Ley Forestal.

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Ley Federal del Derecho de Autor.

Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales.

De tal manera que debe estimarse que esa legislación punitiva paralela, no es producto de una descodificación o parcelamiento de la codificación penal troncal, es decir, los códigos penales no se han hecho más pequeños, sino que conforme han evolucionado nuestras Administraciones de Gobierno, han nacido una variedad de ilícitos penales que antes ni siquiera se pensaba en ellos, por tanto, son una consecuencia lógica de la evolución tan veloz y apabullante del derecho de la Administración Pública, que motivo una política legislativa que tenía que ser no sólo creativa en la formación de las nuevas formas de regulación del sistema de gobierno, sino que sus respuestas tenían que ser también rápidas y, si se toma en consideración que se estaba dando una nueva construcción jurídica es lógico estimar que sería motivo de constantes ajustes, de ahí que desde un punto de vista de técnica legislativa, la reacción fue la de incluir los capítulos de infracciones y delitos en las mismas legislaciones, lo que de suyo facilitaría la conformación de este nuevo derecho administrativo.

La etapa de conformación de este nuevo derecho de la Administración Pública, continua en proceso de ajustes, pues continuará en evolución dado que cada vez son más estrechas las relaciones comerciales de los países que conforman el mundo, sin embargo, en cuanto a la construcción de ese derecho punitivo de carácter especial, paralelo al general, parece haber encontrado fondo y de ahí la tendencia a realizar su compilación en el Código Penal Federal, máxime si se tienen en consideración las múltiples problemáticas que se enfrentan en la práctica diaria para los juzgadores, al encontrar choques, como el mencionado al principio de este trabajo, con los principios generales contenidos en el Código Penal Federal, que derivan de ese paralelismo, aun cuando la inclusión de los delitos especiales en títulos que se agreguen a nuestra codificación engendrarán, lógicamente, otro tipo de problemas, como los que se han vivido en otros países.

Es con este criterio realista, en el sentido que si los ilícitos especiales no admiten necesariamente el encuadramiento en los cánones jurídicos del derecho penal, donde encontramos la justificante del nuevo sistema penal, paralelo al

tradicional, tratándose de la delincuencia organizada, pues, el enfrentamiento a la misma no pudo darse con las viejas reglas del juego.

Como se aprecia de lo anterior, no es fácil la tarea punitiva del legislador, pues, tan sólo de los anteriores ejemplos, podríamos rescatar temas jurídicos importantes discutidos ampliamente en la academia como lo son, no sólo el fenómeno de la delincuencia organizada o el de codificación o descodificación.

En efecto, de la función punitiva en su vertiente legislativa, encontramos también temas interesantes como el que Don Luis Jiménez de Azúa denomina "extremoso federalismo" y en el que encontramos, cuando menos dos corrientes, por una parte, aquella tendencia que sostiene que la materia penal debe continuar asignada, como otros órdenes normativos a los Estados de la Federación, por otra parte, aquella posición que ha propuesto la necesidad de adicionar el artículo 73 Constitucional, para abrir la posibilidad, de plano, a un Código Penal para los Estados Unidos Mexicanos, con sus consecuencias procesales, inclusive, judiciales y ejecutivas. Quienes así piensan, invocan ejemplos como el de Argentina, Venezuela y Brasil.

Por si fuera poco, también tenemos extremos que llevan al legislador, en su carácter de Potestad Revisora y en uso de ese *ius puniendi*, a modificar preceptos constitucionales, sustrayendo de la esfera de los gobernados derechos ganados y consagrados como garantías individuales, como es el caso de las últimas reformas realizadas a los artículos 16 y 19 constitucionales, que redujeron los requisitos para poder emitir una orden de aprehensión y para dictar un auto de formal prisión.

Sin embargo, a pesar de reconocer la pesada carga que implica la tarea punitiva para el legislador, aunada a todos sus demás quehaceres legislativos, debiéramos encontrar un proceso de construcción desde el punto de vista legislativo, que diera no sólo unidad al sistema penal, sino congruencia, que comprendiera

desde el sistema de prevención del delito hasta la rehabilitación y resocialización del reo.

Empero, a cambio de ello, encontramos construcciones parciales, desarticuladas, o soluciones populistas que responden al momento de que se trate.

Y, no sólo lo anterior, sino la atribución que hace suya el Ejecutivo Federal de realizar, vía Secretaría de Gobernación, de realizar programas sexenales de prevención y readaptación social, como el correspondiente a 1995-2000, que lógicamente deja fuera de sus estimaciones lo que refiere a la aplicación del derecho, esto es, parcializa el sistema punitivo nacional, tal vez por considerar que resulta innecesario tomar en consideración la fase judicial de la potestad punitiva del Estado.

A que nos lleva lo anterior? A que la Potestad Punitiva del Estado responde no solamente a planes sexenales, sino que se concibe fragmentadamente, en todas sus facetas.

1.1.6. La Potestad Punitiva en su fase Judicial

Pues bien, como ya quedó establecido la potestad punitiva en su vertiente, aplicación del derecho al caso concreto, corresponde al Poder Judicial, llámese del fuero común o del fuero federal.

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 1º, concibe el proceso penal federal, en diversos procedimientos y, como ya se analizó anteriormente, el segundo de ellos, corresponde al Poder Judicial, mismo que concluye con el dictado de una sentencia elevada a la categoría de cosa juzgada, ya en primera o en segunda instancia, incluso, agotado el juicio de amparo.

El mismo ordenamiento, dispone de un capitulo para la ejecución de dichas sentencias, estableciendo que dicha fase del procedimiento penal corresponde al

Poder ejecutivo, a través del órgano que para tal efecto señale la ley, dígase Dirección General de Prevención y Readaptación Social.

El artículo 531, impone la obligación al juzgador de que una vez que cause estado la sentencia condenatoria, incluso, absolutoria, que hubiere dictado, dentro de las 48 horas siguientes debe comunicarlo a la Dirección General antes mencionada, remitiéndole para el efecto copia autorizada de la sentencia, con la advertencia de que el incumplimiento de la orden contenida en la disposición implica el ser sancionado con 5 a 15 días de salario mínimo.

El artículo 529, dispone que la obligación de vigilar que las sentencias sean estrictamente cumplidas, corresponde no al juzgador que la emitió, sino al Ministerio Público, es decir, al Poder Ejecutivo.

Como se aprecia, el juzgador únicamente debe encargarse de aplicar la ley al caso concreto y la ejecución de sus sentencias corresponde al órgano ejecutor y, ello no es lo grave, sino que no existen normas que den un seguimiento coherente a aquella sentencia condenatoria y su cumplimiento, pues, el ejecutor no tiene obligación de comunicar al juez que el inculcado ha dado cumplimiento o no a la sentencia.

No obstante lo anterior, vemos en la práctica, que hay casos en que después de tres años de que se dictó una sentencia de un año, debidamente notificada a la autoridad ejecutora, ésta pide información al juez para saber si el sentenciado cumplió con la misma. Otros casos, en que después de diez años, la autoridad ejecutora fiscal, manda pedir informes al juez respecto del domicilio del condenado para proceder a hacer efectiva alguna sanción pecuniaria. Casos, ambos, con prescripción de la sanción.

No es todo, en algunos otros casos, nos encontramos en que hay procesados que debieran estar purgando alguna sentencia condenatoria, que misteriosamente

son nuevamente puestos a disposición de la autoridad judicial, empero por diverso ilícito que cometieron.

Aunado a la problemática anterior, referida a la incongruencia del sistema punitivo penal, derivada de la falta de normas constitucionales o legales que armen una construcción completa, encontramos otros problemas, veamos.

Si tenemos en consideración las disposiciones constitucionales que regulan el derecho a la jurisdicción y aquellas disposiciones de tipo orgánico o bien, procedimental, nos vamos a encontrar para empezar, que ninguna de ellas nos dice qué es un juzgado, cuáles son las tareas que adicionalmente a las jurisdiccionales realizan, ni quién es el responsable del mismo.

Para desarrollar el tema, tomaremos en consideración la Administración de la Justicia Federal, no sólo porque en la misma nos encontremos prestando nuestros servicios, sino también porque existen estudiantes de la carrera de licenciatura en derecho que no logran diferenciar el fuero federal y el fuero común y confundan, por ello, lo que es un Magistrado de un Tribunal Superior de Justicia y un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no se diga un juez federal y un juez del fuero común.

No obstante ello, las conclusiones a que se arriben, son aplicables no sólo a aquellos órganos unipersonales que integran a los poderes judiciales de los Estados, sino incluso a aquellos órganos colegiados, ya federales o del fuero común.

En primer término, debe dejarse establecido que los Juzgados de Distrito son los tribunales jurisdiccionales unipersonales establecidos en la Constitución Federal que forman parte del Poder Judicial Federal y, que conocen en primera instancia de aquellos asuntos del orden federal que le han sido encomendados por la propia Ley Suprema y, se podría decir, que son los órganos jurisdiccionales federales de rango

jerárquico inferior, en los que se ha depositado el ejercicio del Poder Judicial de la Federación.

La materia de competencia de los Juzgados de Distrito desde un punto de vista estrictamente jurisdiccional, es conocer en primera instancia del juicio de amparo y de los procesos federales en materia penal y en materia civil.

Por otra parte, los Secretarios y Actuarios de los Juzgados de Distrito, son aquellos auxiliares judiciales de carácter técnico, que redactan, autorizan o legalizan las actuaciones del juzgador, ordenan, custodian los expedientes y en fin deben cumplir con los cometidos que las leyes les asignen. Los Oficiales Judiciales, son también personal auxiliar, empero, para las funciones encomendadas a los Secretarios y Actuarios Judiciales.

Como se colige, pues, la función jurisdiccional o de administración de la Justicia Federal, en los Juzgados de Distrito esta encomendada a los juzgadores, esto es, a los titulares de dichos órganos y no a los Secretarios, Actuarios o personal de apoyo administrativo, que deben estimarse únicamente como auxiliares de aquél.

Respecto del tema y en lo que corresponde a los Secretarios Judiciales de un Juzgado de Distrito, vale señalar que es cierto que son auxiliares de carácter técnico del juzgador, empero, también en los casos expresamente establecidos en el artículo 43 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, esto es, tratándose de ausencias accidentales (no superiores a los quince días) o temporales (cuando exceden el término antes mencionado), del titular del juzgado, lo sustituyen y, en el caso de las primeras, dichos secretarios pueden dictar las providencias de mero trámite y resoluciones de carácter urgente y, tratándose de las segundas, el secretario que autorice el Consejo de la Judicatura Federal, sustituirá al titular como encargado del despacho y, en esa virtud si se encuentra autorizado para sustituir en todas sus funciones al titular del juzgado y, con ello, para resolver en definitiva

cualquier asunto sometido a su conocimiento, asumiendo desde luego, toda la responsabilidad que de su actuación derive.

Lo anterior así ha sido sustentado por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en las tesis publicadas, respectivamente, en las páginas 226 y 202, Tomos II y VI, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, correspondiente a los meses de diciembre y octubre de mil novecientos noventa y cinco y, mil novecientos noventa y siete, que dicen:

"JUEZ DE DISTRITO. EL SECRETARIO ENCARGADO DEL DESPACHO POR AUSENCIA DE AQUEL, CARECE DE FACULTADES PARA RESOLVER EN DEFINITIVA, SI NO CUENTA PARA ELLO CON AUTORIZACION PREVIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACION (ARTICULO 57 DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION VIGENTE HASTA 1994).- El artículo 57 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, prevé dos hipótesis respecto de las faltas o ausencias del juez de Distrito, distinguiendo entre las accidentales y las temporales. En el primer caso, dispone que el secretario practicará las diligencias y dictará las providencias de trámite, así como las resoluciones de carácter urgente; y por cuanto a las segundas que para desempeñar las funciones del titular, el secretario deberá estar autorizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. De lo anterior se infiere que, en este segundo caso, esto es, cuando se autorice al Secretario, como encargado del despacho, éste debe precisar si se encuentra autorizada para sustituir en sus funciones al titular del juzgado, de acuerdo con el precepto legal de que se trata, pues de lo contrario no se puede determinar si está o no facultado para resolver en definitiva."

"REVISION ADMINISTRATIVA. ES PROCEDENTE LA INTERPUESTA POR UN SECRETARIO CONTRA LA RESOLUCION DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, QUE LO DESTITUYE POR SU ACTUACION COMO ENCARGADO DEL DESPACHO.- Conforme al artículo 122 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la

Federación, las resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal serán definitivas e inatacables salvo las que se refiere, entre otros casos, a la remoción de Magistrados de Circuito. Con base en lo anterior, y considerando que formal y materialmente los actos realizados por los Secretarios en funciones de Magistrados, por ministerio de ley o por autorización del Consejo de la Judicatura Federal, son auténticos actos de autoridad avalados por la ley, así como que al asumir tal encargo implica adquirir las responsabilidades y prerrogativas inherentes, debe concluirse que en el supuesto de que el Consejo de la Judicatura Federal destituya a un secretario por alguna falta cometida durante el tiempo en que estuvo en funciones de Magistrado de Circuito, dicha sanción derivó precisamente de las actuaciones que realizó con tal carácter con independencia de que los efectos de la sanción los resienta en su cargo original, por lo que en tal caso resulta procedente el recurso de revisión administrativa intentado por el secretario removido, pues de lo contrario, se estaría "desconociendo el carácter con el que actuó, la naturaleza de la sanción impuesto y los derechos que se adquieren en razón del encargo."

Sin embargo, éstos órganos que integran el Poder Judicial de la Federación, también tienen que realizar otras tareas en cumplimiento a lo dispuesto en nuestra misma Ley Suprema.

En efecto, el artículo 17, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone:

"Artículo 17.- Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales. Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones. Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil."

El precepto constitucional transcrito atribuye, genéricamente, a los Tribunales la función jurisdiccional, sin embargo, si se analizan las significaciones de los diversos términos "tribunal" y jurisdicción, en unión a los elementos formales del acto jurisdiccional, encontraremos que hay otras tareas que no son propiamente jurisdiccionales y que también tienen que realizar los juzgadores para dar cumplimiento a la obligación constitucional.

El término "tribunal" se encuentra referido al lugar en que tiene su sede un órgano, ya unipersonal o colegiado, integrante del poder judicial, encargado de administrar justicia y pronunciar sus sentencias.

Por su parte, el término "jurisdicción" según el libro "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", de Eduardo J. Couture, Tercera Edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1990, tiene las siguientes acepciones:

Como ámbito territorial;

Como sinónimo de competencia;

Como conjunto de poderes o autoridad de ciertos órganos del poder público;

Y, en su sentido preciso y técnico, de función pública de hacer justicia.

De entre los elementos formales del acto jurisdiccional, que derivan del propio artículo 17 constitucional, tenemos a los gobernados o administrados, traducidos como las partes en el juicio, actor, demandado y eventualmente terceros interesados y, claro está, los jueces o administradores de justicia designados por el Estado para ejercer la función jurisdiccional.

Bajo esta misma tesitura, debe decirse que la administración de justicia a que alude el artículo 17 de la Constitución Federal, no sólo refiere a la función propiamente jurisdiccional desplegada por el juzgador, sino también implica la administración de su tribunal y por ello, el administrador, cargo que recae en el Juez,

debe dictar todas aquellas medidas de carácter administrativo que estime convenientes, a efecto de organizar, coordinar y supervisar el funcionamiento del mismo, con la finalidad de dar cumplimiento al mandato constitucional, en el sentido de que la administración de justicia sea pronta, completa e imparcial.

Esta serie de tareas gerenciales o de administrador que tiene que realizar todo juzgador para el buen despacho del Juzgado del cual sea titular, no las encontramos en algún capitulado especial de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, sino que se van desprendiendo de diversos preceptos que regulan aspectos como lo que es la Carrera Judicial e ingreso a la misma, el de Responsabilidad, Vacaciones y Días Inhábiles y, Licencias, como enseguida se verá:

“ARTICULO 110. La Carrera Judicial está integrada por las siguientes categorías:

- I. Magistrados de circuito;
- II. Juez de distrito;
- III. Secretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia;
- IV. Subsecretario General de Acuerdos de la Suprema Corte de Justicia;
- V. Secretario de Estudio y Cuenta de Ministro;
- VI. Secretario de Acuerdos de Sala;
- VII. Subsecretario de Acuerdos de Sala;
- VIII. Secretario de Tribunal de Circuito;
- IX. Secretario de Juzgado de Distrito; y
- X. Actuario del Poder Judicial de la Federación”

“ARTICULO 115. La celebración y organización de los exámenes de aptitud para las categorías a que se refieren las fracciones III a X del artículo 110 de esta ley, estarán a cargo del Instituto de la Judicatura en términos de las bases que determine el Consejo de la Judicatura Federal, de conformidad con lo que disponen esta ley y el reglamento respectivo. Los exámenes de aptitud se realizarán a petición

del titular del órgano que deba llevar a cabo la correspondiente designación, debiendo preferir a quienes se encuentren en las categorías inmediatas inferiores.

Igualmente podrán solicitar que se practique un examen de aptitud, las personas interesadas en ingresar a las categorías señaladas en el primer párrafo de este artículo, quienes de aprobarlo serán consideradas en la lista que deba integrar el Consejo de la Judicatura Federal, para ser tomados en cuenta en caso de presentarse una vacante en alguna de las categorías contempladas en las propias fracciones III a X del artículo 110. El Consejo de la Judicatura Federal establecerá, mediante disposiciones generales, el tiempo máximo en que las personas aprobadas en los términos del párrafo anterior permanezcan en dicha lista. Antes de designar a la persona que deba ocupar el cargo la Suprema Corte de Justicia, su presidente, las Salas, el ministro, el magistrado o juez respectivo, deberá solicitar al Consejo de la Judicatura Federal que le ponga a la vista la relación de las personas que se encuentren en aptitud de ocupar la vacante. Para el caso de los secretarios de estudio y cuenta de ministros, se exigirá además que cuando menos las dos terceras partes de las plazas de cada ministro, deban ocuparse por personas que se hayan desempeñado durante dos años o más en alguna o algunas de las categorías VIII y IX del artículo 110 de esta ley."

"ARTICULO 132. El procedimiento para determinar las responsabilidades de los servidores públicos del Poder Judicial de la Federación a que se refiere este Título se iniciará de oficio, por queja o denuncia presentada por cualquier persona, por el servidor público que tenga conocimiento de los hechos o por el agente del Ministerio Público Federal. Las denuncias anónimas sólo serán tramitadas cuando estén acompañadas de pruebas documentales fehacientes. Las denuncias que se formulen deberán estar apoyadas en pruebas documentales o elementos probatorios suficientes para establecer la existencia de la infracción y presumir la responsabilidad del servidor público denunciado."

“ARTICULO 159. Los servidores públicos y empleados de la Suprema Corte de Justicia y del Consejo de la Judicatura Federal, disfrutarán de dos periodos de vacaciones al año entre los periodos de sesiones a que se refieren los artículos 3o. y 70 de esta ley. Los funcionarios designados para cubrir los recesos disfrutarán de las correspondientes vacaciones dentro de los dos primeros meses siguientes al del periodo inmediato de sesiones.”

“ARTICULO 164. Todo servidor público o empleado del Poder Judicial de la Federación que deba faltar temporalmente al ejercicio de sus funciones, deberá contar con la licencia otorgada en los términos de este Capítulo. En toda solicitud de licencia deberán expresarse por escrito las razones que la motivan.”

“ARTICULO 175. Las licencias a los secretarios y actuarios de los tribunales unitarios de circuito y de los juzgados de distrito que no excedan de seis meses, serán concedidas por el magistrado o juez respectivo. Las licencias que excedan de dicho término serán concedidas por el Consejo de la Judicatura Federal. Las licencias de los demás empleados de los tribunales unitarios de circuito y juzgados de distrito serán concedidas por el titular del juzgado o tribunal al cual estén adscritos.”

Como se colige, hay tareas de tipo administrativo como las de ingreso a la carrera judicial en las plazas de Secretarios Judiciales y Actuarios Judiciales que tienen que ser desarrolladas por los Jueces de Distrito, a través de llevar a cabo los Concursos de Oposición correspondientes; las tareas de iniciar y concluir los procedimientos administrativos de responsabilidad instaurados en contra de alguno de los servidores públicos adscritos al Juzgado del que sea titular; otorgar licencias con o sin goce de sueldo y; programar las vacaciones del personal. Sin embargo, también hay otras tareas como son las de previsión del equipamiento de bienes muebles y equipo de oficina, pago de recibos de teléfono, etcétera, que no vienen señaladas en ninguna disposición legal secundaria como obligación del titular, pero que las tiene que desarrollar.

La función jurisdiccional y de administración de la Justicia Federal, en los Juzgados de Distrito está encomendada a los juzgadores, esto es, a los titulares de dichos órganos y no a los Secretarios, Actuarios o personal de apoyo administrativo, que deben estimarse únicamente como auxiliares de aquél.

Así, la administración de la Justicia Federal, en sus dos aspectos (jurisdiccional y administrativa), es exclusivamente responsabilidad del titular del órgano jurisdiccional, quien en el ejercicio de su encomienda, debe no sólo distribuir las tareas del órgano jurisdiccional, en su personal de apoyo técnico y administrativo, sino también, coordinar y supervisar que éstos las realicen, de tal manera que el administrador del tribunal, esté en aptitud, en caso de incumplimiento por parte de éstos últimos, entonces sí, por cuanto al incumplimiento de las tareas encomendadas aplicar los correctivos y medidas disciplinarias procedentes.

En consecuencia de lo anterior, si al titular de un Juzgado de Distrito es a quien se le atribuye la función jurisdiccional como encargado de administrar justicia, en sus dos aspectos, y, en el ejercicio de su función debe someterse a los dispositivos constitucionales y legales aplicables, es claro, que la inobservancia a éstos acarrea responsabilidad para el mismo y, si bien para substanciar los asuntos que son sometidos de su conocimiento debe apoyarse en los auxiliares judiciales, como los son los Secretarios, Actuarios y demás personal administrativo, su función jurisdiccional propiamente dicha, no la puede delegar en éstos y, por tanto, tampoco la responsabilidad, salvo aquellos casos expresamente establecidos en los artículos 43, de la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y 57, de la anterior ley, que establecen la suplencia para las ausencias accidentales o temporales del Juez de Distrito, en que un secretario puede, en el primer supuesto, dictar las providencias de trámite, resoluciones de carácter urgente y, en el segundo supuesto, substituir de manera completa al titular del juzgado, en cuyo caso asume las responsabilidades y prerrogativas inherentes al cargo.

Como se aprecia, pues, tanto en el ámbito externo como interno de aplicación de la ley al caso concreto, como fase de la potestad punitiva del Estado, encontramos puntos jurídicos interesantes a tratar.

1.1.7. La Potestad Punitiva en su fase Ejecutiva

Por cuanto se refiere a la potestad punitiva en su vertiente ejecutiva que, como ya vimos, corresponde al poder ejecutivo, encontramos aspectos muy importantes, pues en esta fase nace a la vida jurídica nuestro derecho penitenciario o de ejecución de penas o de consecuencias jurídicas del delito, con la obligación constitucional de que el ejercicio de la misma debe ser sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente, veamos.

Respecto del tema, se convida con Don Sergio García Ramírez, quien sostiene: "Para la adscripción de la penitenciaria en la compleja enciclopedia de las ciencias penales, no obsta, por cierto el regateo de la calidad de derecho y la atribución, en cambio, de la preceptiva. Carece de importancia práctica si el derecho es o no verdadero derecho, como carece de trascendencia efectiva, porque no altera en lo mínimo su función ni estorba sus propósitos, que el Derecho sea o no verdadera ciencia. Los ríos de tinta gastados en esta controversia podrían haberse destinado, mejor, a reforzar la aplicación jurídica. Durante mucho tiempo el Derecho Penitenciario fue apéndice del Penal, inserto como desarrollo, más o menos anecdótico o sistemático, de la teoría jurídica de la pena. El Penitenciario no puede ser entretenimiento de los penalistas, apéndice o brazo menor del derecho material. Mucho menos puede serlo la función penitenciaria, que reclama, como la penal o la procesal lo solicitan, la entrega de la especialización. Ciertamente no es el penitenciarismo, ni quiere serlo, que hacer de gabinete o de salones, ni brinda oportunidad de enriquecimiento ni confiere a quien lo profesa especial prestigio o extiende fama. Es, en este sentido, un oscuro desempeño, tan oscuro como la materia prima sobre la que se vuelva, porque se trabaja en el mismo almacén de la

patología, el abandono y la tristeza, y a veces su ejercicio se paga con la vida, así ocurrió en el principio de estas cosas, en aquella olvidada prisión de Crimea".¹⁵

Como se señala al principio de éste capítulo, el derecho de ejecución de las penas, nace de la misma potestad punitiva del estado, que como se dibujo anteriormente, tiene tres vertientes y, precisamente es la última de ellas, la que origina este derecho del estado a ejecutar las penas, de tal manera que no podemos sustraer una parte del cuerpo y decir que no formaba parte del mismo.

Por otro lado, es cierto, también que hemos tenido casos de especialistas en el derecho de ejecución de las penas, que el buen ejercicio del mismo, lo han pagado con su vida o de otros, que sin mezclarse con ese submundo, dejan pasar y dejan hacer, sobreviviendo y, por último, de los más, que sí ven en su ejercicio la oportunidad de enriquecimiento.

Pero bueno, retornando al tema, veamos para reforzar que el derecho de la ejecución de penas, si es parte integral del derecho penal y por tanto, sí es una rama del derecho, lo que sostienen algunos autores respecto del tema.

La doctora Bremauntz citando a Jiménez de Azúa menciona al respecto que algunos autores, como Novelli, sostienen que el Derecho Penitenciario es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y las medidas de seguridad desde el momento en que es ejecutivo el título que legitima su ejecución, de esta definición resultan algunos elementos esenciales para caracterizar al derecho penitenciario como tal, al señalarse que debe ser ejecutiva y ejecutable la decisión que hace legítima la aplicación de la pena y hasta ese momento en que legítimamente se puede cumplir en sus términos la sentencia, debe ejecutarse."¹⁶

¹⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Represión y Tratamiento Penitenciario de criminales, Ed. Logos, México, 1962, p. 225

¹⁶ JIMÉNEZ DE AZÚA, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit. p.6

“Por su parte Cuello Calón, sostiene que se trata del derecho de ejecución penal y estima que éste contiene las normas jurídicas que regulan la ejecución de las penas y medidas de seguridad, con un predominante sentido de garantía de los derechos del penado. Una característica importante que deriva del concepto de Cuello Calón y que tiene alta significación en cuanto a los fines del derecho penitenciario, es que no lo limita a la pura ejecución de las penas, sino también refiere a las garantías que al respecto se le deben reconocer y respetar al sentenciado.”¹⁷

En esta última parte, se concuerda con Cuello Calón, en cuanto como ya vimos con anterioridad, el derecho sancionador del Estado nace de la potestad punitiva que la Ley Fundamental le asigna, y en el ejercicio de ésta debe respetar los principios que la misma Carta Magna establece en su artículo 18.

Debe señalarse, que en ésta misma vertiente en donde algunos doctrinarios justifican la existencia de un juez de ejecución de la pena, denominado “hijo bastardo”, por Michel Foucault con independencia de la autoridad ejecutora, con funciones puramente jurisdiccionales y de vigilancia.

Por su parte, Antonio Sánchez Galindo, concibe al derecho penitenciario, “como una etapa primitiva de la ejecución de las penas, cuando los fines de ésta eran precisamente la penitencia es el grupo de normas que en el pasado se ocupaban de la ejecución de la pena a través del principio de la retribución y el castigo y, el derecho de ejecución penal es el conjunto de normas con las que el derecho penal remata su acción y con las cuales procura, en la actualidad, no la pena o la sanción, la represión o el castigo, sino la rehabilitación, la readaptación o la resocialización del delincuente.”¹⁸

¹⁷ CUELLO CALON, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit. p.6

¹⁸ SANCHEZ GALINDO, Antonio. Penitenciarismo, la prisión y su manejo, Inacipe, México, 1991. P. 23

De las anteriores concepciones doctrinas y otras más que nos ofrecen diversos autores, de lo que es el derecho sancionador, el derecho penitenciario, el derecho ejecutivo penal o, incluso, la teoría de las consecuencias jurídicas del delito, es de concluirse, que estrictamente podemos hablar de un derecho ejecutivo penal, pues, deriva precisamente de la potestad punitiva del estado en su fase ejecutiva, aun cuando el término no ha tenido una aceptación generalizada e históricamente el término derecho penitenciario, puede tener una significación limitada en cuanto a lo referente a la pena de prisión, su utilización es más aceptada y permite, en todo caso, aplicarlo al derecho ejecutivo penal, pero con un entendimiento en sentido amplio.

Pues bien, establecido lo anterior enseguida debemos referirnos a la penología, a la ciencia penitenciaria y al penitenciarismo.

De una manera simple, puede sostenerse que la ciencia penitenciaria se ocupa de los apoyos científicos, de la utilización de los avances que diversas ciencias pueden proporcionar a la ejecución penal para lograr, a veces, el arrepentimiento, a veces un cambio de conducta, a veces incluso un sufrimiento, pero en la realidad como ciencia penitenciaria, en la actualidad se le concibe como el conjunto de conocimientos científicos aplicables en la ejecución de la pena de prisión para lograr sus fines.

"Cuello Calón, en su Moderna Penología, citada anteriormente, sostiene que existen, cuando menos de los dos primeros términos, es decir, de penología y ciencia penitenciaria, muchos conceptos dados por diferentes autores que sin embargo, son poco precisos. Cuando habla de penología, dice que algunos autores, sobre todo norteamericanos, la entienden como parte de la criminología y no como una ciencia autónoma, que difiere de la citada criminología en que ésta es una ciencia pura y la penología es una ciencia aplicada. Calón considera que la penología es una disciplina autónoma dedicada al estudio de los diversos medios de represión y

prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), sus métodos de aplicación y de la actuación penitenciaria.”¹⁹

Este autor comprende en su estudio, no sólo las medidas privativas de libertad, sino todas las penas, la de muerte, las corporales, las restrictivas de libertad, las pecuniarias y todo género de sanción, pena o medida, sea con sentido retributivo o con finalidad reformadora o defensorista, así como los métodos de su ejecución.

“Luis Garrido Guzmán, considera que la ciencia penitenciaria es una parte de la penología que se ocupa del estudio de las penas privativas de libertad, de su organización y aplicación, con la finalidad de reintegrar, profesional y socialmente a los condenados y, le retribuye a la penología la responsabilidad de estudiar las restantes penas, la capital, las restrictivas de libertad o derechos, las pecuniarias, así como la asistencia postcarcelaria.”²⁰

Considera que en tanto la ciencia penitenciaria se ocupa de estudiar las penas privativas de libertad con los problemas que se plantean por su ejecución, desde un punto de vista científico, objetivo y teórico, el derecho penitenciario es el conjunto de normas jurídicas que regulan la ejecución de la pena en una legislación específica y determinada.

El mismo autor señala que el derecho penitenciario logra su integración, con el complemento que le proporciona el llamado penitenciarismo, que se entiende como el conjunto de elementos que articulan sustancialmente a los diferentes momentos en los que se ejecutan una pena o medida de seguridad, impuestas por una autoridad judicial. El penitenciarista es un profesional que reúne los conocimientos teóricos y experiencia para alcanzar, en forma congruente, los fines de la ejecución penal dentro de los establecimientos penales y en cualquier nivel, esto es, sea en instituciones de máxima, media o mínima seguridad, como trabajador administrativo,

¹⁹ CUELLO CALON, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit. p.6

²⁰ GARRIDO GUZMAN, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit. p.6

ejecutivo, técnico o de custodia y, sostiene, que la ejecución de la pena de muerte queda reservada a un verdugo y no a un penitenciario.

De lo anteriormente dicho, se desprende que el derecho de ejecución penal tiende a integrarse con la ciencia penitenciaria, con el penitenciarismo, con la penología e inclusive con el derecho penitenciario, para formar una estructura compleja que estudie causas, justificaciones, filosofía, normatividad, legitimación, mecanismos y consecuencias de la aplicación de las penas, que al ser comprendido así, se le denomine derecho penitenciario por tradición, costumbre o aceptación general, o derecho ejecutivo penal o de ejecución de penas, tal vez con mayor corrección pero con menor aceptación.

Establecido lo anterior veamos enseguida veamos algunos datos interesantes del sistema penitenciario de México.

En México, la función protectora de la prevención y readaptación social, no escapa a la evolución que se ha dado en el contexto mundial y, así tenemos, que se ha llevado a cabo aplicando las penas privativas de libertad primero como medio de castigo, posteriormente, como correctivo y ahora, como medio de readaptación social.

La pena como privación de la libertad ha tenido distinto significado en el tiempo, desde un aspecto represivo o de escarmiento, hasta la moderna conceptualización humanitaria de medio para procurar la reorientación de las conductas antisociales a través de un tratamiento interdisciplinario.

En nuestro Sistema Penitenciario Nacional, también se reconocen históricamente algunos intentos de humanización, entre los que destacan:

En la década de 1830-1840 el gobierno promovió la instalación de talleres dentro de las cárceles y se aprobó la reglamentación respectiva. El Congreso

General en 1848, instituyó la detención y prisión de los jóvenes delincuentes con fines de corrección, y el asilo para los liberados, creándose un reglamento de prisiones. La Constitución de 1857 admitió la pena de muerte, pero encomendó al poder administrativo abolirla en cuanto estableciera el sistema penitenciario.

Al ser inaugurado el Penal de Lecumberri en 1900, se concretaron las ideas y propuestas de un sistema penitenciario avanzado para esa época.

El Gobierno Federal adquiere en 1905 el archipiélago de las Islas Marias, - María Madre, María Magdalena, Cleofas y San Juanito-, y establece en la primera una colonia penal. Siendo el perfil de los primeros confinados el de ebrios consuetudinarios con cuatro o más faltas cometidas en estado de embriaguez, vagos habituales condenados por dos o más faltas cometidas en estado de embriaguez, vagos habituales condenados por dos o más faltas cometidas, explotadores de mujeres condenados por dos o más delitos y prostitutas reconocidas con cuatro o más infracciones. Con posterioridad fueron enviados delincuentes de alta peligrosidad.

El perfil del colono ha cambiado. Actualmente sólo se reciben sentenciados de baja capacidad económica que no pertenezcan a grupos delictivos organizados, entre 20 y 50 años de edad, sanos física y mentalmente, sentenciados de baja peligrosidad cuya estancia de tratamiento en la isla sea de por lo menos dos años y, sobre todo, que su traslado sea en forma voluntaria.

El Sistema Penitenciario Nacional está integrado con instituciones de mínima (cárceles municipales), media (la inmensa mayoría de los reclusorios) y, alta seguridad (Almoloya de Juárez, Estado de México y Puente Grande, Jalisco).

La Colonia Penal Federal de Islas Marias actualmente funciona como centro de mínima seguridad.

El Estado Mexicano, estima que la idea represiva del pasado se ha transformado en el interés del Estado y la sociedad para readaptar y adaptar respectivamente, a los adultos y los menores que han infringido las leyes punitivas.

Esto ha motivado, sostiene el ejecutivo federal, un cambio evolutivo de la legislación, que indica una fase de primordial importancia en el año de 1971 al publicarse la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, que representa un decisivo aporte a la clasificación y tratamiento individualizado y progresivo de los internos, y establece los criterios para dignificar las condiciones de las instituciones de reclusión.

Estas nuevas concepciones, establecen el alcance del término readaptación social, como el proceso progresivo e interdisciplinario por el cual se estudia al sentenciado en lo individual, se diagnostica y elabora un programa sobre las medidas capaces de alejarlo de una eventual reincidencia, a través del conjunto de elementos, normas y técnicas basadas en el trabajo, la capacitación laboral, educación y medidas psicosociales, para hacerlo apto y productivo para vivir en sociedad.

En este sentido, readaptación social es para la autoridad, el instrumento legal para la reinserción en condiciones de dignidad de los sentenciados a causa de delitos y la adaptación de los menores infractores para evitar la reiteración, dándoles la oportunidad de un mejor futuro en condiciones de igualdad y de dignidad.

El sistema de readaptación social comprende tres aspectos básicos que deben cumplir los internos: el trabajo, la capacitación para el mismo y la educación; como medios para lograr la readaptación social, lo que a la vez le permite al interno acceder a algún tipo de libertad anticipada e integrarse a la vida en sociedad. El presente capítulo analiza la función penitenciaria en los aspectos

de población, infraestructura, los tratamientos de adultos y la salud en el Sistema Penitenciario Nacional.

La Reinserción Social, es para la autoridad, el conjunto de acciones que llevan a cabo los gobierno federales y estatales con la colaboración y participación de la sociedad, para reingresar a los liberados y externados de los centros de reclusión y de tratamiento de menores infractores, al núcleo familiar, laboral, educativo, y social, en forma productiva y armónica.

1.1.8. Construcciones hasta el siglo XIX

“Actualmente se encuentran en operación 33 centros penitenciarios construidos en los siglos XVII a XIX, siendo los más antiguos el CERESO de Jilotepec, Estado de México (1600), la cárcel Distrital de Miahuatlán, Oaxaca (1620) y el CERESO de Uruapán, Michoacán (1720).

De la centuria pasada se tiene 30 edificios que funcionan como centros penitenciarios, 17 de ellos fueron constituidos exprofeso, de acuerdo con los conceptos de reclusión punitiva prevalecientes y 13 se adaptaron para los actuales servicios.”²¹

1.1.9. Siglo XX (hasta la década de los 60)

“Las instituciones construidas durante los primeros 60 años del presente siglo son 130, en su mayoría cárceles municipales, de las cuales 88 se construyeron exprofeso y 42 son adaptadas. De manera general, es posible establecer que estos centros penitenciarios actualmente en operación y construidos antes de la década d 1970, no tienen las instalaciones ni los servicios adecuados a los fines de la readaptación.”²²

²¹ PENITENCIARIAS, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Junio, 15, 2000, 21:00 HORAS.

²² PENITENCIARIAS, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Junio, 15, 2000, 21:00 HORAS.

1.1.10. Siglo XX (desde los años 70)

“Durante la década de los años 70 se fortaleció la infraestructura penitenciaria con la creación de 219 centros de readaptación social conocidos como CERESO, que ya cuentan con nuevos conceptos arquitectónicos que persiguen objetivos de readaptación social del sentenciado. Dentro de las instalaciones se cuenta con espacios y construcciones para talleres, centro escolar, servicio médico áreas para el tratamiento técnico interdisciplinario, visita conyugal, visita familiar, campos e instalaciones deportivas. Los comedores y dormitorios están organizados para la clasificación de los internos.

De los 219 centros de readaptación social 31 son construcciones adaptadas para funcionar como centros de reclusión; el resto si son construcciones exprofeso. Además, actualmente se encuentran en proceso de construcción 9 centros penitenciarios, proyectados con los mayores adelantos para favorecer la readaptación social.

A partir de la década de los 80 ha interrumpido en el país un nuevo tipo de delincuencia cuya principal característica es el alto grado de organización y su elevada capacidad económica que aun dentro de los propios centro de seguridad media, representa un peligro para los mismo internos y par el personal; los internos más agresivos, con mayor tiempo en prisión, y de personalidad más deformada, forman grupos de extorsión y venta de protección.

Lo anterior, ha dado motivo al Estado Mexicano, para construir centros con máxima seguridad dotados de alta tecnología que permite la más completa vigilancia y control de los internos, así como para crear un nuevo sistema penal alterno al tradicional, con dedicatoria a la delincuencia organizada.

Los centros federales de readaptación social que ya están funcionando son el No. 1, ubicado en Almoloya de Juárez, Estado de México y No. 2 en Puente Grande, El Salto, Jalisco. Y se encuentra en construcción el No. 3 en Matamoros,

Tamaulipas, y el Centro Federal de Rehabilitación Psicosocial en Ciudad Ayala, Morelos.

El Gobierno Federal ha suscrito convenios de coordinación general con los gobiernos de las entidades federativas para la ejecución de sentencias penales por delitos de fuero común, en centros penitenciarios dependientes del ejecutivo federal (CEFERESO), así como para traslados de reos sentenciados por delitos de fuero federal de un estado a otro; actualmente se encuentran suscritos estos convenios con 21 entidades federativas que son: Aguascalientes, Baja California Sur, Chiapas, Coahuila, Durango, Guanajuato, Hidalgo, Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, San Luis Potosí, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas.

Con las entidades federativas se llevan a cabo en forma consensada y coordinada, traslados de reclusos del orden común a instituciones de carácter federal, lo cual contribuye a reducir los conflictos del incremento poblacional.

Con este motivo, hasta el mes de diciembre de 1995, han sido trasladados de instituciones estatales a federales 2,329, correspondiendo a la Colonia Penal Federal de Isla Marías, 1,618; al CEFERESO No. 1 DE Almoloya de Juárez, Estado de México, 328 y, al CEFERESO No. 2 de Puente Grande, El Salto, Jalisco, 383.²³

De lo antes expuesto, encontramos, como ya se mencionó, temas no sólo muy interesantes sino importantísimos, si se toma en consideración que la imposición de la pena y su ejecución son los aspectos culminantes de todo procedimiento penal.

²³ PENITENCIARIAS, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Junio, 15, 2000, 21:00 HORAS.

Y así, podemos ver que sin una comprobación real de la eficacia o ineficacia de los tratamientos readaptadores, sin soslayar la postura de algunos autores, como Francisco Muñoz Conde, en el sentido de que la resocialización ha entrado en una profunda crisis que coincide con la de la propia pena privativa de libertad, aunado al incremento de la delincuencia y el temor a ésta, han llevado a varios países y a muchos teóricos y prácticos a reasumir una postura rígida respecto a la forma de tratar a los delincuentes, creando las instituciones llamadas originalmente de Máxima Seguridad y, que en México han sido denominadas Centros Federales de Readaptación Social (actualmente dos en funcionamiento, la de Almoloya de Juárez, Estado de México y el de Puente Grande, Jalisco), en los que han de ser internados los procesados y sentenciados que son considerados de alta peligrosidad por el tipo de delitos que han cometido o por su relación con la delincuencia organizada que opera en el país, tiene un transfundo más de castigo que de readaptación social, ya que estos individuos son, en la mayoría de los casos, considerados como irrecuperables.

Esta tendencia actual, meramente punitiva, en la política penitenciaria y del derecho penitenciario mexicano, responden a las características legislativas de campañas de "ley y orden", provenientes de los Estados Unidos, apartándose de la finalidad establecida en el artículo 18 de la Constitución Federal.

En el momento actual existen dos tendencias que inclusive, provienen principalmente de los Estados Unidos de América, en cuanto al abandono del modelo médico, con un tratamiento predominantemente psicológico y su sustitución mediante el llamado modelo comunitario y por otra parte, la de utilizar la pena como castigo solamente, desentendiéndose de cualquier otro fin en su aplicación, es la política penal de los "*justos postres*" que ha propiciado la reinstalación de la pena de muerte y la creación de instituciones de máxima seguridad y rigor.

Es conclusión que los Centros de Máxima Seguridad, que parten de la tesis de la irrecuperabilidad del delincuente, reflejan la antítesis de aquellas humanizadoras

de la pena de prisión que favorecieron la evolución del pensamiento rehabilitador y defensor de la corrección del condenado mediante la aplicación de la pena a través de manifestaciones como la prevención especial.

También son manifestación, de que la idea de la rehabilitación del delincuente mediante la aplicación de la pena de prisión y, de lo que conocemos como resocialización, ha entrado en una profunda crisis que coincide con la de la propia pena privativa de libertad.

Más grave aún, en el caso de México, de que en dichos centros penitenciarios ingresen no sólo sentenciados sino también procesados, convirtiendo la peligrosidad sin delito en el más grave y agudo matiz de arbitrariedad de la autoridad ejecutora.

Por cuanto se refiere al Reglamento de los Centros Federales de Readaptación social, encontramos una reiterada referencia a instructivos y manuales en los que se definirán aspectos como el perfil de los sentenciados, los requisitos y normatividad de la visita íntima y familiar, la organización y procedimientos de seguridad, hasta la aplicación y determinación de correctivos e infracciones (artículo 123), y, en general, como prescribe el artículo 19, constarán en ellos los derechos y obligaciones de los internos y el régimen interno del centro.

Como se aprecia, dichos instructivos y manuales son fuentes inmediatas de derecho y, si bien los mismos sólo debieran estar concebidos como actos de naturaleza interna que obligaran sólo a los funcionarios dependientes de la autoridad emisora, en nuestro México sí producen efectos jurídicos en relación a terceros (los internos).

Debe decirse que atendiendo al principio de legalidad establecido en la Constitución Federal, estos instructivos y manuales debieran estar contenidos en las leyes y reglamentos y, no en simples documentos de carácter administrativo que pueden ser modificados libremente por la autoridad ejecutora, ocasionando no solo la

violación al principio de legalidad, por la carencia de límites a las facultades discrecionales de la autoridad, lo que se traduce en actos arbitrarios y, con ello, en abusos en contra de los internos, familiares y abogados.

Cuando dichos manuales e instructivos contienen normas que van más allá de las enunciadas en el reglamento o en la ley misma, que se supone tratan de explicar, no están cumpliendo con su función y se traducen en instrumentos de abuso que pueden utilizarse para justificar dichos abusos y referirse a los instructivos como base de acciones no autorizadas realmente.

Aunado a lo anterior, encontramos también problemas en nuestro sistema penitenciario, en cuanto al escenario de cómo el Estado Mexicano ejerce el derecho de ejecución de penas.

En efecto, lejos de encontrar y ver en la realidad cómo se logra la finalidad consagrada en el artículo 18 Constitucional, nos encontramos que ese principio humanitario sólo existe en nuestra Ley Fundamental, pues, la realidad es otra, triste por cierto, el grado de corrupción existente en el sistema, que si fuere un cuerpo humano, podríamos sostener que se trata de un desahuciado, con muchas dolencias y enfermedades.

Y, así vemos funcionarios, que se pueden considerar corruptos, que su único fin al pasar por la administración de las cárceles es el lucrar con la desgracia humana.

Corrupción que alcanza muy diversos órdenes de gobierno y que convierte en complicidad la explotación de los delincuentes y, a su vez, se vuelven cómplices de la misma delincuencia.

Corrupción que se describe con venta de privilegios, el autogobierno, el tráfico de narcóticos y bebidas embriagantes, la extorsión, la venta de protección, que

generan la violencia cotidiana de toda cárcel mexicana y, no sólo por las condiciones insalubres y de promiscuidad que se viven en dichos centros de reclusión.

Es consecuencia que la prisión como mera privación de libertad, no ha funcionado jamás y no se ha despojado del suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo, como son el racionamiento alimenticio, la privación sexual, los golpes, la celda, esto es, pareciere natural al derecho de ejecución penal, la dosis de sufrimiento corporal.

Se mantiene, pues, un fondo "suplicante" en los mecanismos modernos de la justicia criminal, un fondo que no está por completo dominado, con lo cual se agrava "El drama Penal", pero para el sujeto en prisión preventiva o purgando sentencia.

1.2 CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DELITO

Respecto a las consecuencias jurídicas de la conducta antijurídica la Doctora Bremauntz dice: "La pena ha de ser una reacción jurídica, general, típica, cuya tipicidad no sólo es formal y material sino también psicológica."²⁴

Efectivamente, una de las consecuencias jurídicas del delito, es la pena, aunque nuestro sistema punitivo tiene por ejemplo, multas y arrestos administrativos que estos no son impuestos por un Juez, después de un proceso o juicio donde se declara culpable al comprobarse el cuerpo del delito cometido y su plena responsabilidad.

La pena es aquella reacción del Estado al cometerse un ilícito por un transgresor de la norma, aquí el Estado esta facultado para aplicarla, pues una

²⁴ MENDOZA BREMAUNTZ, op. Cit. P.36

persona al invadir le esfera jurídica de otra, atentado en cualquiera de sus derechos como gobernado, se hace acreedor a ésta.

Continúa manifestando la citada autora que...“Complementa Bernaldo de Quirós su planteamiento respecto de la pena, con lo que él llama su desinencia, que es en cuanto a la medida de la pena, relacionada íntimamente con dos cuestiones personales del delincuente:

1. Su culpabilidad por el delito cometido, y
2. Su temibilidad calculada con base en su personalidad.

Con estos elementos se trata de prevenir la comisión, por el mismo individuo, de nuevos delitos, siendo ambas, como señala Quirós, como las caras del dios Jano, que la primera mira hacia el pasado y la segunda hacia el futuro.”²⁵

Desde un enfoque pragmático y útil, para los fines de este trabajo de tesis, considero adecuado establecer si un determinado acto es delito o no, de acuerdo con la ley penal vigente en cada país, en este sentido, para que un delito pueda ser considerado como tal, y por supuesto ser castigado con una sanción por parte del estado como lo es la pena, suele exigirse, de forma explícita o implícita, que sea una acción humana (acto u omisión) atribuible a un sujeto determinado que contravenga el orden jurídico vigente, esté tipificado por la ley como delito y sancionado penalmente.

Los orígenes de la justicia penal se remontan a los albores de la civilización, en Siria, por ejemplo, se han desenterrado tablas de arcilla con cuatro mil cuatrocientos años de antigüedad en las que se consignaba ya un código de conducta, dos mil cien años antes de Cristo, durante la tercera Dinastía de Ur, existió en la antigua Sumeria, un complejo sistema legal que a su vez fue reemplazado por el Código de Hammurabi en el siglo XVII a.C., esto no implica que,

²⁵ DE QUIROS, Bernaldo, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op. Cit. p.37

durante un largo período de la historia, la justicia penal no se haya aplicado de manera menos formal. En la mayoría de las culturas antiguas el ataque contra los derechos del individuo se consideraba de naturaleza privada, que debía ser resuelto por las partes en pugna o sus familias, pues las transgresiones a las normas o usos político-religiosos daban lugar frecuentemente a sanciones contra el grupo al que pertenecía el infractor (sea tribu, clan, grupo familiar o comuna).

Los mecanismos consuetudinarios para resolver las controversias, fundados en la restitución y en el restablecimiento formal entre adversarios, persisten en algunas regiones del mundo, especialmente en África.

"La justificación ética y sociológica de la punibilidad aparejada a la conducta delictiva de un sujeto, ha variado radicalmente en el desarrollo de la civilización, por esto se reconocen entre otras las siguientes hipótesis:

1.- Venganza comunal y venganza privada.- El individuo que ha provocado un daño a otro, debe sufrirlo a su vez. A esto se le llama la Ley del Talión, y como complemento de lo anterior es la conocida Ley de Linch, en la que el pueblo se hace justicia por su propia mano ante el agravio inferido a uno de sus miembros.

2.- Expiación o satisfacción.- De origen claramente judeocristiano, tiene como medio conseguir el perdón divino, misma que ha sido superada por su carencia de equidad como mecanismo de retribución hacia las víctimas del hecho antijurídico.

3.- Disuación.- Tiene su fundamento en la idea de que la amenaza del castigo por parte del Estado ante la facultad de punir, disminuye la criminalidad y es una de las justificaciones más aceptadas comúnmente, sin embargo, éticamente también es insuficiente, pues se convierte en una amenaza

general sobre la sociedad con tal de prevenir la conducta de un eventual infractor a la norma.

4.- Protección de los ciudadanos.- El aislamiento de los delincuentes del resto de la sociedad es una norma tipificada como castigo, tendiente a disminuir el porcentaje de infractores libres y proteger a la comunidad, aunque esta posibilidad se critica y es calificada como atentado a la dignidad humana del delincuente, a quien no se castiga por el hecho en sí, sino por su peligrosidad.

5.- Rehabilitación del delincuente.- Algunos tratadistas defienden que el castigo debería ser planificado y diseñado, de tal manera, que fuera capaz de transformar los valores y actitudes del delincuente, de modo que en lo futuro no desee cometer más delitos.²⁶

El problema de este último aspecto que es el más humanitario, consiste en hallar el camino para conseguir la rehabilitación de los delincuentes. En la actualidad, la enmienda del reo parece ser uno de los fundamentos de la pena, esto por medio de la readaptación a la sociedad.

El jurista Francesco Carrara, considerado como el padre de la Escuela Clásica, respecto a esto dice que “no ya castigar, sino corregir,” un lema solemne del periodo humanitario de los penalistas modernos, nos menciona que rechazadas las falaces teorías de la expiación, del terror y de la venganza, no puede encontrarse fundamento racional al derecho punitivo, sino buscándolo en la tutela jurídica, querida por la ley suprema del orden, además que si la pena tiene su fundamento en el principio de la tutela jurídica, el derecho penal debe sufrir en todos sus desenvolvimientos la influencia de ese principio.

²⁶ EVOLUCION CONDUCTAS, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Febrero, 10, 2000, 21:00 HORAS.

Por otro lado, tenemos que se concedían distintos tratamientos al culpable según la clase a que perteneciere, en base a esto se propuso el mejoramiento de esos mecanismos jurídicos, adoptando los siguientes principios:

1.- CRITERIO DE RACIONALIDAD.- La norma legal debe fundarse en supuestos racionales y anular el culto al Derecho Romano que no dio un impulso a la justicia penal.

2.- PRINCIPIO DE LEGALIDAD.- La norma punitiva debe fijar todos los elementos necesarios (nombre y definición del delito) y determinar la pena aplicable a fin de que la labor judicial sea automática.

3.- PRINCIPIO DE PENA PUBLICA.- La justicia penal debe ser pública.- No impartida en secreto.

4.- PRINCIPIO DE DEFENSA LEGAL ADECUADA A TRAVES DE PROBANZAS LEGALES.- Las pruebas deben ser claras y racionales.- Debe eliminarse la tortura y, en consecuencia, la validez de las declaraciones obtenidas por este método.

5.- PRINCIPIO DE EQUIDAD DE LA LEY.- Igualdad ante la ley punitiva.- La ley penal no debe distinguir clases o grupos sociales, siendo las mismas condenas para todos.

6.- PRINCIPIO DE GENERALIDAD DE LA LEY.- El daño social como criterio para determinar la gravedad del delito.- No se deben considerar conceptos tales como el rango o la calidad social de la persona ofendida para la imposición de un castigo.

7.- PRINCIPIO DE PENA RACIONAL Y NO INUSITADA.- Evitar crueldades en la punibilidad.- Debe imponerse la pena más suave entre las eficaces, afirmando "que sólo ésa es una pena justa, además de útil".

8.- PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA.- Proporcionalidad entre el delito y pena.- La sanción debe ser acorde a la importancia del delito, lo contrario es inequitativo.

9.- PRINCIPIO DE PROSCRIPCIÓN A LA PENA DE MUERTE.- Crítica la existencia de la pena de muerte.- Se consideraría ineficaz, injusta, innecesaria y de menor eficacia que otras penas menos crueles.

10.- PRINCIPIO DE CARÁCTER PREVENTIVO DE LA LEY PENAL.- La prevención debe tener prioridad sobre la represión.- Socialmente siempre es más útil prevenir que castigar la comisión de delitos.

11.- PRINCIPIO DE CARÁCTER AMENAZADOR DE LA LEY PENAL.- La pena debe tener carácter disuasorio.- Ante los posibles delincuentes para desalentar la comisión de ilícitos.

Un punto muy importante dentro de este tema de las consecuencias jurídicas del delito, es quien se hace acreedor a dicha consecuencia, esto es el delincuente, y dentro de la sistemática del derecho punitivo, la imputabilidad debe ser estudiada en el tratado del delincuente y su enmienda ante la sociedad.

Algunos escritores alemanes acostumbran a tratar los temas de la imputabilidad y de la culpabilidad *stricto sensu*, bajo la rúbrica común de **culpabilidad**, que, en sentido amplio, abarca todos los problemas correspondientes al nexo moral que liga al sujeto con su acto, y que entonces incluye la imputabilidad como capacidad física e intelectual de entender el alcance del derecho penal.

El concepto clásico de la imputabilidad se basa en la existencia del libre albedrío y de responsabilidad moral, cuya doctrina supone Carrara aceptada. Desde este punto de vista, la imputabilidad criminal no es cosa distinta de la imputabilidad moral, sino ésta misma aplicada en concreto al autor de un delito, y puede definirse, con el padre Jerónimo Montes, como el conjunto de condiciones necesarias para que el hecho punible pueda y deba ser atribuido a quien voluntariamente lo ejecutó, como a su causa eficiente y libre.

Pero al llegar a este punto surge el problema metafísico: se trata de saber si la voluntad humana es libre o determinada, el problema del libre albedrío no se planteó hasta Sócrates, o por lo menos no se planteó de un modo manifiesto. Platón negó la libertad. El hombre no es libre, dijo. El que tiene un alma buena, obra bien, y el que la tiene mala, mal. Sobre el pensamiento de Aristóteles, respecto del problema de la libertad, se cuestionan mucho los autores. Lo que parece seguro es que para él, el hombre, si no es libre en el momento de cometer el delito, lo es en el tiempo anterior, cuando podía no contraer hábitos delincuentes, y, sin embargo, los contrajo. Los estoicos quieren coordinar su indeterminismo ético-psicológico con el determinismo metafísico: *Ducunt volentem fata, nolentem trahunt*, dijo Séneca. En un sentido amplio podría decirse que los escolásticos defendieron una indeclinable predestinación al bien. Según Santo Tomás de Aquino, la voluntad y el libre albedrío no son dos potencias distintas, sino una misma, consistente en una vis electiva que no implica elección de fines porque la voluntad tiende necesariamente al bien, sino de medios. Esto es negar la libertad absoluta, puesto que la libertad no estriba, según ese concepto, en un querer indeterminado. San Agustín dice que absoluta libertad sólo la tuvo el hombre antes del pecado original.

Con la Reforma nace un determinismo teológico. El concepto de predestinación, en que comulgaron Zwinglio, Calvino y Lutero, se concreta claramente en esta fórmula: si Dios queriendo prevé, su voluntad es eterna e inmóvil; si Dios presente quiere, su saber es eterno e inmóvil; de donde, todo lo que ocurre, ocurre necesariamente.

Entre los varios sistemas que pretenden reemplazar la noción tradicional de la imputabilidad y responsabilidad basadas en el libre albedrío, pueden distinguirse cuatro grupos:

- a) El primero niega la responsabilidad moral y la sustituye por la responsabilidad social;
- b) El segundo admite una responsabilidad subjetiva, inherente al individuo, y distinta de la responsabilidad objetiva, inherente al estado social; pero intenta explicarla sin el libre albedrío;
- c) La tercera se abstiene de discutir el problema filosófico de la voluntad libre, y sin negarla ni afirmarla, se fija, al apreciar la delincuencia, en el peligro que el delincuente supone: estado peligroso; y
- d) El cuarto, y más certero, sin abominar de la peligrosidad, que será un día la base de la intervención del Estado en los actos contrarios a la norma, proclama la imputabilidad psicológica como carácter del delito y base de la culpabilidad.²⁷

1.3 PENOLOGIA

La doctora Bremauntz hace referencia que “cuando la prisión se convierte en una pena formalmente y mucho después, cuando esta pena empieza a utilizarse como un medio para obtener un cambio de conducta, de mentalidad de los internos, como un instrumento con el cual obtener la corrección del hombre delincuente, no se habla de derecho penitenciario ni mucho menos de derecho de ejecución de penas, se habla de penología, de ciencia penitenciaria y de penitenciarismo.

De manera un tanto coloquial, la ciencia penitenciaria se ocupa de los apoyos científicos, de la utilización de los avances que diversas ciencias pueden proporcionar a la ejecución penal para lograr, a veces, el arrepentimiento, a veces un cambio de conducta, a veces incluso un sufrimiento, pero en realidad, como ciencia

²⁷ JIMENEZ DE AZÚA, Op. Cit., pp. 215-217

penitenciaria, en la actualidad se le concibe como el conjunto de conocimientos científicos aplicables en la ejecución de la pena de prisión para lograr sus fines.

Continúa comentando la Doctora Bremauntz que sin embargo, Cuello Calón considera que la penología “es una disciplina autónoma dedicada al estudio de los diversos medios de represión y prevención directa del delito (penas y medidas de seguridad), sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria. Este autor comprende en su estudio, no sólo las medidas privativas de libertad, sino todas las penas, la de muerte, las corporales, las restrictivas de libertad, las pecuniarias y todo género de sanción, pena o medida, sea con sentido retributivo o con finalidad reformadora o defensiva, así como los métodos de su ejecución.”²⁸

Hay autores de quienes comparto su idea pues mencionan que la penología no es una parte de la criminología, sino una disciplina autónoma que para la realización de sus fines toma en cuenta los datos e informes que la ciencia criminológica le proporciona. La criminología dirige sus investigaciones hacia la etiología del delito a sus formas de aparición como fenómeno social y natural, mientras que la penología persigue un objeto muy diferente: el estudio de los diversos medios de represión y prevención del delito (penas y medidas de seguridad), de sus métodos de aplicación y de la actuación postpenitenciaria.

No falta quien, simplemente niegue que la penología existe, así tenemos que Manzanera al referirse al maestro Jiménez de Azúa quien al razonar manifiesta que: La penología no puede estar situada como ciencia porque no podemos hallar un contenido propio para formularla. En cuanto se ocupa de la pena, como asunto sociológico o entra en la sociología criminal conforme hemos visto que pretenden Florian, Rocco y Molinario, o constituye la sociología penal de que habla Grispigni; lo que respecta a la pena como consecuencia del delito pertenece al derecho penal; su ejecución forma el Derecho Penitenciario, y en fin, el acervo de exigencias para la

²⁸ CUELLO CALON, Eugenio, Apud. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma, Op.Cit. pp.5-6

reforma del régimen punitivo de un país, constituirá parte principalísima de la llamada Política Criminal.”²⁹

Penología es el estudio de la reacción social que se produce contra personas o conductas que son captadas por la colectividad (o por una parte de ella) como dañinas, peligrosas o antisociales.

El objeto de la penología apunta el jurista Rodríguez Manzanera “para que un conjunto de conocimientos pueda ser considerado como ciencia, debe tener, ante todo, objeto y método de estudio.

El objeto de estudio de la Penología lo constituyen las reacciones sociales que se generan entre conductas o sujetos que son percibidos por la colectividad como perjudiciales o peligrosos. Estas reacciones son estudiadas como hechos fácticos, como realidades sociológicas, psicológicas, biológicas, que se presentan dentro de un contexto político y económico determinado, y que puedan explicarse dentro de un desarrollo histórico.

Además del objeto de estudio, es necesario desarrollar un método, es decir un camino, una forma adecuada, un procedimiento que nos lleva al conocimiento del objeto que deseamos estudiar. El método (y esto parece evidente) debe ser el método científico en general que se va adaptando en lo particular de acuerdo a las modalidades de investigación.”³⁰

1.3.1 DIFERENCIA ENTRE PENA Y PUNICION

Sabemos que como última consecuencia del delito es la pena, por lo que decimos que pena es el castigo que el Estado impone, con fundamento en la ley, y

²⁹ JIMENEZ DE AZÚA, Luis, Apud., RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Op. Cit. Pp.75-76.

³⁰ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis, Penología, Edit. Porrúa, México, 1998, p. 11.

ante la facultad que el gobernado le atribuye para aplicarla, al sujeto responsable de un delito.

El estudio de la pena corresponde a una de las ramas de la criminología, que es la penología, la cual profundiza en su estudio e incluye sus antecedentes históricos, de lo que se desprende que en la antigüedad importaba castigar con el fin de reprimir, eliminar al delincuente y provocar una reacción de escarmiento dirigido a los demás, pues se creía que cuanto más cruel era la pena, sería más eficaz, tenemos así que la pena fundamental era la capital conocida como pena de muerte, ya que esta eliminaba al delincuente, y con esto era seguro, ese sujeto no volvería a delinquir.

Es necesario distinguir tres momentos diferentes en la reacción penal: el legislativo, al crearse la norma y la amenaza de sanción, a la que llamamos "punibilidad"; al judicial, al fijarse la punibilidad, denominada por nosotros "punición"; y el momento ejecutivo, para el que dejamos el término "pena".

1.3.2. LA PUNIBILIDAD

El Criminólogo Rodríguez Manzanera nos da un amplio estudio de este tema y apunta que "la punibilidad es resultado de la actividad legislativa, independientemente de quién o quiénes estén encargados de legislar en cada Estado, país o región. La punibilidad consiste en una amenaza de privación o restricción de bienes, que queda plasmada en la ley para los casos de desobediencia al deber jurídico penal.

En cuanto a la finalidad (o función) de la punibilidad, no puede ser otra que la Prevención General. La Prevención General se entiende y se explica en su mayor amplitud en el momento legislativo, además en la punibilidad no se encuentran funciones secundarias como en la punición y en la pena, lo que nos hace ver con cierta claridad, que efectivamente se trata de tres circunstancias diferentes con

finalidad diversa. Pero además, no podemos olvidar la llamada “prevención general positiva”, pues aquí la punibilidad tiene una clara función de declaración y afirmación de valores, y su jerarquización por medio de la amenaza, para que la comunidad reconozca y respete los bienes tutelados.

La determinación de la punibilidad debe obedecer a claros criterios cualitativos y cuantitativos. Desde el punto de vista cualitativo, la punibilidad debe ser idónea para la prevención, es decir, debe ser la adecuada para cumplir con su finalidad. Cuantitativamente, debe regir la magnitud del bien tutelado y la forma y calidad del ataque a éste.

Asimismo la punibilidad debe seguir ciertos principios rectores, además de la legitimidad y legitimación, que son: la necesidad, la generalidad, la abstracción, y el monopolio del *jus puniendi*.

a) Principio de necesidad.- La amenaza debe ser indispensable, ya lo decía la Asamblea Constituyente Francesa del 89. “La ley no debe establecer más que penas estrictamente necesarias.”

Es más, ni siquiera debe legislarse si no se han agotado otras medidas de prevención. Desde este punto debe considerarse al Derecho Penal como un “mal necesario”, en el sentido de que sólo debe existir cuando es verdaderamente indispensable, y la norma penal sólo debe crearse cuando sea necesaria para asegurar las condiciones que hagan posible la convivencia social. El principio de necesidad es uno de los pilares de la Penología y de la Política Criminológica, y no debe concretarse, como veremos más adelante, al momento legislativo, ya que deben buscarse sistemas que lleven a juicio tan sólo los casos en que sea indispensable, y que no se pene a delincuentes en los que no sea estrictamente necesario.

- b) Principio de generalidad.- La punibilidad debe ser general, es decir, la amenaza de privación o restricción de bienes debe ser dirigida contra todo aquel que viole la norma. No se conmina a un individuo en particular, sino a todos en lo general.
- c) Principio de abstracción.- La punibilidad no se refiere a un caso concreto, sino a la totalidad de los hechos que tengan lugar durante su vigencia.
- d) Principio del monopolio del jus puniendi.- Sólo el legislador puede establecer la punibilidad y esto significa dos cosas: primera, que el juez o el ejecutor no pueden crear punibilidades; segunda, que los particulares no poseen la reacción penal en ninguna de sus fases, y por lo tanto no pueden punibilizar una conducta.”³¹

1.3.3. LA PUNICION

Asimismo el jurista criminólogo Rodríguez Manzanera apunta que “la punición es la fijación de la concreta privación o restricción de bienes al autor del delito.

Es decir, la punición es la concreción de la punibilidad al caso individual, y da al infractor la calidad de merecedor de la sanción correspondiente, en función de haber realizado la conducta típica.

La punición se da en la instancia judicial, y es el momento en el cual el juez dictamina que el sujeto es merecedor de la privación o restricción de bienes señalada en la punibilidad.

La finalidad o función de la punición es el reafirmar la Prevención General, es decir demostrar que la amenaza contenida en la punibilidad no era vana. En cuanto a los límites de la punición, éstos deben estar ya marcados en la punibilidad, recalcando lo dicho sobre derechos humanos y bien tutelado, pues no puede sobrepasar dichos límites. Otro límite, en el que ponen especial énfasis los juristas es

³¹ Ibidem. pp. 88-91

la culpabilidad, es decir, la punición no puede rebasar el grado de culpabilidad del autor del delito. La punición tiene una serie de principios rectores, que son.

- a) Principio de necesidad.- No se debe sentenciar cuando no sea estrictamente necesario. Este principio es claramente seguido en ciertos países en los que hay la suspensión de sentencia, y dejar la ejecución pendiente en tanto el sujeto no reincida y cumpla ciertos requisitos. En otros sistemas, el principio debe interpretarse como “no se debe enjuiciar a menos que sea necesario”, ya que no es posible suspender, pues se tiene que llegar por fuerza a sentencia, sea absolutoria o condenatoria, una vez iniciado el juicio.
- b) Principio de personalidad.- La punición sólo puede recaer sobre el sujeto culpable de una infracción penal, y no puede ser trascendente. Por punición trascendente se entiende aquella que se aplica no sólo al delincuente, sino también a personas inocentes (familiares, amigos, esclavos, subordinados). La intrascendencia de la punición está consagrada en la mayoría de las legislaciones, aunque en el mundo fáctico la estigmatización de los familiares del sujeto punido es una realidad preocupante.
- c) Principio de legalidad.- La punición debe estar previamente determinada en la ley (nulla poena sine lege). Esto significa que el juez no puede inventar puniciones, tiene que atenerse al repertorio previsto. Además, la punición sólo puede aplicarse por una conducta previamente estipulada por la misma ley (nullum crimen sine lege).
- d) Principio de competencia judicial.- Solamente la autoridad judicial debería imponer las puniciones. Las excepciones van haciéndose numerosas, que este principio van peligrando. Es absurdo que una misma autoridad tenga las atribuciones de establecer punibilidades, imponer puniciones y ejecutar las penas. La teoría de la división de poderes se ve agredida por la tendencia a establecer

tribunales administrativos, dependientes del Ejecutivo pero con funciones judiciales.

- e) Principio de defensa.- Reconocido internacionalmente, el principio de defensa es básico para la punición, y ésta sólo tendrá validez si el sujeto tuvo oportunidad y amplitud de defensa. El sistema inquisitorial se ve invalidado por carecer de este principio.
- f) Principio de particularidad.- A diferencia de la punibilidad que es general, la punición sigue el principio de particularidad, y se aplica a un caso concreto, especial, único.³²

1.3.4. LA PENA

La pena es "la efectiva privación o restricción de bienes de que se hace objeto al sujeto que ha sido sentenciado por haber cometido un delito. La pena es, pues, la ejecución de la punición, y se da en la instancia o fase ejecutiva. Por lo general, es la autoridad administrativa la encargada de la ejecución, aunque pueden mostrarse variantes según los diferentes ordenamientos jurídicos.

La legalidad la encuentra la pena, en primer lugar, en la sentencia condenatoria. En principio, basta que el juez haya dictado legalmente la sentencia para que la pena sea legal, pero ya en ejecución propiamente dicha, es necesario el cumplimiento de las normas de Derecho Ejecutivo Penal. Para que la pena sea legítima, es necesario que haya existido previamente la comisión del delito por el sujeto penado.

La finalidad de la pena es, principalmente la Prevención Especial, es decir; va dirigida básicamente a impedir que el sujeto en cuestión reincida, y se justificaría

³² Ibidem, Pp.91-94.

como instrumento de repersonalización del individuo. En este caso va implícita una segunda finalidad de Prevención General, ya que al sancionar al delincuente se refuerza la intimidación de la colectividad, y se ejemplifica a los demás para que se abstengan de violar la norma."³³

Por su parte el jurista César Bonessana, Marques de Beccaria en su Tratado de Delitos y de la Penas, menciona que "cuando las ideas humanísticas empiezan a influir en quien imparte justicia, la pena tiende a corregir más que a castigar severamente. La influencia de César Bonessana, quien rechazara la crueldad y la larga duración de la pena, entre muchas otras cosas fue decisiva."³⁴

La pena tiene las siguientes características:

- a) Intimidatoria.- Significa que debe preocuparse o causar temor al sujeto para que no delinca.
- b) Aflictiva.- Debe causar cierta afectación o aflicción al delincuente, para evitar futuros delitos.
- c) Ejemplar.- Debe ser un ejemplo a nivel individual y general para prevenir otros delitos.
- d) Legal.- Siempre debe provenir de una norma legal, previamente debe existir la ley que le da existencia, esto es lo que se traduce en el principio de legalidad.
- e) Correctiva.- Toda pena debe tender a corregir al sujeto que comete un delito.
- f) Justa.- La pena no debe ser mayor ni menor, sino exactamente la correspondiente en medida al caso de que se trata.

³³ Ibidem. Pp 94-96.

³⁴ BECCARIA, César. Tratado de Delitos y de la Penas, Ed. Cajica, México, 1957. P. 116.

-CAPITULO SEGUNDO-

EVOLUCION DEL DERECHO DE CASTIGAR

2.1 VENGANZA PRIVADA

2.1.1 La Composición

2.2 VENGANZA DIVINA

2.2.1 Delito y castigo

2.3 VENGANZA PUBLICA

2.3.1 El castigo

2.4 PERIODO HUMANITARIO

EVOLUCION DEL DERECHO DE CASTIGAR

Sentemos como premisa que la idea u objeto principal de la sociedad es alcanzar la paz, la tranquilidad que le permite al individuo el libre desarrollo de sus facultades, en la lucha por su existencia. Habiendo paz, la reacción del individuo con sus semejantes son comprensibles y regulares; en consecuencia, empero la sociedad humana puede vivir también en condiciones normales.

Pero para desgracia de la especie humana, nunca ha existido la tranquilidad absoluta, en primer lugar por el influjo de las fuerzas de la naturaleza imposibles aún de ser denominadas por el hombre; y en segundo lugar, porque la estructura económica de la sociedad a partir de la desintegración de la comunidad primitiva, se ha determinado en lucha de clases, entre explotadores y explotados, ricos y pobres; y en tercer lugar, porque la tranquilidad del agregado humano se ha visto interrumpida por la conducta antisocial de determinados individuos o delinquentes que le han ocasionado muchos daños.

En relación con lo dicho, la sociedad tiene su propio comportamiento en base de la cual paulatinamente ha formado las circunstancias futuras, favorables a su vida.

En lo que a nosotros nos interesa respecto del delincuente que ha ocasionado un mal por la realización del hecho ilícito, anotamos que también dicho sujeto tiene un comportamiento especial.

Es un hecho concreto que el delincuente, al haber cometido un hecho flagrante a los principios ético-sociales en los que se funda la vida de la sociedad, ésta se encuentra facultada para reaccionar contra él, ya sea en el caso de haber violado el precepto, o que simplemente amenace con violarlo.

Por esto, la preocupación del agregado humano por el daño causado por el delincuente al ejecutar un hecho ilícito, ha sido la preocupación de todas las escuelas

penales en todos los tiempos. Sin embargo, hay que advertir que la reacción social no ha sido semejante en los diversos períodos de la vida humana, sino que, desde las larvadas manifestaciones sociales, se han sucedido un sin número de experiencias hasta llegar a los tiempos actuales, pasando por diversas etapas que la doctrina las ordena de la siguiente manera:

- Fase de la Venganza Privada;
- Fase de la Venganza Divina y Pública;
- Fase Humanitaria; y,
- Fase Científica.

2.1 VENGANZA PRIVADA

En los más remotos tiempos humanos, la venganza revestía una fase meramente instintiva de defensa contra el acto dañoso. El hombre a semejanza de los animales repelía el ataque con el ataque.

No existe por parte del ofendido hacia el ofensor, la reflexión consiguiente por descubrirlo, o peor apreciar, o calcular el daño que podía causarle con su reacción. La venganza privada propiamente dicha, esto es: aquella que responde al grado accidental del ofendido, que solo se dirige al culpable, constituye al modo de aplicar la represión, en manos del individuo afectado, en aquella época en que el poder coercitivo del Estado, no tenía ningún valor para obrar en defensa de los intereses lesionados.

Pero si bien es cierto que en esta fase de la venganza privada, ésta se orienta en el sentido de que el propio individuo defiende sus intereses lesionados, permite la posibilidad de que la reacción social, paralelamente a la reacción individual del ofendido, tenga el respaldo de la familia, el clan o la tribu, en favor del individuo, contra el individuo, el clan o la tribu del hechor. Solo así se explica como en esta

fase, los parientes de la víctima eran solidarios con él y los parientes del culpable, eran solidarios con el hechor. Aquí hemos de encontrar la causa de un sinnúmero de guerras privadas que exterminaron familias enteras y aún tribus, bajo este principio equivocado de la solidaridad.

Aplicada así la justicia penal, se producen por obra de la venganza privada absoluta, numerosos y graves excesos que producían como consecuencia el desequilibrio social. La filosofía del acto imponía el hecho de que a un mal, había que anteponerlo un mal semejante, lo cual constituía el principio imperante en esa remota época impuesta entonces por una necesidad social, aparece la venganza reglamentaria. Surgen los impedimentos impuestos por la autoridad, la misma que cobra mayor vigor; y con esto la venganza privada tenía que ejercitarse estrictamente sobre el autor del hecho ilícito, incluyéndose en ella a los parientes y miembros del grupo.

Como el agente del delito perturbaba la tranquilidad no solo del grupo humano del ofendido, sino de su propio grupo, se estableció la entrega del hechor por los de su propio grupo, al grupo social de la víctima para su sanción. Sin embargo, antes de ser entregado al hechor, se exigió la comprobación del hecho ilícito cometido, para que pueda recaer la venganza. Cuando esta venganza se ejercitaba por meras sospechas o presunciones, la reacción social se imponía contra estas prácticas propias de la venganza privada absoluta.

La venganza tenía que dirigirse solo a los actos voluntarios, quedando fuera de la acción los actos involuntarios, aún cuando hayan causado daños a terceros. Con estos antecedentes se llegó al establecimiento de la Ley del Talión, que consistía en no poder causar daño al delincuente, ocasionándole un mal mayor al que éste había cometido o inferido a la víctima; lo cual significa que entre el hecho dañoso y la venganza privada debía existir una proporción equitativa. Estas son las principales limitaciones a la venganza privada, fuera de aquellas provenientes de la propia intención de los grupos humanos que se habían propuesto

a convivir dentro de los cánones de compresión y altruismo, como grupos semejantes de la especie.

Por su parte el jurista Fernando Castellanos Tena apunta que "podemos considerar que ésta se presentaba, cuando un sujeto cometía una o varias acciones en contra de otra persona, o bienes o parientes de ésta que se podían considerar delictivas, pero como no estaban reguladas estas situaciones, la persona ofendida tomaba venganza por si sola, no importándole si causaba un daño igual o mayor, aunque la actividad vengadora contaba con el apoyo de la colectividad misma, mediante la ayuda material y respaldo moral hacia el ofendido, reconociéndole se derecho a ejercitarlo".³⁵

Un ejemplo claro de la Ley del Talión, lo encontramos en el Código de Hammurabi, correspondiente al año 2.205 a.C., que se resume bajo el siguiente principio "Quien comete un ilícito que causa daño, debe responder con una pena proporcional equivalente al daño causado".

2.1.1 La Composición

La composición fue otra de las grandes limitaciones de la venganza privada y su aplicación alcanzó en los pueblos antiguos diversas modalidades.

Las composiciones pecuniarias consistían en la indemnización de determinados valores que por el hecho dañoso tenía que pagar el hechor o sus parientes, o el grupo al que se pertenecía el individuo, a la víctima o al grupo de la víctima.

³⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal (Parte General), Trigésima Primera Edición, Ed. Porrúa, México, 1992. P.43

La composición tuvo su auge en el Derecho Germánico, el mismo que distinguió dos formas, a saber: las composiciones judiciales; y las composiciones extrajudiciales.

Tanto en las unas como en las otras, se distinguen tres elementos:

- El Wergeld;
- La Busse; y,
- El Fiedegel.

El Wergeld, es muy difícil de entender en su significación, por cuya causa los tratadistas discrepan al definirlo, sin embargo, la más acertada definición de Wergeld, es la que considera que se trata de una composición homicida y que representa la reparación pecuniaria por excelencia del daño causado al individuo o a su familia tomando en cuenta la gravedad del delito cometido.

Además, el Wergeld se considera como una indemnización típica de carácter privado.

La Busse, era el dinero pagado como pena a la persona agredida o lesionada, o a su familia.

El Friedegel, no es sino el dinero que se pagaba en forma complementaria en adición al Wergeld, pero no al ofendido, ni a su familia, sino al Rey y a sus oficiales. En relación a esta fase el penalista mexicano Raúl Carrancá y Trujillo afirma que "el hombre reforzado en su gens, que hace suyo el derecho a la venganza, se siente ya ligado al grupo: no está solo, cuenta ahora con su derecho a ser protegido y vengar a los suyos y someterse a ello".³⁶

³⁶ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Y CARRANCA Y RIVAS, Raul. Derecho Penal Mexicano, Volumen I, Ed. Robledo, México, 1955, p.53

2.2 VENGANZA DIVINA

Con el transcurso del tiempo, la sociedad ha progresado notablemente. Se han fijado ya los principios fundamentales del poder político; consecuentemente, éste puede ejercer su autoridad sin limitaciones de ninguna clase. Es el momento en el cual la reacción social se hace energía para reprimir el delito y al delincuente. Por otra parte, la influencia de las religiones alcanzó gran preponderancia en la vida de la sociedad. Las antiguas monarquías asiáticas, actúan frente a la sociedad con el poder de la religión; y al juzgar al delincuente, lo hace en nombre de la divinidad de quien se creen representantes. En esta forma actúa el Estado, en nombre de la divinidad, contra el delincuente.

En esta etapa, los pueblos se conforman religiosamente, los jefes de los mismos, eran sacerdotes, y por consiguiente, éstos juzgaban en nombre de la divinidad. Así el maestro Villalobos, al referirse a este período considera que los directores de grupo (sacerdotes) tomaron en sus manos la represión en nombre de los seres superiores, de quienes recibían la autoridad. Surge así un concepto filosófico que descansaba en el supuesto de una ofendida divinidad, por atentado cometido por el grupo bajo su protección, o contra cualquiera de sus componentes, entonces era preciso desagaviarla, ello por medio de un sacrificio de carácter suplicatorio, al través del suplicio, generalizándose desde luego esa especie de venganza, en nombre de sus divinidades ofendidas, como explicación y justificación de las medidas penales.

2.2.1 Delito y castigo

La administración de justicia es otorgada por la divinidad, que la puso en manos del sacerdote para que cuidara del interés divino.

Al respecto el jurista español Federico Puig Peña señala que “la misma delegación divina en los sacerdotes en orden al derecho de castigar”.³⁷

El delito producido por el hombre es una ofensa a la divinidad que requería una pronta y enérgica sanción, para aplacar la ira divina que traían males y tragedias al Estado y a la sociedad.

El castigo por estas razones, constituye como queda dicho, una ofensa a la divinidad y se lo implantaba como una expiación al enojo divino causado por la injuria del criminal.

Efectivamente, para comprobar lo dicho, nos referiremos al Código de las Leyes de Manú, al Código de Hammurabi, a la Biblia y a la Legislación de la Antigua Persia, etc.

2.3 VENGANZA PUBLICA

La venganza pública, comenzó a aplicarse frente a ciertos hechos que a pesar de no lesionar al individuo en particular, comprometía los intereses fundamentales de la sociedad, como el caso de la religión que era de interés común o social. Con esto, la autoridad del Estado se fijó definitivamente por su eficacia.

Al respecto el maestro Villalobos manifiesta que “poco a poco se va advirtiendo en algunos delitos su carácter de agresión al orden público, se empieza entonces por distinguir estos delitos públicos de los que siguen llamándose delitos privados, y cuando el Estado adquiere plena conciencia de su personalidad política y de su misión, comprende también que todo delito es un ataque a la paz social y al orden, cuyo mantenimiento le están encomendados, y da entonces a la pena un

³⁷ PUIG PEÑA, Federico. Derecho Penal I, Ed. Nautla, Madrid, 1955, p.17.

carácter de vindicta pública conservando el nombre de "venganza", más por tradición que por correspondencia con su contenido".³⁸

También el jurista español Eugenio Cuello Calón, en relación a esta etapa apunta que "en este período nada se respetaba, ni siquiera la tranquilidad de las tumbas, pues se desenterraban los cadáveres y se les procesaba, los jueces y tribunales poseían facultades omnímodas, y podían incriminar hechos no previstos como delitos en las leyes. De estos ilimitados derechos abusaron los juzgadores: no los pusieron al servicio de la justicia, sino al de los déspotas y tiranos depositarios de la autoridad y del mando...".³⁹

De lo antes descrito por el jurista Cuello Calón, se desprende que en esta fase la justicia ya es impartida por un tribunal establecido, que se encuentra en manos de la autoridad del Estado quien juzga en nombre de la sociedad, y donde las penas son inhumanas, crueles, excesivas y arbitrarias, carentes de legalidad porque el juzgador goza de un albedrío, ya que resuelve de manera discrecional, en virtud de que si un delito no estaba regulado, dicha autoridad declaraba cual era la pena que se debería imponer a quien infringiera la ley, y para obtener la confesión de los delitos, se utilizaban las más terribles torturas y penas, como la argolla, la cual era una pesada piedra de madera sujeta al cuello, así como el descuartizamiento por la acción de cuatro caballos atando las extremidades a éstos, el garrote que daba muerte por estrangulamiento, entre otros.

Para conseguir la tranquilidad pública, la autoridad ha de servirse de todos los medios a su alcance; en esta forma, la salud del pueblo como suprema Ley -salus populi suprema lex- se ha de conseguir mediante el terror y la intimidación que causan el ejercicio y la constancia del hombre a delinquir.

³⁸ VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. Quinta Edición, Ed. Porrúa, México, 1990, p.26

³⁹ CUELLO CALON, Eugenio. Derecho penal I, Ed. Nacional, México, 1951, p.52

En esta época la sociedad se alentaba sobre la más franca desigualdad económica y social; no existía la igualdad ante la Ley, lo cual impedía la sanción a los miembros de la clase dominante quienes, en casos extremos podían pagar los delitos con penas pecuniarias; y si alguna vez recibían penas corporales, éstas se atenuaban considerablemente. Las penas graves por delito debían sufrir únicamente las clases sociales bajas, el pueblo llano.

2.3.1 El castigo

El tormento inspiraban los actos de justicia y por medio de ellos se conseguía la confesión del imputado de delito. Existía la facultad de imponer penas no previstas al momento de la comisión del ilícito y de recurrir a hechos no penados por simple analogía; todo esto, con el objeto de que la reacción hacia el delito, consiga su finalidad preponderante de mantener la tranquilidad pública a toda costa. Pero esta regresión de la venganza privada absoluta a la barbarie tenía su razón, o porque el Derecho Penal en rigor, no es sino una parte importante del sistema económico social preponderante a la cual deberá acomodarse la infraestructura del Derecho.

La sociedad misma tenía entonces que reaccionar de diferente modo ante el castigo cruel, el tormento y el sufrimiento del delincuente y su familia, para derogar el sistema inquisitorio e imponer el principio de la humanización de las penas.

2.4 PERIODO HUMANITARIO

Es indudable que la primera reacción contra la barbarie y la crueldad se dio en la penalidad. La Fase Humanitaria nació de los principios sustentados por el cristianismo y que en cierto modo tuvieron su aplicación en el Derecho de la Iglesia. En efecto, las ideas de fe, esperanza y caridad producida por la piedad y la penitencia, fueron razones poderosas para asegurar la enmienda y el perdón divino

del pecador, lo que influyó para el establecimiento de una legislación más humana que las anteriores.

El problema de las penas impuestas por las Iglesias durante la Edad Media, tendían a esta finalidad. Alguien ve en las penas privativas de la libertad que aplicó el Derecho Canónico el mayor respeto a la vida, inspirado en la doctrina cristiana. Si esta fue una noble finalidad, la historia nos enseña que la Iglesia se encuentra teñida en sangre en mucha sangre justa- como se habría sustentado, pero que se valió el poder de represión que tenía en sus manos, no para luchar contra el delito y el delincuente, sino para luchar por perpetuación en la conciencia humana. Por esto la base de justicia de sus principios, le indujo a ponerse a la verdad, a la libertad, a la conciencia misma; y así la Iglesia, envió a la horca a millares de hombres, en la época infame de Inquisición.

Cabe señalar que muchas veces, la Iglesia se sentía impotente ante el delito y entonces, como justificación había establecido los llamados Juicios de Dios, injustos por provenir de la propia suerte, de un Tribunal Espiritual inexistente.

La clase dominante, amparada en los principios religiosos de los cuales se creía su defensora absoluta, antes de dulcificar y humanizar las penas, como era el sentido de la época, habían impuesto como un fin irrenunciable, el terror y la barbarie.

Es sabido por esta razón, que junto a otras causas, la humanidad se había estancado en su progreso por largos e interminables años.

Los espíritus inconformes comenzaron a aparecer, y fue la clarísima mentalidad de Hugo Grocio y el pensamiento filosófico general de la época los encargados de revisar las bases de la vida y de librar al dar las mejores batallas por la humanización de las penas. En esta forma Spinoza, Locke, Hobbes, se preocuparon de la enmienda y corrección del delincuente, no por la brutalidad del

castigo, sino por la razón, por el amor humano trasladado al verdadero espíritu humanitario y altruista de la legislación penal.

También en Alemania surgen nuevos espíritus que luchan contra el Derecho Tradicional; sin embargo, cabe señalar que fue precisamente la Revolución Francesa que al establecer los principios fundamentales del hombre y del cuidado y que al organizar la sociedad con nuevas y justas bases, determinó la reacción definitiva contra la barbarie de la penalidad, en nombre de la justicia social. Fueron entonces los enciclopedistas y los grandes pensadores de la Revolución Francesa: Diderot, D'Alembert, Montesquieu, Rousseau, Voltaire, Helvetius, los inspiradores de la obra de la Revolución Intelectual "Del delitto delle poena" atribuida al Marqués de Beccaria.

Hasta entonces, solo el movimiento revolucionario había dicho algo sobre el delincuente, sin embargo las mejores declaraciones en favor de la personalidad humana las hace Beccaria en su monumental obra, condenando la existencia de la pena de muerte, de las penas infamantes, y del tormento; condenando en fin, las diversas formas del sadismo humano, que no respetaban ni siquiera los elementales derechos del hombre.

Habia por consiguiente que reformar la legislación penal, derrotando los viejos principios del Derecho, hacia la implantación del Derecho Positivo; por esto, las enseñanzas del Marqués de Beccaria, levantaron un verdadero revuelo intelectual.

La reforma penal se hacia inminente, basada como estaba en los principios de la Revolución Francesa, en los ideales de este gran reformador y en las observaciones prácticas de Howard. Los fundamentos del nuevo Derecho Penal, constituye la más franca aplicación de la justicia social: "Todos los hombres son iguales ante la Ley".

Surgen entonces nuevos regímenes penales que toman en cuenta las disposiciones de los Códigos Franceses, de la Revolución y del Imperio de 1791 y 1810.

En Austria las reformas de José Segundo se hacen evidentes. En Rusia con Catalina II y en Prusia con Federico II.

Sin embargo hay que añadir, que a pesar de la reacción social que dulcifica y humaniza a las penas en beneficio del delincuente, el delito como hecho social se presenta con caracteres alarmantes; los casos de reincidencia surgen, cuando se creían ganadas para la humanidad las medidas humanas de regeneración.

A partir de esta época, no hay que considerar sin embargo el hecho delictuoso en su forma general, como una simple violación del Derecho, sino que hay que encontrar en el análisis científico, la causa adecuada y sustancial de todos sus problemas.

Hasta aquí la ciencia se preocupa solo del hecho delictuoso y trata de encontrar la aplicación de una medida de carácter penal, para subsanar el mal producido por el hecho ilícito. Nada nos dice del agente del delito; en esta forma, determinamos con seguridad, que ni la Ciencia, ni la Ley que traduce sus principios, en vez de preocuparse del protagonista del delito, se preocupa solo del hecho y su resultado; razones por las cuales es indudable que la delincuencia recrudece y que las reincidencias se presentan como seguras.

Por esto, sobre nuevos fundamentos la moderna Ciencia Penal ha alcanzado un progreso inusitado, progreso que se debe en particular a las Ciencias Auxiliares del Derecho Penal, esto es: a la Criminología, Ciencia moderna de grandes alcances futuros, a la Psicología Jurídica, a la Antropología, a la Sociología, a la Medicina Legal y a la Psiquiatría, que han permitido el conocimiento cabal que se debe tener sobre el delincuente.

La pena en esta fase se individualiza, transformándose en el acto de defensa social, como una medida de corrección y como un instrumento de intimidación.

De lo que acabamos de estudiar se desprende entonces la enorme importancia que tiene la reacción social, cuya política implementada por el Estado tiene como principal objeto, defender a la colectividad humana, contra el acto que viola su tranquilidad.

La Ley Penal es por esto, diferente de las otras leyes o preceptos, por la forma y la eficiencia de la reacción que opone a todos aquellos que violan sus normas específicas.

Santo Tomás dice que la Ley es el ordenamiento de la razón para el bien común promulgado por él que tiene el cuidado de la comunidad. Desde el momento en que se dice que la ley es la razón, es una ordenación de la razón, que se ve más ampliamente que al reducir la ley a fotografiar lo que se llama norma objetiva de solidaridad social. Pero no sólo este es el aspecto interesante. Santo Tomás hizo, genialmente, de la ley humana, positiva, un reflejo de la ley y armonía universal, una reflejo de la eterna ley del orden.

En el cosmos hay orden. Los planetas giran bajo determinadas leyes físicas, que sorprenden al matemático.

Para Santo Tomás, esta ley es cósmica de orden tiene también su manifestación entre los hombres. También entre los hombres tiene que haber armonía. Tendemos a esta armonía, esa es la ley natural. Cuando el legislador refleja la ley natural en el papel, aparece la ley positiva, aspecto de la ley natural, y ésta, aspecto de la gran ley de la armonía universal. Este análisis ve en la ley otro factor, el factor razón, el factor orden de armonía universal. En los tiempos de Santo Tomás no había aparecido Comte ni Montesquieu ni la sociología. Por esto, no pudo considerar debidamente las exigencias sociales, el medio social, el ambiente étnico,

económico. Cada pensador es hasta cierto punto fijo de su época; Montesquieu va a descubrir uno de los últimos elementos de la ley. Santo Tomás alcanzó que la ley es razón y al ver que es razón hizo de la ley algo respetable, más respetable que si fuera simple fotografía de lo que exige la solidaridad social, empíricamente contemplada e inspiradora de exigencias caprichosas a veces. Montesquieu dice que la ley es el conjunto de relaciones necesarias que se deducen de la naturaleza de las cosas. La ley esta en la naturaleza de las cosas; el no matar está en la naturaleza de las cosas; el que el hombre respete al hombre está en la naturaleza de las cosas.

Dice Montesquieu que existe una razón primitiva por un lado y el concepto de la naturaleza de las cosas por otro; he aquí las famosas perspectivas de Montesquieu. La ley está en la naturaleza de las cosas, reconocida por la mente humana como condición de armonía universal e impuesta por la fuerza contra las anomalías disolventes.

La ley, es el reconocimiento con fines eficaces, es decir que se realizan por la soberanía de la calidad jurídica, de las costumbres o tendencias éticas de un pueblo. La ley no puede reconocer lo criminal, lo utópico. En el cuerpo social hay la exigencia de que se cumpla en la sociedad determinadas normas, eminentemente morales, establecidas por la costumbre o con fuerte tenencia a ser establecidas.

Elevar esto al orden jurídico es hacer la ley. En el Ecuador un maestro de la jurisprudencia abolió la servidumbre del indio, violentando un poco los hechos sociales, Para algo sirve "la razón legal" encontrada por Santo Tomás y Montesquieu. El indio que no pagaba su deuda al patrón, iba preso y permanecía en la cárcel hasta pagar. Como no podía hacerlo tenia que estar en al cárcel años y años."⁴⁰

Por otra parte el doctor Víctor Manuel Peñaherrera, gran jurisconsulto, al respecto apunta que "a pesar de la grita y el alboroto, formuló la ley que abolía la

prisión por deuda en materia civil. Sin más que esto el indio fue libre jurídicamente. La ley puede elevar las costumbres; el jefe de tribus, el rey, expedían reglamentos, daban disposiciones particulares para cada cosa, junto al poder reglamentario, surgía el poder de costumbres. En los pueblos primitivos habían dos fuentes del derecho: el reglamento, dado por la autoridad mediante su poder soberano, y la costumbre. Aguda observación es ésta de un pensador francés: Hauriou.

El reglamento tenía la ventaja de la claridad, de estar escrito, de poder ser consultado. La costumbre tenía la ventaja de ser aceptada por el pueblo, de ser elaborada por el pueblo. En cambio, era oscura. Cuando se quería dejar un precedente cierto, era muy difícil su reconstrucción.”⁴¹

⁴⁰ RAZON LEGAL, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Junio, 15, 2000, 21:00 HORAS.

⁴¹ RAZON LEGAL, Consulta en INTERNET (<http://www.lahora.com.ec/paginas/rjudi362.htm>), México, Junio, 15, 2000, 21:00 HORAS.

-CAPITULO TERCERO-

EVOLUCION HISTORICA DE LAS PENAS

3.1 EN EL MUNDO

3.1.1 EL DERECHO PENAL DE LAS CULTURAS LEJANAS.

3.1.2 EL DERECHO PENAL EN EL ANTIGUO EGIPTO.

3.1.3 BABILONIA, ASIRIA, ASIA MENOR Y EL DERECHO
MESOPOTAMICO.

3.1.4 EL CODIGO DE HAMMURABI

3.1.5 EL DERECHO EN LA INDIA

3.1.5 EL CODIGO DE MANU (MANAVA-DHARMA-SASTRA)

3.2 EN GRECIA

3.3 EN ROMA

3.4 EN ESPAÑA

3.5 EN MEXICO

3.5.1 EPOCA PREHISPANICA

3.5.2 EN LA CONQUISTA

3.5.3 EPOCA INDEPENDIENTE

3.5.4 EPOCA CONTEMPORANEA

EVOLUCION HISTORICA DE LAS PENAS

3.1 EN EL MUNDO

“Si bien no puede hablarse de una continuidad histórica en el derecho penal, puede reconocerse en la historia del derecho penal una lucha de la que va surgiendo arduamente la concepción del hombre como persona, esto es, como un ser dotado de autonomía moral.”⁴²

3.1.1 EL DERECHO PENAL DE LAS CULTURAS LEJANAS.

El Doctor Eugenio Raúl Zaffaroni en su manual de derecho penal apunta que “en china, la historia más remota se confunde con la leyenda. En los principios históricos comprobados se conocieron las llamadas “cinco penas”; el homicidio penado con la muerte, el hurto y las lesiones con la amputación de uno o ambos pies, el estupro con castración, la estafa con amputación de la nariz y los delitos menores con marca en la frente. Con posterioridad se conocieron penas más crueles, tales como abrazar una columna de hierro candente, descuartizamiento, cocimiento, azotes, bastón, distintas formas de pena de muerte, la extensión del castigo a la familia del autor. A lo largo de los siglos el sistema se fue haciendo más humano. En el siglo VII d.C. se suprimió la extensión de la pena a los parientes, reduciéndose las penas nuevamente a cinco: muerte, deportación, destierro, bastón y azotes. En el siglo VII y durante un poco tiempo se abolió la pena de muerte. En el siglo X se dispuso que en ninguna provincia podía ejecutarse la pena de muerte, sin el “cúmplase” del Emperador. En el año de 1389 se sancionó el código penal de la dinastía Min, que distinguía cinco categorías de infracciones en orden a la gravedad, manteniendo, con algunas variantes, el sistema de la cinco penas, este texto fue modificado varias veces hasta que en 1647 se sancionó el código de la dinastía

⁴² ZAFFARONI, Eugenio. Manual de Derecho Penal (Parte General) Tercera Reimpresión, Ed. Cárdenas, México, 1997.p.147

Ching, que mantenía las cinco penas y que quedó vigente hasta la República de 1912.”⁴³

3.1.2 EL DERECHO PENAL EN EL ANTIGÜO EGIPTO.

Solamente una colección de leyes del antiguo Egipto ha llegado hasta nosotros y aún incompleta. Se trata de una inscripción sobre una enorme piedra conmemorativa que mandó erigir en Karnak el primer rey de la XIX dinastía, Horemheb. Pero al igual que en otros muchos casos, el texto está tan deteriorado que ningún párrafo es legible en su totalidad.

Horemheb pretendía, sobre todo, poner fin a los abusos de poder de los funcionarios y a la percepción de impuestos por los soldados. Amenazó con penas severas: desde cien palos, a no ser que se abrieran cinco heridas, hasta la ablación de la nariz y el destierro en la ciudad de los desnarigados.

Se han encontrado numerosas pruebas de procesos del antiguo Egipto, pero se tiene informes incompletos sobre la naturaleza de las penas. La tortura, aplicada a los más sospechosos para arrancarles la confesión, consistía en golpear con un palo, no solamente las espaldas de los delincuentes, sino también los pies y las manos. A esto llamaban preparación para el examen completo.

El *maar*, código o conjunto de leyes egipcias, en que convertía a todos los súbditos en esclavos del faraón.

El apaleamiento era el castigo más común. En el antiguo Egipto, como todavía en nuestros días en Oriente, se consideraba que un buen vapuleo era el mejor medio para animar a los contribuyentes recalcitrantes a pagar los impuestos. Ni aun las personas que ocupaban los cargos más elevados escapaban a los buenos oficios del palo.

⁴³ Ibidem. 149-150

La justicia entre los egipcios era bastante benigna, comparada con la mayor parte de los pueblos de la antigüedad, por ejemplo el crimen de alta traición se castigaba con la ablación de la lengua. El hombre culpable de perjurio era, a veces, condenado a muerte; en otras ocasiones, se le cortaba la nariz y las orejas y se le ponía una argolla en la cabeza. Los jueces incompetentes o venales sufrían igualmente la ablación de la nariz y de las orejas.

Algunos delincuentes políticos tenían el privilegio de suicidarse para evitar la humillación de un proceso, fuera en presencia de los jueces o en el domicilio del propio condenado. El que no prestaba ayuda a otro hombre en peligro era apaleado y se le obligaba a ayunar durante tres días; igual castigo se reservaba a los que escondían o ayudaban a huir a un ladrón. El que asesinaba a su padre era mutilado y después quemado vivo. Los adúlteros recibían mil palos, y si era mujer, se le cortaba la nariz. El que violaba a una mujer soltera era mutilado de tal forma que le era imposible reincidir. El que fabricaba moneda falsa, falsificaba documentos o cometía fraude con peso de las mercancías perdía la mano derecha o ambas. El culpable de falsa acusación recibía el castigo que hubiere sido infligido al acusado de haber sido cierta la denuncia.

El destierro era un castigo grave. En el extremo nordeste del país, junto a la frontera de Palestina, se levantaba una fortaleza adonde se deportaba, después de cortarles la nariz, a los funcionarios culpables de abuso de autoridad con sus subordinados. En el extremo sur, en Etiopía otro campo de deportación acogían a los detenidos, mutilados, que trabajaban en unas minas de oro cercanas. Esta Siberia egipcia inspiraba tal terror que el juramento prestado por los testimonios ante el juez se formulaba a menudo así: ¡Si miento, que me mutilen y me envíen a las minas de Etiopía!. Otras fórmulas de juramento decían: ¡Si miento, no coma ni beba más y caiga aquí muerto!; o también: ¡Si no mantengo mi palabra, arrójese a los cocodrilos!.

Cuando se estudia el Derecho y el sistema penal del antiguo Egipto no debemos olvidar que comprende tres milenios de Historia, un período muy largo en el desenvolvimiento de un pueblo.

3.1.3 BABILONIA, ASIRIA, ASIA MENOR Y EL DERECHO MESOPOTAMICO.

El Doctor Francisco Xavier González Díaz Lombardo hace una breve reseña de esta etapa en la que apunta que "la primitiva cultura jurídica babilónico-asiria, está vinculada a los sumerios. Los akkadios y los asirios. En el Asia Menor y en Siria del Norte predomina la cultura hirrita.

La doctrina akkadiana reconoce la existencia de una realeza divina. Los Dioses Baal, o Señor, tenían por vicarios o servidores a los reyes, que eran intermediarios entre la voluntad divina y el pueblo. En el siglo XVIII a. De J.C. los Reyes de Agadé, que dominaron toda la Mesopotamia hicieron prevalecer, además de su origen divino, su condición de dioses y de reyes en la tierra, con el fin de robustecer su poderío."⁴⁴

3.1.4 EL CODIGO DE HAMMURABI

Asimismo continua exponiendo Lombardo que se considera como el principal monumento de escritura cuneiforme en lengua akkadia, constituyendo una verdadera pieza literaria y un importante documento jurídico. Es una compilación de 282 leyes o artículos esculpidos en un bloque de diorita, entre los años 40 a 43 del reinado de Hammurabi y hasta el año 1690 a. De J.C. El largo prólogo y el epílogo, escritos en verso, parecen impropios del estilo jurídico del Código, cuyas leyes están redactadas en estilo muy cuidadoso.

Hammurabi aparece recibiendo las leyes del dios del Sol. La inscripción comienza diciendo:

⁴⁴ GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, Francisco Xavier. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Ed. Limusa, México, 1979. Pp.50-51.

“...Como Anu, el sublime, el Rey de Anunaki, y Bel, el Señor del Cielo y de la Tierra, que fija el destino de los hombres, y Marduk, el hijo del Señor Ea, el dios del derecho han repartido la humanidad terrena... así Anu y Bel me han designado a mí, Hammurabi, el alto Príncipe, temeroso de Dios, para dar valor al derecho en la Tierra, aniquilar los malos y perversos, con lo cual el fuerte no daña al débil... y para iluminar el mundo y procurar la felicidad de los hombres...”

El Código se refiere más adelante a las leyes que regulan los derechos comunes a los hombres de la vida, familia, la propiedad, el honor y la buena fama. Al final de las leyes exclama Hammurabi: “Los grandes dioses me han designado; yo soy el pastor portador de la salud, cuyo báculo es recto y justo para que el fuerte no dañe al débil, para proteger a las viudas y los huérfanos, para declarar el derecho del pueblo, decidir las contiendas, resarcir los daños y perjuicios y ser como un padre para sus súbditos”. En el Asia menor la cultura *hittita* reproduce muchos textos babilónicos escritos en *akkadia*. Se ha descubierto un código *hittita* que refleja una mayor suavidad de costumbres que las predominantes entre los asirios. No admite las atroces mutilaciones, ni prodiga la pena de muerte pero castiga con pena capital el rapto y los delitos sexuales. Existen muchos contratos privados en lengua *hittita* y *akkadia* y se han encontrado asimismo tratados internacionales. (Tratado entre Ramsés II y Hattusil III. Se han descubierto también textos de discursos políticos, instrucciones a funcionarios y cartas oficiales).⁴⁵

3.1.5 EL DERECHO EN LA INDIA

Nuevamente el Doctor Díaz Lombardo refiere que “Las obras más antiguas sobre el derecho pertenecen a la literatura védica, en el *Smarta-sutra*, por estar fundados en los *smirit* que significa memoria y lo que es objeto de ella. “La antigua fuente del derecho, fue pues, lo conservado en la memoria, en la tradición”. No fue

⁴⁵ *Ibidem*.51-52.

sino hasta más tarde cuando nació el peligro de perder estas tradiciones cuando se convierte en escrito, gracias al magnífico influjo de los Brahmanes."⁴⁶

3.1.6 EL CODIGO DE MANU (MANAVA-DHARMA-SASTRA)

Se dice que no fue concluido sino hasta unos 600 años antes de Cristo. Al respecto el Doctor Lombardo apunta que este "es un conjunto de instituciones éticas, religiosas, morales y jurídicas, estrechamente vinculadas, de tal modo que, aun cuando toda transgresión de sus preceptos trae consigo un castigo, éste tiene distinto carácter: ora sólo religioso moral, ora externamente jurídico. Las Leyes de Manú son un compendio de ideas teogónicas y cosmogónicas, preceptos religiosos y ceremoniales, máximas éticas, principios de políticas y de justicia procesal y penal, e incluso de arte bélico. Estos se dividen en doce libros. Entre los más importantes, el II se refiere al matrimonio y la familia, el VII al rey y la casta militar, el VIII y IX a los jueces, leyes civiles y penales, y deberes respectivos de las castas. El XI a las penas y expiaciones."⁴⁷

Por otra parte el Doctor Zaffaroni en lo que respecta al derecho hebreo apunta que "el derecho penal hebreo tuvo también como características más saliente el talión. Según antiguos juristas y teólogos medievales y posteriores, el talión habría tenido un puro sentido metafórico, indicando la proporcionalidad de la pena, en tanto que para otros, el "ojo por ojo, diente por diente, sangre por sangre" habría tenido sentido literal y así se habría aplicado entre los hebreos.

Considerando a los Diez Mandamientos como fuente del derecho, sobre su base se elaboraron los preceptos jurídico-penales y a ese derecho se conoce como "derecho penal mosaico" (originado en la ley de Moisés), la pena de muerte reconoció varias formas: horca, cruz, sierra, fuego, lapidación, espada, ahogamiento, rueda, descuartizamiento, fieras, flecha, martirio con espinas, pisoteo de bestias, despeñamiento, etc.. Se conocían otras penas como prisión, excomunión, privación

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

de sepultura y multa y, en algunos casos no graves, se permitía la composición, que quería la completa reparación del daño y un sacrificio religioso. Reconoció el asilo, que podía amparar a los autores de homicidio culposo, y para ello señalaba "ciudades de asilo"⁴⁸

Dentro del derecho penal medieval y moderno, el Doctor Zaffaroni, en relación a los germanos apunta que "El predominio germánico evolucionó durante esos siglos, como resultado del reforzamiento de su carácter estatal. La pena más grave que conocía el derecho penal germánico fue la "pérdida de la paz" (Friedlosigkeit), que consistía en retirar al penado la tutela social, con lo que cualquiera podía darle muerte impunemente. En los delitos privados se producía la Faida o enemistad contra el infractor y su familia. La faida podía terminar con la composición (Wertgeld), consistente en una suma de dinero que se pagaba al ofendido o a su familia, o también mediante el combate judicial, que era una ordalía, es decir, un juicio de Dios. Las ordalías eran muy comunes entre los germanos. Todo su derecho penal tenía un carácter marcadamente individualista.

En lo que respecta al derecho penal canónico, este se formó a través de varias fuentes y tratando de sintetizar el concepto público de pena de los romanos y el privado de los germanos. Aparece recopilado en el siglo XV en el **Codex Juris Canonici**. El derecho penal canónico distinguió entre delitos eclesiásticos, en los que era exclusivamente competente, delitos seculares y delitos mixtos, que afectaban tanto al poder divino como al humano. Tomando en cuenta esta distinción, algunos autores afirman que el derecho penal canónico distinguió nítidamente entre delito y pecado, en tanto que otros niegan esta distinción, afirmando que contribuyó a confundir ambos conceptos. Nos inclinamos por opinar como los últimos."⁴⁹

⁴⁸ ZAFFARONI, Op. Cit. Pp 151-152.

⁴⁹ Ibidem. Pp. 158-159.

Asimismo en lo que respecta al derecho penal árabe el jurista Zaffaroni apunta que " el derecho penal de los árabes anteriores a Mohoma se caracterizaba por elementos que había tomado de otras culturas, particularmente de los judíos, tales como el tali3n. Castigaba el perjurio con relativa benignidad y prohibía los de estrangulamiento, la lapidaci3n, etc3tera.

El Kor3n suaviz3 este estado de cosas, introduciendo grandes reformas en la legislaci3n penal.

Mahoma trat3 de suavizar la antigua ley que obligaba a tomar venganza en caso de homicidio matando por medio m3s cruel, limitando la venganza a la misma forma de muerte. Adem3s el Kor3n deja abierta la posibilidad de la composici3n, evitando de este modo el tali3n. Castigaba el perjurio con relativa benignidad y prohibía los juegos de azar. El Kor3n distingue claramente el homicidio doloso del culposo: " Si la muerte es involuntaria, el matador est3 obligado a redimir un esclavo creyente y pagar el precio de la sangre a la familia del muerto, a menos que 3sta lo condone" (IV,91). Al igual que en el antiguo derecho 3rabe, el Kor3n dispone la lapidaci3n para el adulterio y la amputaci3n de la mano para el hurto."⁵⁰

3.2 GRECIA

El maestro Pav3n Vasconcelos en relaci3n a este pa3s dice: "en realidad son poqu3simas las referencias existentes sobre el Derecho penal griego y el conocimiento escaso de que disponemos nos ha llegado, principalmente, a trav3s de fil3sofos y poetas. Se le considera, sin embargo, como un puente de transici3n entre el Derecho oriental y el occidental, siendo, como lo nomina Thonissen, "el confin entre dos mundos".⁵¹

⁵⁰ Idem.

⁵¹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano. Parte General, 3ª Edici3n, Edit. Porrúa, M3xico, 1974. P.40

Los Estados griegos conocieron los períodos de la venganza privada o de sangre y de la venganza divina en sus inicios históricos, pero más tarde, cuando se consolidan políticamente, separan el principio religioso y fundan el derecho a castigar en la soberanía del Estado. Sobre este particular dice PUIG PEÑA: "...la nota saliente de este Derecho que se determina principalmente en la época histórica ateniense es la transmisión al principio político, determinándose ello, en cuanto al *ius puniendi*, porque éste poco a poco va articulándose en el Estado; en cuanto al delito, porque ya no es ofensa a la divinidad, sino ataque a los intereses de aquél (se perfila ya en Grecia la división de los delitos según ataquen los intereses de todos o simplemente un derecho individual, reservando para los primeros las penalidades más crueles); en cuanto a la *pena*, por su finalidad esencialmente intimidativa, no expiatoria, como en el período anterior".⁵²

3.3 ROMA

Asimismo en relación al derecho romano el jurista Pavón Vasconcelos apunta que "en el inicio de su evolución histórica conoció, como todos los pueblos antiguos, la *expulsión* por la paz y la *composición*. Es de suponer que en sus raíces remotas haya existido también la venganza privada, pero su organización social primitiva, que consagró al *pater familias* como la autoridad suprema del núcleo familiar, excluyó tal forma de reacción contra el delito, pues al *pater* correspondió el ejercicio de la venganza.

Es en el Derecho romano donde se precisa, con exactitud, la diferencia entre *delicta privata* y *crimina publica*, con posterioridad a las leyes de las XII Tablas, pues éstas recogieron, principalmente, los sistemas talional y de la composición. Aunque ya las XII Tablas estatuyeron el delito de *traición*, castigándolo con la muerte, las leyes surgidas con posterioridad dieron nacimiento al concepto del crimen *inminuatae rellaesae maiestatis populi romani*, consagrado en la **Lex Cornelia**, que comprendió como delitos de lesa majestad los considerados como *perduellio*.

⁵² PUIG PEÑA, Federico, Apud. PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. Cit. p. 40

La *perduellio* una de las instituciones más antiguas del Derecho romano, era la acción más grave, entre las formas de delitos cometidos contra el Estado. La construcción del crimen *laesae maiestatis*, encuentra su origen en los tiempos de Lucio Cornelio Sila. El *judicium perduellionis* castigó los actos realizados por el ciudadano que, como enemigo de la patria, ponía en peligro su seguridad, comprendiendo, por tanto, las actividades atentatorias de la seguridad y permanencia del Estado. La denominada *proditio* se castigó, dentro de la *judicium perduellionis*, por atentar igualmente contra la seguridad del Estado y la cometía el ciudadano que ayudaba al extranjero contra la propia patria, constituyendo su esencial carácter el *animus in existium republicae*. Todos los crímenes públicos, atentatorios de la seguridad del Estado, quedaron incluidos en la *Lex Julia*, la cual aparece reproducida en el *Digesto* la *Lex Julia*, comprendió los delitos contra la seguridad externa del Estado, clasificando los que comprometían la integridad territorial, la entrega de hombres al enemigo, la desertión, la traición por vileza, la excitación de un pueblo a la guerra y otros. A tales infracciones se les dio como pena la *del aquas et ignis interdictio*. A la *Lex Appuleia* siguieron la *Lex Varia* (año 662 de Roma) y la de *Sila*, que castigaron la sedición y la rebelión.

Tratándose de los *crimina pública*, el Derecho romano llegó, en la Constitución de Arcadia, conocida como la Ley 5 del código de la *Lex Julia*, a castigar la inducción como acción consumada, prolongando la responsabilidad del autor a sus hijos y a los descendientes de éstos.

El *parricidium* (parricidio) constituyó, frente a la *perduellio*, el más grave delito privado, siguiéndole posteriormente otros como los de daños, falsedad, hurto, homicidio intencional, perjurio, hechicería, etc. Se pueden señalar como características importantes del Derecho romano las siguientes:

El *delito* fue ofensa pública, aun tratándose de los *delicta privata*; la *pena* constituyó una reacción pública, en razón de la ofensa correspondiendo al Estado su aplicación; los *crimina extraordinaria*, que integraron una especie diferente a los

delitos públicos y privados, se persiguieron únicamente a instancia del ofendido; el desconocimiento absoluto del principio de *legalidad* o de *reserva*, originándose la aplicación analógica y, en algunos casos, el exceso en la potestad de los jueces; la diferenciación entre los delitos dolosos y los culposos; y el reconocimiento, en forma excepcional, de las causas justificantes de legítima defensa y estado de necesidad.

El consentimiento del ofendido se reconoció, igualmente, en ocasiones excepcionales, como causa de exclusión de la antijuridicidad, tratándose de bienes disponibles y con relación a los *delicta privata*. En cuanto al procedimiento, se adoptó el sistema acusatorio, con independencia o autonomía de personalidad entre el acusador y el magistrado, estableciéndose el derecho del acusado para defenderse por sí o por cualquiera otra persona.⁵³

3.4 ESPAÑA

El jurista Zaffaroni apunta que “pese a que nuestra legislación penal señala un corte respecto de la española, la influencia de los autores españoles y el tiempo durante el que la misma rigió en nuestro territorio meritan que tengamos los principales cuerpos legales que marcaron líneas político-coloniales dentro de la misma.

Dejando de lado el código de Eurico y el Breviario de Alarico (o Lex Romana Wisigothorum), el más importante cuerpo del período visigodo es el llamado Fuero Juzgo (originalmente llamado “Libro de los Jueces”, *Liber Judiciorum*). Este texto recepta una serie de instituciones de arqueología penal, provenientes del derecho germano primitivo, tales como las terribles penas corporales, las diferencias entre nobles y plebeyos, la composición, el talión, etc. Parece receptar el elemento subjetivo del delito en mayor medida que el derecho penal germánico, aunque no tanto como frecuentemente se pretende, puesto que pena la tentativa, de homicidio como delito autónomo. De cualquier manera, distingue el dolo de la culpa, admite la

⁵³ *Ibidem*. Pp. 40-41

legítima defensa y la necesidad, pero desconoce toda relevancia al error y a la ignorancia del derecho. El Fuero Juzgo fue severamente criticado por Montesquieu, pero, en verdad, no merece más críticas que las que pueden formularse al derecho penal germano en general.

Entre los llamados “fueros locales” se destaca el fuero viejo de Castilla, formado en el curso de algunos siglos, habiendo sido probablemente su primer legislador Sancho García, conde de Castilla, se conoce la redacción que en forma definitiva le dio el Rey Pedro en 1356. Las disposiciones penales se hallan en el Libro II, dividido en cinco títulos: “De las muertes, e de los encartados, e de las heridas e denuestrs”; “De los que fuerzan las mujeres”; “De los hurtos que se ficieren en Castilla”; los delitos públicos, que deben ser perseguidos por la justicia del Rey; los daños que debían ser pagados en su valor duplicado, estableciendo una minuciosa tasación de cosas. El Fuero Real fue ordenado en 1255 por Alfonso IX y las disposiciones penales se hallan en el Libro IV, donde trata de los que dejan la fe católica, de los judíos, de los denuestrs y deshonoras, de las fuerzas y de los daños y de las penas. En el título V establece que las penas se aplicarán según que el autor sea libre o siervo al tiempo del hecho. Se prohíbe la pena de muerte a la mujer encinta y se tasan las heridas. El robo se penaba con el doble de lo robado. Se establecía el principio de intrascendencia de la pena.

Las “Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio” datan del año 1263 y se ocupa de nuestra materia la Partida Séptima, que se inspira en el “cuerpo del derecho de Justiniano, por lo que respecta a los delitos comunes, el decreto y decretales por lo que se refiere a moros, judíos y herejes, y las costumbres y seguranzas”. Se hace en esta partida un acabado tratamiento de la materia penal.

En 1567 se publicó la Nueva Recopilación, ordenada por Felipe II, que trata la materia penal en el Libro VIII. En 1805 aparece la Novísima recopilación texto

anacrónico que tenía muchas disposiciones de la Nueva Recopilación y que rigió hasta 1848.”⁵⁴

3.5 EN MEXICO

3.5.1 EPOCA PREHISPANICA

El doctor Fernando Castellanos en los *lineamientos elementales de derecho penal* apunta que “muy pocos datos precisos se tienen sobre el Derecho Penal anterior a la llegada de los conquistadores; indudablemente los distintos reinos y señoríos pobladores de lo que ahora es nuestra patria, poseyeron reglamentaciones sobre la materia penal. Como no existía unidad política entre los diversos núcleos aborígenes, porque no había una sola nación, sino varias, resulta más correcto aludir al Derecho de tres de los pueblos principales, encontrados por los europeos poco después del descubrimiento de América. Se le llama Derecho Precortesiano a todo lo que rigió hasta antes de la llegada de Hernán Cortés, designándose así no sólo al orden jurídico de los aztecas, sino también al de los demás grupos.”⁵⁵

Asimismo el jurista Castellanos Tena, en lo que respecta al pueblo maya señala” que entre los mayas, las leyes penales, al igual que en los otros reinos y señoríos, se caracterizaban por su severidad. Los batabs o caciques tenían a su cargo la función de juzgar y aplicaban como penas principales la muerte y la esclavitud; la primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda para los ladrones. Si el autor del robo era un señor principal, se le labraba el rostro, desde la barba hasta la frente.”⁵⁶

Asimismo el doctor Castellanos refiere que “de las leyes penales de los tarascos se sabe mucho menos que respecto a las de otros núcleos; sólo se tiene noticia cierta de la crueldad de las penas.

⁵⁴ ZAFFARONI, Op. Cit. pp. 161-163.

⁵⁵ CASTELLANOS TENA, Op. Cit. p. 38

⁵⁶ Ibidem, pp. 38-39.

El adulterio habido con alguna mujer del soberano o Calzontzi se castigaba no sólo con la muerte del adúltero, sino trascendía a toda su familia; los bienes del culpable eran confiscados. Cuando un familiar del monarca llevaba una vida escandalosa, se le mataba en unión de su servidumbre y se le confiscaban los bienes. Al forzador de mujeres le rompía la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta hacerlo morir. El hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba. A quien robaba por primera vez, generalmente se le perdonaba, pero si reincidía, se le hacía despeñar, dejando que su cuerpo fuese comido por las aves. El derecho de juzgar estaba en manos del Calzontzi; en ocasiones la justicia la ejercía el Sumo Sacerdote o Petámuti.

De mayor importancia resulta el estudio del Derecho Penal de los aztecas. Aun cuando su legislación no ejerció influencia en la posterior, era el reino o imperio de más relieve a la hora de la conquista, este pueblo fue no sólo el que dominó militarmente la mayor parte de los reinos de la altiplanicie mexicana, sino que impuso o influenció las prácticas jurídicas de todos aquellos núcleos que conservaban su independencia a la llegada de los españoles. Según estudios recientes, llevados al cabo por el Instituto Indigenista Interamericano, los nahoas alcanzaron metas insospechadas en materia penal. Expresa Vaillant que dos instituciones protegían a la sociedad azteca y la mantenían unida, constituyendo el origen y fundamento del orden social: la religión y la tribu. La religión penetraba en los diversos aspectos de la vida del pueblo y para el individuo todo dependía de la obediencia religiosa; el sacerdocio no estuvo separado de la autoridad civil, sino dependiente de ella, al tiempo que la hacía depender de sí; son ello ambas jerarquías de la tribu y cada uno de sus miembros debía contribuir a la conservación de la comunidad.

El derecho penal azteca revela excesiva severidad, principalmente con relación a los delitos considerados como capaces de hacer peligrar la estabilidad del gobierno a la persona misma del soberano; las penas crueles se aplicaron también a otros tipos de infracciones. Ha quedado perfectamente demostrado que los aztecas conocieron la distinción entre delitos dolosos y culposos, las circunstancias

atenuantes y agravantes de la pena, las excluyentes de responsabilidad, la acumulación de sanciones, la reincidencia, el indulto y la amnistía. Las penas eran las siguientes: destierro, penas infamantes, pérdida de la nobleza, suspensión y destitución de empleo, esclavitud, arresto, prisión, demolición de la casa del infractor, corporales, pecuniarias y la muerte, que se prodigaba demasiado. Esta última se aplicaba principalmente en las siguientes formas: incineración en vida, decapitación, estrangulación, descuartizamiento, empalamiento, lapidación, garrote y machacamiento de la cabeza. Según el investigador Carlos H. Alba, los delitos en el pueblo azteca pueden clasificarse en la siguiente forma: contra la seguridad del Imperio; contra la moral pública; contra el orden de las familias; cometidos por funcionarios; cometidos en estado de guerra; contra la libertad y seguridad de las personas; usurpación de funciones y uso indebido de insignias; contra la vida e integridad corporal de las personas; sexuales y contra las personas en su patrimonio."⁵⁷

Por otra parte la Doctora Emma Mendoza hace una descripción de la época precuahtémica, apuntando que "el territorio que hoy ocupa México, estuvo poblado por diversos grupos étnicos con culturas y costumbre diferentes aunque muy parecidas entre sí en muchos aspectos, ya que todos se encontraban en etapas semejantes de su desarrollo. Al referirse al grupo dominante en la meseta de Anáhuac, el de los aztecas, Carrancá y Rivas señala el carácter "draconiano" de su sistema penal y no era de esperarse otra cosa por las costumbres de la nación azteca. Su concepción de la vida, su moral, su organización y criterios políticos, según Kohler, conforman el aspecto exterior e interior del derecho punitivo de las sociedades y, desde luego, de él deriva el sistema carcelario.

El derecho indígena era terriblemente severo, la sanción penal era pena pública, responsabilidad estricta del Estado y opuesta a la venganza privada, aunque en casos especiales se autorizaba la ejecución de la pena por manos del ofendido quien a su vez, también en casos específicos, podía autorizar la atenuación de la

⁵⁷ Ibidem, p. 41.

pena fijada por el Estado. La determinación de la gravedad de la pena o de la forma de aplicación, por ejemplo, en el caso de la pena de muerte que era profusamente usada y en una gran variedad de maneras de ejecución, dependía de las características del hecho delictuoso cometido, un tanto semejante a la Ley del Talión, aunque con variantes. En muchas ocasiones se permitía la restitución que era la regla, pero cuando se ponía en peligro a la comunidad, la muerte o el destierro eran las sanciones aplicables.

Precisamente lo riguroso de las sanciones y la frecuencia del uso de la pena de muerte, explica que la prisión no fuera casi utilizada más que como preventiva. Al parecer sí existió la pena de prisión, aunque un poco al estilo romano. Había diferentes tipos de prisiones:

El *teipiloyan*: fue una prisión menos rígida, era para deudores y para reos que no deberían sufrir la pena de muerte, según refiere Clavijero.

El *cuauhcalli*: cárcel para los delitos más graves, destinada a cautivos a quienes habría de serles aplicada la pena capital. Consistía en una jaula de madera muy estrecha y vigilada, donde se procuraba hacer sentir al reo los rigores de la cercanía de la muerte, desde el momento en que era hecho prisionero.

El *malcalli*: según refiere Sahagún, era una cárcel especial para los cautivos de guerra, a quienes se tenía con gran cuidado y se obsequiaba comida y debida abundante.

El *petlalcalli* o *pletalco*: cárcel donde eran encerrados los reos por faltas leves. Lo anterior muestra claramente una pena de prisión, aunque muy rudimentaria y desde luego, como las primitivas cárceles de todo el mundo en etapas culturales semejantes, no existía en ellas la menor idea de correccionalismo ni menos de readaptación, como señala Carrancá.

En el sistema penal precuahtémico, la cárcel ocupa un sitio secundario para acciones delictivas poco importantes, y es nimia su trascendencia, como pena, frente a las demás penas draconianas que se aplicaban con enorme rigor.⁵⁸

3.5.2 EN LA CONQUISTA

La doctora Mendoza Bremauntz, en relación a la etapa de la colonia apunta que "si bien, como señala Ots y Capdequí, no abundan los estudios sobre el derecho penal indiano, parece que la Colonia utilizó más que el derecho de las leyes, el jurisprudencial, como dice Ávila Martel, privando ciertos criterios como el de que la justicia debería ser rápida, tener un sentido de protección a los más débiles, esto es, a los pobres y a los indios, y parece que la justicia había llegado a la individualización de la pena.

De acuerdo con Ávila Martel: Era una justicia humana y paternal; a veces nos encontramos en los procesos con fallos que contienen sesudos consejos de buen vivir, en vez de penas.

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

En la Nueva Recopilación de Leyes se enuncian algunos principios que mantienen su validez aún vigente como la separación por sexos, la obligación de llevar el libro de registro de ingreso de internos, con todos los datos relativos a sus procesos y sentencias.

⁵⁸ MENDOZA BREMAUNTZ, Op. Cit. p. 167.

Pero la verdadera norma durante la Colonia fue el famoso apotegma de "obedézcase pero no se cumpla", y conociendo que la sociedad libre era miserable, sucia y explotada por los conquistadores primero y por sus representantes después, podemos imaginar la situación de las cárceles.

Ots y Capdequí señala que la Real Audiencia fue el órgano principal en lo que al tema se refiere, pero participaban en el asunto los alcaldes o jueces ordinarios y los cabildos municipales de las ciudades, villas y pueblos, en cuanto a asuntos civiles de menor cuantía y en cuanto a faltas y delitos leves del orden criminal.

También tenían facultades jurisdiccionales los virreyes, los presidentes de las Audiencias, los capitanes generales-gobernadores, los gobernadores políticos y los alcaldes mayores, existiendo una jurisdicción ordinaria, una militar, una eclesiástica, una mercantil y una fiscal, además de algunas especies y otras de carácter gremial, sin tomar en cuenta la cantidad de fueros personales que encuadraban a los individuos de distintas profesiones.

Tratándose del Tribunal de la Santa Inquisición, fue establecido al igual que en España, para defensa de la fe católica y la persecución de la herejía y procedía de manera semejante al español.

Se utilizaban como penas la reconciliación, la penitencia, el paseo público con el sambenito, la prisión y la muerte en la hoguera, que debía ser ejecutada por las autoridades civiles para la relajación o entrega del sentenciado.⁵⁹

Por su parte el Doctor Castellanos señala que "en la Colonia se puso en vigor la Legislación de Castilla, conocida con el nombre de Leyes de Toro; éstas tuvieron vigencia por disposición de las Leyes de Indias. A pesar de que en 1596 se realizó la recopilación de esas Leyes de Indias, en materia jurídica reinaba la confusión y se

⁵⁹ Ibidem, pp. 169-171.

aplicaban el Fuero Real, las Partidas, las Ordenanzas Reales de Castilla, las de Bilbao, los Autos Acordados, La Nueva y la Novísima Recopilaciones, a más de algunas Ordenanzas dictadas para la Colonia, como la de Minería, la de Intendentes y las de Gremios.

Para los indios las leyes fueron más benévolas, señalándose como penas los trabajos personales, por excusarles las de azotes y pecuniarias, debiendo servir en conventos, ocupaciones o ministerios de la Colonia y siempre que el delito fuera grave, pues si resultaba leve, la pena sería la adecuada aunque continuando el reo en su oficio y con su mujer; sólo podían los indios ser entregados a sus acreedores para pagarles con su servicio, y los mayores de 13 años podían ser empleados en los transportes, donde se careciera de caminos o de bestias de carga. Los delitos contra los indios debían ser castigados con mayor rigor que en otros casos.⁶⁰

3.5.3 EPOCA INDEPENDIENTE

Al respecto el doctor Castellanos apunta que “apenas iniciado por Hidalgo el movimiento de independencia en 1810, el 17 de noviembre del mismo año Morelos decretó, en su cuartel general del Aguacatillo, la abolición de la esclavitud, confirmando así el anterior Decreto expedido en Valladolid por el cura de Dolores.

La grave crisis producida en todos los órdenes por la guerra de independencia, motivó el pronunciamiento de disposiciones tendientes a remediar, en lo posible, la nueva y difícil situación. Se procuró organizar a la policía y reglamentar la portación de armas y el consumo de bebidas alcohólicas, así como combatir la vagancia, la mendicidad, el robo y el asalto. Posteriormente (1838) se dispuso, para hacer frente a los problemas de entonces, que quedaran en vigor las leyes existentes durante la dominación.

Como resumen de esta época asienta Ricardo Abarca, nos queda una legislación fragmentaria y dispersa, motivada por los tipos de delincuentes que

⁶⁰ CASTELLANOS TENA, Op. Cit, Pp. 42-43

llegaban a constituir problemas políticos, pero ningún intento de formación de un orden jurídico total; hay astibos de humanitarismo a algunas penas, pero se prodiga la de muerte como arma de lucha contra los enemigos políticos; las diversas constituciones que se suceden ninguna influencia ejercen en el desenvolvimiento de la legislación penal y no se puede afirmar que las escasas instituciones humanitarias creadas por las leyes, se hayan realizado."⁶¹

En la Epoca Independiente, que es a partir de donde los autores realizan un exhaustivo estudio, estos fueron los principales ordenamientos:

El 6 de diciembre de 1810, Miguel Hidalgo y Costilla promulgó en Guadalajara un Bando, por el cual establece la abolición del papel sellado en todos los negocios jurídicos, documentos, escrituras y actuaciones, con lo cual se podía usar el papel común. Se considera que Hidalgo no llegó a un programa de organización política, y que el programa social apenas es esbozado en este Bando, en el cual también ordenó la libertad de todos los esclavos "so pena de muerte, la que se les aplicará por transgresión de este artículo".

José María Morelos y Pavón formuló los "Sentimientos de la Nación", el 14 de septiembre de 1813. En ese histórico documento establece la necesidad de una equitativa impartición de justicia, la representación popular mediante el voto y la importancia de la soberanía nacional.

El 19 de marzo de 1812 se promulgó la Constitución Política de la Monarquía Española, en la cual se establece la organización de los tribunales y la administración de justicia civil y criminal, proponiendo que todos deberán ser juzgados por los tribunales legales, prohibiéndose la confiscación de bienes y la tortura. Consta de 10 diez títulos subdividida en capítulos y artículos. El 4 de mayo de 1814 es abolida, conforme a un decreto expedido por el soberano español, en

⁶¹ Ibidem. p.43.

Valencia, disponiendo al mismo tiempo lo que habria de observarse "a fin de que no se interrumpiese la administración y el orden público".

El 9 de octubre de 1812 se promulga el Reglamento de Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, según lo establecido en los artículos 271 y 273 de la Constitución de Cádiz.

El Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana es emitido en la ciudad de Apatzingán, Michoacán, el 22 de octubre de 1814. No tuvo vigencia, pues el 30 treinta de mayo de 1820 el virrey de la Nueva España ordenó observar y publicar la Constitución Española, promulgada en 1812 y abolida en 1814.

Los autores del Plan de Iguala y de los Tratados de Córdoba consideraron vigente la Constitución de Cádiz, según su artículo 12 y el Primer Congreso, la Regencia y el mismo Emperador juraron obediencia.

El 18 de diciembre de 1822 se somete al Emperador Agustín de Iturbide para su sanción y promulgación, el Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, disponiendo que la justicia se administraría en nombre del Emperador, quien encabezaría las ejecutorias y provisiones de los tribunales superiores para la pronta y fácil aplicación de la justicia del fuero común.

El Plan de la Constitución Política de la nación Mexicana, es interesante este documento en cuya redacción participó Servando Teresa de Mier, pues, como señalan los historiadores del derecho constitucional, influyó en la Constitución de 1824.

El Acta Constitutiva de la Federación del 31 de enero de 1824 y la Constitución del 4 de octubre de ese mismo año, establecieron la República. Dividiese el poder de la federación en Ejecutivo, Legislativo y Judicial, que inició su funcionamiento el 26 de marzo del siguiente año, en el antiguo local de la Audiencia,

sito en el Palacio de los Virreyes. Se otorgó la igualdad civil en el Derecho común, y el artículo 18 señaló que todos tenían igual derecho a la pronta, completa e imparcial administración de justicia.

El artículo 50, fracción XXVIII de la Carta Magna de 1824, otorgó facultades al Congreso de la Unión para elegir la residencia de los Supremos Poderes de la Federación y "ejercer en su Distrito las atribuciones del poder legislativo de un Estado", pudiendo, según la fracción XXIX, "variar esta residencia cuando lo juzgue necesario".

En la Constitución Federal de 1857, se suprimen las leyes españolas que regulaban disposiciones de todo tipo. Así las cosas, encontramos disposiciones penales en esta Constitución, castigándose con pena de muerte al traidor a la Patria en guerra extranjera, al salteador de caminos, al incendiario, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, los delitos graves del orden militar y los de piratería. Como se puede apreciar con toda claridad algunos todavía subsisten en la actualidad, en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, en el artículo 22.

En el año de 1862, se formó una Comisión para la elaboración de un Código Penal. Pero resulta que en ese tiempo, sobrevino la intervención francesa, por lo que no fue posible su publicación, y en lapso rige el Código Penal Francés; y una vez restablecida la República, también se restableció la vigencia de la Constitución Federal de 1857.

Por lo anterior, es hasta el año de 1868 en que se integra una comisión presidida por el Licenciado Antonio Martínez de Castro y se elabora un proyecto de Código Penal, el cual fue aprobado el 7 del diciembre de 1871, con vigencia a partir del 1° de abril de 1872 siendo este el primer Código Penal Mexicano, constante de tres libros, dos para la parte general y uno de parte especial, el cual se compone de 1151 artículos, uno de ellos es transitorio, este código tiene fuerte influencia de la

Escuela Clásica, e importante resulta la exposición de motivos contenidos en este código, también de gran relevancia lo constituye la llamada libertad preparatoria, que persiste aún en nuestros días, también un logro muy importante fue el contener las medidas de seguridad.

3.5.4 EPOCA CONTEMPORANEA

En 1903 el Presidente, General Porfirio Díaz, designó un Comisión, presidida por el Licenciado Miguel S. Macedo, para llevar al cabo una revisión de la legislación penal. Los trabajos se terminaron hasta el año de 1912, sin que el Proyecto de Reformas haya podido plasmar debido a que el país se encontraba en plena revolución.

El Código Penal de 1929, se ha hablado que padece graves deficiencias de redacción y escritura, y constantes reenvíos, duplicidad de conceptos y hasta contradicciones, razón por la cual se dificultó su aplicación práctica, y por ello su vigencia efímera, empero tiene este código como hecho notable y mérito principal haber suprimido la pena de muerte, su elaboración corrió a cargo de una comisión que la presidía el Licenciado José Almaráz, este código fue aprobado el 30 de septiembre de 1929, entrando en vigor el 15 de diciembre de ese mismo año.

El Código Penal de 1931, nace a raíz de la inquietud del Presidente de la República, Don Emilio Portes Gil, quien designó una nueva comisión para que se diera a la tarea de elaborar un nuevo Código Penal, que es el vigente, promulgándose el día 14 de agosto de 1931, por el Presidente Pascual Ortiz Rubio, comenzado a regir a partir del 17 de septiembre de ese mismo año.

El maestro Castellanos refiere que “ se ha censurado este cuerpo de leyes por pretender basarse decididamente en las orientaciones del positivismo; de hecho siguió en muchos aspectos la sistemática de la Escuela Clásica. Pueden señalarse, sin embargo, varios aciertos, entre los cuales destacan la supresión de la pena

capital y la elasticidad para la aplicación de las sanciones, ya que se establecieron mínimos y máximos para cada delito. Defectos técnicos y escollos de tipo práctico hicieron de difícil aplicación este Código, de efímera vigencia, pues sólo rigió del 15 de diciembre de 1929 al 16 de septiembre de 1931; al día siguiente de esta última fecha entró en vigor el de 1931 que rige en la actualidad.

El ordenamiento de 1931, que como se ha expresado inició su vigencia el 17 de septiembre, fue promulgado desde el 13 de agosto. Integraron la Comisión Redactora los señores licenciados Alfonso Teja Zabre, Luis Garrido, Ernesto Garza, José Angel Ceniceros, José López Lira y Carlos Angeles.

En la exposición de motivos, elaborada por el licenciado Teja Zabre, se lee: "Ninguna escuela, ni doctrina, ni sistema penal alguno puede servir para fundar íntegramente la construcción de un Código Penal. Sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea práctica y realizable. La fórmula: no hay delitos sino delincuentes, debe completarse así: no hay delincuentes sino hombres.

El delito es principalmente un hecho contingente; sus causas son múltiples; es resultado fuerzas antisociales. La pena es una mal necesario; se justifica por distintos conceptos parciales: por la intimidación, la ejemplaridad, la expiación en aras del bien colectivo, la necesidad de evitar la venganza privada, etc.; pero fundamentalmente por la necesidad de conservar el orden social. El ejercicio de la acción penal es un servicio público de seguridad y de orden. La Escuela Positiva tiene valor científico como crítica y como método. El Derecho Penal es la fase jurídica y la Ley penal es uno de los recursos de la lucha contra el delito.

La manera de remediar el fracaso de la Escuela Clásica no la proporciona la Escuela Positiva; con recursos jurídicos y pragmáticos debe buscarse la solución, principalmente por: a) ampliación del arbitrio judicial hasta los límites constitucionales; b) disminución del casuismo con los mismo límites; c) individualización de las sanciones (transición de las penas a las medidas de

seguridad); d) efectividad de la reparación del daño; e) simplificación del procedimiento, racionalización (organización científica) del trabajo en las oficinas judiciales. Y los recursos de una política criminal con estas orientaciones: 1, organización práctica del trabajo de los presos, reforma de prisiones y creación de establecimientos adecuados; 2, dejar a los niños al margen de la función penal represiva, sujetos a una política tutelar y educativa; 3, completar la función de las sanciones con la readaptación de los infractores a la vida social (casos de libertad preparatoria o condicional, reeducación profesional, etc.); 4, medidas sociales y económicas de prevención.”

El Código de 31 ha recibido, desde su aparición, numerosos elogios de propios y extraños y también, por supuesto, diversas censuras. Destacan como directrices importantes: la amplitud del arbitrio judicial mediante mínimos y máximos para la individualización de las sanciones, en los artículos 51 y 52; la tentativa, en el artículo 12; las formas de participación, en el 13; algunas variantes en las excluyentes de responsabilidad en el 15; la erección de la reparación del daño en pena pública en el 29; los casos de sordomudez y enajenación mental permanente, en los artículos 67 y 68; la institución de la condena condicional en el 90; siguiendo al Código de 1929, la proscripción de la pena de muerte, etc. El ordenamiento de 31 ha sufrido múltiples reformas, entre ellas la de 1951, cuyos autores principales fueron los juristas Francisco Argüelles y Jorge Reyes Tayabas, quienes mejoraron numerosos preceptos.

En 1949 se elaboró un Anteproyecto que ha quedado como tal; la Comisión Redactora estuvo formada por los señores, doctores Luis Garrido, Celestino Porte Petit, Raúl Carrancá y Trujillo y licenciados Francisco Argüelles y Gilberto Suárez Arvizu. Se integró después otra Comisión compuesta por los señores, doctor Celestino Porte Petit y licenciados Francisco Pavón Vasconcelos, Ricardo Franco Guzmán y Manuel del Río Govea, culminando los trabajos con el Anteproyecto de 1958, publicado en la Revista *Criminalia* en el mes de noviembre del propio año. En 1963, por recomendación del II Congreso Nacional de Procuradores de Justicia

(celebrado en la capital en mayo del citado año), se confeccionó un Proyecto de *Código Penal Tipo*, con el propósito de que se adoptara por las diversas Entidades Federativas. En la redacción del Proyecto intervinieron diferentes personas encabezadas por el doctor Celestino Porte Petit. En la exposición de motivos, publicada en el número 30 de la Revista de Derecho Penal, órgano de la Procuraduría de Justicia del Distrito y Territorios Federales (diciembre de 1963), se lee: "La dirección doctrinaria que inspira el nuevo Código es predominantemente la *técnica-jurídica* y, por lo mismo, se procuró resolver los problemas con la técnica que es propia de los hombres de Derecho, sin acudir a filosofías inconducentes." Hasta el presente, ninguno de estos tres intentos legislativos ha sido aprobado; por ende, aún sigue en vigor la Ley de 1931. En cuanto a los Estados de la República, en función del sistema federal, cada uno de ellos dicta su Ley Penal. Muchas Entidades han adoptado el Ordenamiento de 31, en forma íntegra una veces y con modificaciones, otras, aunque la tendencia actual, que día a día cobra mayor fuerza, es seguir modelos más modernos, como el Código Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1949, 1958 y 1963.⁶²

La ley en la vida contemporánea es, fuente de derecho que reúne las dos ventajas: la del reglamento soberano y de la costumbre. Por un lado, tiene la lógica de lo escrito, por otro lado la expide la representación popular. En mi concepto, no pude haber leyes, si no es dada por la representación del pueblo. La ley es la razón es el sentimiento del derecho, pero para que sea "razón" en el periodo contemporáneo, par que reúna la mayor representación al pueblo. Un reglamento cuando resuelva un problema general de derecho no es una ley: es un abuso de autoridad. La ley en esta etapa política, desde el siglo XVIII tenían que reunir las dos ventajas: la del reglamento y la de la costumbre.

La teoría de la autolimitación de Ihering es falsa? no hay tal autolimitación, sino que gobernantes y gobernadores son los mismos ante la ley. Tan criminal es el gobernante que no respeta el derecho como el gobernado que hace lo mismo. La ley

⁶² Ibidem, pp.44-48.

refleja la solidaridad social. La ley es razón, armonía. Pero es, además emoción, es sentimiento de justicia. La ley nace de la fuente emotiva del pueblo.

Todos nos encontramos limitados por el poder, hay algo que resiste el análisis de la disección lógica, es el sentimiento del derecho, del deber. La moral es un fenómeno de emoción. El derecho también es un sentimiento certero que no se agota en la lógica y de este sentimiento, de este efluvio sentimental que nos limita o que atrae, arranca toda la fuerza obligatoria de la ley. Pero este sentimiento jurídico, en el tiempo contemporáneo, exige como requisito de forma que la ley nunca sea parte de una autoridad ejecutiva, que la ley arranque de la fuente emotiva del pueblo, del Congreso o asambleas representativas.

Es dada por la autoridad representativa del pueblo, la ley moderna, a más de ser todo lo que se ha dicho, debe ser dada por la autoridad representativa de la autoridad popular. Si emana de cualquier otra autoridad es un acto dictatorial que carece de fuerza, de emoción jurídica. En nuestros tiempos, el reglamento no puede ser otra cosa que disposiciones tendientes a realizar en detalle la ley. Todo lo que cree un derecho, todo lo que establezca una obligación, todo lo que amplíe o limite la esfera jurídica de los individuos es y tiene que ser ley dada por el Congreso en nuestro caso que es la representación de democracia a través de los distinguidos legisladores. Los más poderosos dictadores que, en rigor, pueden hacer lo que les plazca, se creen obligados a reconocer el principio de la legalidad. Reclamamos constantemente señores lectores, leyes, porque el ser humano poco a poco ha ido adquiriendo conciencia de sí mismos conciencia de su función y no quiere obedecer sino a la razón. La ley es regularidad, es seguridad. Los ciudadanos quieren tener en esta época un cuadro fijo de valores.

De acuerdo con cálculos de sicólogos eminentes, tenemos que ha habido quince mil años en que el hombre ha estado sometido a instituciones. La religión era la salvaguarda de la costumbre. Tenemos más o menos tres mil años de sistemas legislativos. El Código de Hammurabi dos mil años antes de Cristo, es un principio de

la ley de razón. Pero la ley de las Doce Tablas las de Salomón, de Licurgo, son ya del individuo que exige seguridad, garantías, claridad, fijeza.

Con la ley surge la actividad lenta, gradual del individuo para que se le respete y enunciando que él no respeta otra cosa que la razón y la emoción jurídica. Esto es todo lo que se puede resumir en esta líneas, referente a la ley. Quince mil años de instituciones, el buen sentido, el espíritu religioso, el hábito, han ido acostumbrando al ser humano a respetar la disciplina, a trabajar en cooperación con sus semejantes. Iban creándose esta alma que tenemos hoy, disciplinada social, cooperadora. Poco a poco va apareciendo la personalidad del hombre y desde ese instante, va el ciudadano exigiendo que no se le gobierne sino mediante la razón clara y la emoción jurídica.

-CAPITULO CUARTO-

LAS DIVERSAS FORMAS DE PENAS EN MEXICO

4.1 LAS SANCIONES

4.2 MEDIDAS DE SEGURIDAD

4.3 PENAS ALTERNATIVAS

4.4 PENAS ACUMULATIVAS

4.4.1 LA PENA DE PRISION

4.4.2 LAS PENAS PECUNIARIAS

4.4.3 LA CONFISCACION

4.4.4 REPARACION DEL DAÑO

4.4.5 LA MULTA

4.4.6 PENA INUSITADA

LAS DIVERSAS FORMAS DE PENAS EN MEXICO

La definición según Rafael De Pina, **pena** "es el contenido de la sentencia de condena impuesta al responsable de una infracción penal por el órgano jurisdiccional competente, que puede afectar a su libertad, a su patrimonio o al ejercicio de sus derechos; en el primer caso, privándole de ella, en el segundo, infligiéndole una merma en sus bienes, y en el tercero, restringiéndolos o suspendiéndolos."⁶³

Tenemos diversos tipos de penas como:

Pena Accesorio.- Considerándose esta como accesorio la pena que por disposición legal expresa debe acompañar a otra que se impone en calidad de principal.

Pena Capital.- Se denomina así la pena de muerte. Esta pena, en México, se encuentra prohibida para los delitos políticos, y en cuanto a los demás sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiaro, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar. (tercer párrafo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

Pena Corporal.- Es la que afecta directamente a la persona del delincuente, como las de privación de libertad y muerte.

Pena Infamante.- Sanción penal que afecta al honor y dignidad de la persona sobre la que recae. (prohibida por el artículo antes citado).

Pena Pecuniaria.- Es aquella que se hace efectiva sobre el patrimonio del condenado, representando una disminución del mismo.

⁶³ DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho, Vigésimo cuarta Edición, Ed. Porrúa, México, 1997, p. 401

Pena Inusitada.- Es aquella que se hace efectiva sin que exista plasmada en un Código Subjetivo, o que no se encuentra regulada por la ley.

Lo que se ha dicho hasta ahora nos muestra la pena como es, no como existe; o, según los términos comunes, no como es, sino como debe ser. Ahora bien, precisamente en razón de la altura suprema de la función penal, son gravísimas las dificultades que se oponen a que la misma sea como debería de ser.

La experiencia es, que la pena se considera un remedio contra el delito, pero es una experiencia que espera todavía un análisis severo. Incluso cuando en el terreno del derecho penal se considere que el método positivo se ha afirmado sólidamente, de manera que se ha hablado y se continúa hablando de una escuela penal positiva si, como se ha tratado de demostrar, método positivo y análisis de la experiencia son todo uno, este método, en cuanto al tema de la relación entre delito y pena, no es aún plenamente aplicado.

Con el fin de aplicarlo es necesario, ante todo, definir la experiencia que se debe analizar. La pena es, realmente, un fenómeno que se presenta en dos planos: en el plano de la ley y en el del proceso, lo que quiere decir, como amenaza y como actuación. Son dos planos, cuya diversidad conviene tener en cuenta. Veremos que sobre esta diversidad se funda la distinción entre los dos aspectos del derecho penal: derecho penal material y derecho penal procesal. Sin embargo, también esta diversidad, como ocurre con todas las distinciones, no excluye la unidad, en cuanto ley y proceso se combinan en un desarrollo que constituye, el castigo (la punición): en una palabra, que no castigan solamente el ministerio público y el juez, como veremos, sino, antes que ellos, castiga el legislador. Por tanto, si el proceso, en sentido estricto, se opone a la ley, en sentido amplio se puede, e incluso se debe hablar de un proceso punitivo, el cual comprende en sí mismo la actividad del legislador."⁶⁴

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Penal (Diritto e Processo Civile e Penale). Biblioteca Clásicos del Derecho Penal, Volumen 2, Ed. Harla, México, 1997. Pp.9-10

Por otra parte tenemos que la punibilidad la cual es la susceptibilidad de pena o castigo. Dentro de la Escuela Clásica, la punibilidad es un elemento esencial del delito; se dice que el delito es una acción punible, esto es, para que una acción constituya delito, además de los requisitos que se deben reunir para la comprobación del Cuerpo del delito, debe concurrir el de punibilidad. Consecuentemente, una conducta puede ser antijurídica y culpable, y, no obstante ello, no ser delictuosa, como ocurre con las infracciones de índole civil o administrativo; luego, para que una acción se tenga como delito, es preciso que la ley penal la contemple y le señale una pena.

Por ello, se ha estimado que la punibilidad es un elemento de la tipicidad, dado que la acción mencionada como una pena constituye un elemento del tipo delictivo.

4.1 LAS SANCIONES

La sanción es el medio coercitivo de que se vale el poder público para imponer la observancia de la regla dada, tal elemento no es siempre extensible, porque la norma es observada voluntariamente por lo general en la sociedad; la sanción se manifiesta sólo cuando se comete la infracción a la norma, es como se apunta en líneas anteriores una consecuencia jurídica del delito, la pena o represión.

El jurista Luigi Ferrajoli apunta que “la **pena** como sanción *post delictum*. El problema del cuándo (o de qué) castigar es aparentemente el más sencillo de todos los problemas de la legitimación del derecho penal. La respuesta que se da generalmente a esta pregunta por parte del pensamiento jurídico-filosófico es la expresada por la máxima *nulla poena sine crimine*, la pena, según este principio formulado nítidamente en las célebres definiciones de Grocio, Pufendorf y Thomasius, es una sanción inflingida *ob malum actionis*, o *antegressi delicti, propter delictum*, esto es, aplicable cuando se haya cometido un delito, que constituye su causa o condición necesaria y del que se configura como efecto o consecuencia jurídica. Se trata del principio de retribución o del carácter de consecuencia del delito

que tiene la pena, que es la primera garantía del derecho penal y que, como escribe Hart, expresa no el fin sino justamente el criterio de distribución y de aplicación de las penas.

Hay una conexión evidente entre la naturaleza retributiva de la pena y su función de prevención general de los delitos: la amenaza legal de la retribución penal puede prevenir solamente la comisión de hechos delictivos, no la subsistencia de condiciones personales o de status como son la peligrosidad o la capacidad de delinquir u otras similares; y por otra parte la pena ejerce una función preventiva o intimidatoria sobre todo si se infringe al que la ha merecido. Retribución, escribe incisivamente Alf Ross, es, por definición, prevención.

Pero no es necesariamente cierto lo contrario, dado que se puede prevenir sin retribuir algo: el fin de la prevención, si bien está implicado por el principio retributivo, no lo implica a su vez, pudiendo quedar satisfecho también por el castigo terrorista del inocente.

De este modo la idea utilitarista de la prevención, disociada del principio de retribución, se ha convertido en uno de los principales ingredientes del moderno autoritarismo penal, asociándose a las doctrinas correccionales de la defensa social y de la prevención especial y legitimando las tentaciones subjetivistas de las que, como veremos, se nutren las actuales tendencias al derecho penal máximo.⁶⁵

Por otra parte el jurista HEINRICH JESCHECK, apunta que "delito, pena y medida son los conceptos del Derecho Penal moderno. Delito es el injusto determinado en sus elementos por el tipo de la ley penal y conminado con pena, por razón del cual su autor merece un reproche de culpabilidad. Pena es la compensación de una violación del Derecho conminada penalmente mediante la imposición de un mal proporcionado a la gravedad del injusto y de la culpabilidad, que expresa la reprobación pública del hecho y consigue, de este modo, la

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, Italia, 1990. Pp. 368-369.

afirmación del Derecho. La pena ha de tener también sentido para el autor, fomentando su resocialización. Las medidas sirven a la protección de la colectividad y del autor mismo ante el peligro de reincidencia que puede constatarse en base a la comisión por su parte de un hecho delictivo. Tal protección se persigue a veces mediante la privación de libertad con carácter cautelar (internamiento de seguridad) o de tratamiento terapéutico (establecimiento de terapia), a través de la privación de ciertos derechos (retirada del permiso de conducir) o por medio del control ambulatorio (sujeción a vigilancia).⁶⁶

Asimismo JESCHECK apunta que "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. El poder del estado se aniquilaría por sí mismo, sino tuviera fuerza suficiente para impedir que las infracciones jurídicas intolerables se afirmaran abiertamente. Sin la pena el Ordenamiento jurídico dejaría de ser un orden coactivo y quedaría rebajado al nivel de una simple recomendación no vinculante.

La pena, como expresión de la coacción jurídica, forma parte de toda comunidad basada en normas jurídicas (justificación jurídico-política de la pena). La pena es además necesaria para satisfacer la sed de justicia de la comunidad. De la justificación de la pena debe distinguirse su naturaleza. La pena es un juicio de desvalor ético-social de carácter público que recae sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica. La pena tiene, por consiguiente, un acento negativo y por ello siempre el carácter de mal, aunque en última instancia deba 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. Negarle el carácter del mal a la pena equivaldría a negar el concepto mismo de pena. El precepto evangélico (Sermón de la Montaña) de responder al mal con el bien (Mateo 5,44) sólo puede realizarse por el poder

⁶⁶ HANS-HEINRICH, Jescheck. Tratado de Derecho Penal, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, pp. 91-96.

punitivo estatal indirectamente, al ser el aseguramiento de las condiciones existenciales humanas, al que la pena sirve, también en última instancia un requisito esencial para la realización del bien.

El problema del sentido de la pena debe distinguirse del problema de su justificación y naturaleza. Aquí se trata de saber el significado que puede y debe tener el acto de castigar frente al condenado y a la sociedad.

Las dos ideas básicas, a través de las que puede descubrirse el sentido de la pena, son la retribución y la prevención. O la pena mira al pasado (al delito cometido) y trata de conseguir con la imposición querida del mal a ella unido una reparación de la infracción jurídica realizada ("malum passionis propter malum actionis"), o mira al futuro (al peligro de que 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, con lo que la intervención en la situación jurídica del condenado no es querida, sino sólo como un "mal necesario".

La retribución fue originariamente una reacción cargada de fuertes connotaciones emotivas y puramente negativa hacia el delito. Sin embargo, el concepto de retribución ha experimentado a partir de la Ilustración en el siglo XVIII un profundo cambio. Retribución quiere decir que la pena debe ser proporcionada al injusto culpable de acuerdo con el principio de la justicia distributiva. Por otra parte la idea a la prevención conduce a conclusiones que en parte son opuestas a las de la retribución. 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.⁶⁷

De acuerdo a lo anteriormente expuesto por los juristas, deben señalarse ciertos principios que rigen en la parte conducente para establecer la proporción entre los delitos y las penas, ya que estos son los que nos van a dar la pauta a seguir

⁶⁷ Ibidem, pp. 95-96.

para la imposición de la pena por la conducta ilícita que haya cometido un individuo, razón por la cual, a continuación señalamos dichos principios:

Primer Principio.- Evidentemente, se presenta fuera de toda duda que los delitos más graves han de ser castigados con penas más rigurosas que los leves, tal es el caso que no se puede castigar un homicidio con la misma pena que las lesiones y asimismo, habrá que tomar en cuenta las circunstancias atenuantes del delito que como consecuencia lógica disminuyen la pena, de la misma manera que si existen circunstancias agravantes, resulta obvio que la pena debe aumentar. Como por ejemplo es el caso de un homicidio cometido en riña (se atenúa la pena), a diferencia de un homicidio calificado (en el que concurren diversas agravantes), que según criterio de nuestro más alto Tribunal de la Federación, puede ser cualquiera de las siguientes: premeditación, alevosía, ventaja y traición.

Segundo Principio.- El mal de la pena debe necesariamente exceder al provecho del delito.

Nuestro Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común establece las reglas generales en la aplicación de sanciones en su artículo 51 que a la letra dice:

“Art. 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los

efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días.”⁶⁸

4.2 MEDIDAS DE SEGURIDAD

Para Manzini “las medidas de seguridad son providencias de policía, jurisdiccionalmente garantizadas, con las cuales el Estado persigue un fin de tutela preventiva de carácter social, sometiendo a determinadas personas, imputables o inimputables, punibles o no punibles, a la privación o a la restricción de su libertad, o a la prestación de una garantía patrimonial o a la confiscación, a causa de la peligrosidad social de las mismas persona o de las cosas que tienen relación con sus actividades, peligrosidad revelada con la comisión de uno o más hechos que la ley contempla como infracciones penales (Reati), o que de las infracciones penales tienen algún elemento, y en previsión de la probabilidad de ulteriores manifestaciones de su actividad socialmente nociva.”⁶⁹

Para Cuello Calón, “las medidas de seguridad son especiales tratamientos impuestos por el Estado a determinados delincuentes encaminados a obtener su adaptación a la vida social (medidas de educación, de corrección, y de curación), o su segregación de la misma (medidas en sentido estricto)”⁷⁰

Por otra parte el jurista Jorge Barreiro apunta que “la distinción entre estos dos instrumentos a disposición del Estado ha sido formulada de acuerdo a los siguientes puntos de vista:

La pena tiene contenido expiatorio en tanto produce sufrimiento al condenado, está fundamentada y consiguientemente condicionada a la demostración de culpabilidad del autor, y tiene un plazo de duración proporcional a la gravedad del delito.

⁶⁸ Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

⁶⁹ MANZINI, Vincenzo. Tratado de Derecho Penal Italiano, Cuarta Edición, Tomo III, Torino, Italia, 1961, p. 213.

⁷⁰ CUELLO CALON, Op. Cit. p.590.

La medida de seguridad es entendida como una privación de derechos que persigue una finalidad tutelar que no supone sufrimiento, es consecuencia de la manifestación de un "estado peligroso" y consiguientemente no puede tener términos precisos de expiración. Su duración indeterminada es consecuencia de que sólo debe cesar cuando haya desaparecido la situación de peligro de fundamento su imposición, esto es, cuando el sujeto que lo soporta haya sido resocializado, enmendado o en su caso inocuizado.⁷¹

Por su parte Castellanos Tena, señala que "reina la confusión entre especialistas sobre lo que es propiamente una pena y una medida de seguridad; a ambas generalmente se les designa bajo la denominación común de sanciones. El Código del Distrito y casi todos los de la República, a veces emplean, sin embargo, los vocablos pena y sanción son sinónimos. La distinción radica en que mientras las penas llevan consigo la idea de expiación y, en cierta forma, de retribución, las medidas de seguridad, sin carácter aflictivo alguno, intentan de modo fundamental la evitación de nuevos delitos. Propiamente deben considerarse como penas la prisión y la multa, y medidas de seguridad los demás medios de que se vale el Estado para sancionar, pues en la actualidad ya han sido desterradas otras penas, como los azotes, la marca, la mutilación, etc.

Acertadamente señala Villalobos; que no deben ser confundidas las medidas de seguridad con los medios de prevención general de la delincuencia; éstos son actividades del Estado referentes a toda la población y en muchos casos tienen un fin propio, ajeno al Derecho Penal, aun cuando redunden en la disminución de los delitos, como la educación pública, el alumbrado nocturno de las ciudades o la organización de la justicia y de la asistencia sociales; las medidas de seguridad, en cambio, recaen sobre una persona especialmente determinada en cada caso, por haber cometido una infracción típica. Insiste el mismo autor e que las medidas de seguridad miran sólo a la peligrosidad y, por ende, pueden aplicarse no únicamente

⁷¹ BARREIRO, Jorge. Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, pp. 193-194.

a los incapaces, sino también a seres normales susceptibles de ser dirigidos por los mandatos de la ley.”⁷²

Estos criterios clásicos de diferenciación son cuestionados en la actualidad, pues se tiene en cuenta: que también respecto de la ejecución de penas se han desarrollado criterios preventivos especiales que producen un desplazamiento al menos relativo del fin expiatorio al ensayarse tratamientos orientados a lograr la readaptación social del condenado; resulta insostenible la afirmación de que la imposición de una medida no supone sufrimiento a quien la padece; en la práctica, es muy hábil la distinción que existe entre las modalidades de ejecución de ambas reacciones; ha surgido una fuerte corriente que aconseja abandonar la indeterminación para las medidas de seguridad, procurando enmarcarlas en pautas de proporcionalidad. El establecimiento de plazos máximos de duración de las mismas surge como una necesidad para establecer límites que impidan su prolongación arbitraria.

En consecuencia, parecerá que el único criterio posible de diferenciación quedaría reducido a los diversos presupuestos que en ambos casos condicionan la intervención del Estado:

La medida sería consecuencia de la peligrosidad del autor, sin embargo, tampoco este punto de vista debe considerarse al margen de crítica, pues existen fuertes impugnaciones a la idea de culpabilidad en el ámbito de la pena, como también serios cuestionamientos en un concepto impreciso e inseguro como el de peligrosidad.

La doctrina ha desarrollado, en forma poco precisa, la diferencia que existe entre medidas criminales y administrativas. En algunos casos se tiene en cuenta el órgano estatal competente para su imposición, en otros se alude a la magnitud de la

⁷² VILLALOBOS, Ignacio, Apud., CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. Cit. pp. 288-289.

restricción de derechos y, finalmente, hay quienes consideran distintos los presupuestos que las condicionan.

Es entonces por lo que se dice que una medida es criminal cuando la aplica un órgano jurisdiccional, y administrativa cuando es competente un órgano de la administración.

Respecto a la diferencia que hay entre pena y medida de seguridad Rodríguez Manzanera apunta que “las principales diferencias que hemos encontrado revisando diversos sistemas y varios autores, son las siguientes:

En la medida de seguridad no hay reproche moral, la pena, por el contrario, lleva en sí un juicio de reproche, descalifica pública y solemnemente el hecho delictuoso.

La diversidad de fines perseguidos determinan la diferente naturaleza, la pena, tiene como fin la restauración del orden jurídico, las medidas de seguridad tienden a la protección de la sociedad (Vannini).

La medida de seguridad por lo general atiende exclusivamente a la peligrosidad del sujeto, y es proporcional a ella, mientras que la pena ve al delito cometido y al daño causado, sancionando de acuerdo a ello.

La medida de seguridad no persigue la intimidación, la pena sí. Principalmente en inimputables es comprensible este punto; de hecho la medida de seguridad no es una amenaza.

La medida de seguridad no constituye retribución, su función se dirige hacia la prevención especial.

La medida de seguridad no persigue una prevención general, ni puede concebirse como inhibidor a la tendencia criminal, como expusimos en el punto anterior, va dirigida a la prevención especial, al tratamiento del delincuente individual.

La medida de seguridad no busca restablecer el orden jurídico roto, su finalidad es proteger la tranquilidad y el orden públicos.

La medida de seguridad es generalmente indeterminada en su duración, y debe permanecer en cuanto persista la peligrosidad.

Varias medidas de seguridad pueden ser aplicadas por autoridad diversa a la judicial, la pena debe conservar el principio de juridicidad.

Contra la medida de seguridad por lo general no procede recurso en contrario.

La medida de seguridad puede ser aplicada tanto a imputables como a inimputables; la imputabilidad podría considerarse como un presupuesto de punibilidad, por lo que sólo son punibles los imputables.

La medida de seguridad podría aplicarse *ante-delictum*, no es necesario esperar a que el sujeto peligroso delinca para aplicarla.

Un aspecto muy importante dentro de las medidas de seguridad es la peligrosidad, ya decía Mariano Ruiz Funes que “los delitos de la realidad nos permiten confirmar que hay delincuentes no peligrosos, y peligrosos no delincuentes, y peligrosidad sin delito, y delito sin peligrosidad”. Siendo la peligrosidad el punto de partida y la sustentación para la aplicación de la medida de seguridad, haremos una breve referencia a ella.

Para Rafael De Pina, la peligrosidad es la “perversidad inequívoca manifestada por el delincuente en la comisión del acto u omisión delictivos.

Manifestación de conducta que aun no siendo delictiva basta para establecer, en relación con una determinada persona, la presunción fundada de la existencia en ella de una inclinación al delito".⁷³

La peligrosidad es la probabilidad (que no posibilidad) de cometer conductas antisociales de cierta gravedad, "es el conjunto de condiciones subjetivas que autorizan un pronóstico acerca de la propensión de un individuo a cometer delito"

Un sujeto será más peligroso mientras más predispuesto esté a cometer un crimen, y hacemos propias las palabras de nuestro maestro Di Tullio en cuanto a que "la predisposición a la criminalidad es la expresión de aquel complejo de condiciones orgánicas y psíquicas, hereditarias, congénitas o adquiridas, que acentuando las fuerzas naturales instintivas, egoístas y agresivas y debilitando las inhibitorias, hacen particularmente proclive al individuo a llegar a ser un criminal, también bajo la influencia de estímulos que quedan debajo de la línea operante sobre la masa de los individuos".

Finalmente es útil a nuestro tema el señalar que pueden reconocerse dos tipos de peligrosidad:

Peligrosidad presunta. Son los casos en los cuales, una vez probada la realización de determinados hechos o ciertos estados subjetivos del individuo, debe ordenarse la aplicación de una medida de seguridad, no debiendo el juzgador examinar la existencia o no de la peligrosidad, pues ésta se presume por el legislador.

Peligrosidad comprobada. Son los casos en los cuales el magistrado no puede aplicar medidas de seguridad, sin antes comprobar la existencia concreta de la peligrosidad del agente."⁷⁴

⁷³ DE PINA, Op. Cit. p.401

⁷⁴ RODRIGUEZ MANZANERA, Op. Cit.(Penología), pp. 119-122.

Algunas de las consideraciones político-criminales que señala el jurista Rodríguez Manzanera en las que apunta que “la adopción del sistema dualista para ser consecuente obliga a considerar inadmisibles la superposición de la pena. Sin embargo y como consecuencia del desarrollo de puntos de vista preventivos especiales exagerados, en muchos casos se aconseja imponer al responsable de un delito, además de la pena, una medida de seguridad accesoria so pretexto de que su “peligrosidad” supera la culpabilidad por el hecho.

En realidad no existen sujetos, mucho más peligrosos que culpables. Ante la comisión de un hecho punible, el Estado carece de derecho para reaccionar con mayor intensidad que la que surge del reproche de culpabilidad que pueda formularse al autor.

Deben considerarse aplicables a las medidas de seguridad todas las garantías constitucionales que condicionan el ejercicio del ius puniendi estatal. Esto es así desde que no resulta plausible que se puedan menoscabar o suprimir los derechos del súbdito, con el sencillo expediente de cambiar la denominación de la reacción que se utilizan consecuencia, entran en consideración también para la imposición de medidas de seguridad. El principio de legalidad, en cuya virtud sólo deben aplicarse medidas previamente previstas en la ley y como consecuencia de presupuestos contemplados en la misma.

El criterio de determinación exhaustiva y no genérica de dichos presupuestos es lo que conduce a cuestionar la inadmisibles fórmula del “estado peligroso”. Por lo mismo, toda medida predictual debe ser erradicada.

Toda medida criminal debe ser aplicada por órganos jurisdiccionales, previa realización de un proceso rodeado de garantías, en el que resulte preservado el derecho de defensa.

Es necesario consagrar pautas de proporcionalidad respecto a las medidas de seguridad, para superar el sistema vigente que prevé su determinación.

Lo anterior conduce al establecimiento de plazos máximos de duración, con la finalidad de evitar que las medidas de seguridad se conviertan en remedios más severos que las personas.⁷⁵

Por otra parte el jurista Felipe Olesa apunta respecto a las medidas de seguridad que “son medios sustantivos de prevención especial aplicables jurisdiccionalmente en los casos y formas previstos en la ley, a las personas adultas que constituyendo un peligro no transitorio de información del orden jurídico penal por su condición moral, social o psíquica, son incapaces de sentir la eficacia preventiva de la pena. La imposición de medidas de seguridad es correlativa a la existencia jurisdiccionalmente declarada, de estado peligroso, debiendo aplicar el juez las que son legalmente adecuadas a sus características.”⁷⁶

Para aplicar las medidas de seguridad se necesitan una serie de requisitos sin los cuales pueden perder su efectividad apunta el criminólogo Rodríguez Manzanera, “En primer lugar, es necesaria la adecuada reglamentación; no debemos desconocer que su aplicación indiscriminada puede convertir la medida en un arma siniestra en manos de gobiernos totalitarios o de políticos sin escrúpulos. La ley debe establecer expresa y claramente en cuáles casos ha lugar una medida de seguridad, cuáles son éstas y que procedimiento se debe seguir para aplicarlas.

En segundo lugar se debe de contar con las instalaciones adecuadas para su ejecución, así como los medios necesarios para realizarlas, de lo contrario de nada sirve una legislación perfecta. A continuación debemos mencionar el personal que debe aplicarlas. El problema de las medidas de seguridad es eminentemente técnico, aquí es necesario personal altamente especializado.

⁷⁵ RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Las Medidas de Seguridad, Revista Criminalia Número 7 a 12, México, 1976, pp. 133-134.

⁷⁶ OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe. Las Medidas de Seguridad, Ed. Bosch, Barcelona, 1951, p.306.

El dictamen de peligrosidad es el punto toral del problema; de él depende que la medida se dicte o no. La dificultad que esto acarrea es el re-examen para dictaminar si la peligrosidad cesó y por lo tanto debe suspenderse la medida. Un aspecto aceptable es la revisión periódica. Todo esto sólo puede hacerlo un Consejo Criminológico.

Otro punto que no puede desconocerse es la dificultad de gobierno de los individuos sujetos a una medida de seguridad, así, en palabras de García Iturbe: "El recluso suele comprender el porqué de la pena que se le aplica. La entiende como un castigo y normalmente, sobre todo cuando es de larga duración, termina por resignarse a ella. Si acaso, cree que la duración es demasiado prolongada, pero la causa de la pena es casi siempre comprendida. Lamentablemente las medidas de seguridad no llegan nunca a ser entendidas con la misma facilidad que las medidas represivas, por lo cual se hace difícil la labor de gobiernos o de disciplina de los internados".

Para concluir, insistimos en que la regla general debe ser que la medida de seguridad no puede ser peor que la pena, y que el inimputable no puede ser peor que la pena, y que el inimputable no puede ser tratado peor que el imputable.

Por esto, en principio, toda circunstancia que implica que al imputable no se le dicte una punición o no se le aplique una pena, debe beneficiar también al inimputable. Así, causas de justificación o de inculpabilidad beneficiarían al inimputable, al igual que el error en la situación en que un imputable pudiera también caer en él.⁷⁷

⁷⁷ RODRIGUEZ MANZANERA, Op. Cit.(Penología), pp. 126-127.

EL ARTICULO 24 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL

Las medidas de seguridad que contiene el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal en materia de Fuero Común, las encontramos en los apartados tres, cuatro, cinco, ocho, nueve, diez, once, doce, trece, catorce, quince, dieciséis y diecisiete, toda vez que las contenidas en los demás apartados son catalogadas como penas. De acuerdo a lo anterior, el día 17 de Septiembre de 1999, fue reformado este artículo, dicha reforma que entro en vigor a partir del 1° de octubre de ese mismo año, quedando así:

"Artículo 24.- Las penas y medidas de seguridad son:

- 1.- Prisión.
- 2.- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.
- 3.- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, o tratándose de violencia familiar, de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes.
- 4.- Confinamiento.
- 5.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 6.- Sanción pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica.
- 7.- Derogado.
- 8.- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito.
- 9.- Amonestación.
- 10.- Apercibimiento.
- 11.- Caución de no ofender.
- 12.- Suspensión o privación de derechos.
- 13.- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos.
- 14.- Publicación especial de 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.⁷⁸

El objeto de las medidas de seguridad es el evitar que se cometan nuevos delitos cuando ya se ha cometido alguno, que tengan la tendencia a quebrantar la ley, de ahí que las medidas de seguridad realizan una permanente lucha contra el delito por medio de un sistema preventivo para proteger a la sociedad antes del daño y del peligro, que puede provenir de una persona que ha ejecutado un hecho punible o de las cosas que están en relación con tal hecho.

4.3 PENAS ALTERNATIVAS

Rodríguez Manzanera apunta que "dos son los sistemas que se pueden seguir cuando hay la posibilidad de aplicar pena y medida de seguridad".

Sistema acumulativo. Hay varios países en los cuales se impone y cumple primero la pena que priva de la libertad y luego se impone y cumple la medida de seguridad de la misma clase. En otros países se deja que el sujeto cumpla la medida de seguridad hasta quitarle peligrosidad, y luego debe cumplir la pena. El sistema de sobreposición de pena y medida de seguridad se encuentra ya completamente desacreditado y visto con gran repugnancia por los penalistas, jueces, y desde luego por aquellos mismos que deben sufrirlo.

Sistema alternativo. El juez, habida cuenta de las condiciones del individuo y las necesidades de la sociedad que debe defender, puede escoger entre imponer la pena o la medida de seguridad. En 1951 la Comisión Penal y Penitenciaria recomendó renunciar a la superposición de pena y medida de seguridad diferente y

⁷⁸ GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, Organó del Gobierno del Distrito Federal, Novena Época, 17 de Septiembre de 1999, No.117, p.4.

que las legislaciones procuren, además seguir un tratamiento unitario para los delinquentes.

Manzanera refiere que el maestro Jiménez de Azúa ha dicho que "debe ser superado y abandonado como erróneo el sistema de aplicar al mismo delincuente primero la pena y después la medida de seguridad. Asimismo refiere que Lima Malvido afirma: "Renunciamos a la aplicación sucesiva de pena y medida de seguridad, en su lugar, proponemos facultar al juez a sustituir la pena impuesta por la reclusión en un departamento especial. Esta reclusión será impuesta como sanción, y sustituye la ejecución de la pena."⁷⁹

El sistema de punición actualmente en México, es alternativo y acumulativo, pues tenemos que nuestros legisladores en algunos delitos la punibilidad es alternativa especialmente en los delitos considerados como no graves por la ley, y en los delitos previstos en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que son considerados como graves, la punibilidad aplicada es acumulativa, tenemos así por ejemplo, en los Delitos Contra la Moral Pública y las Buenas Costumbres, el delitos de Ultrajes a la moral pública, un delito no grave, y que la punibilidad es alternativa, el artículo 200 del Código Penal para el Distrito Federal, en Materia de Fuero Común, que a la letra dice:

"Art. 200.- Se aplicará prisión de seis meses a cinco años o sanción de trescientos a quinientos días multa o ambas a juicio del juez:

Al que fabrique, reproduzca o publique libros, escritos, imágenes u objetos obscenos, y al que los exponga, distribuya o haga circular;

Al que publique por cualquier medio, ejecute o haga ejecutar por otro, exhibiciones obscenas, y

Al que de modo escandaloso invite a otro al comercio carnal.

En caso de reincidencia, además de las sanciones previstas en este artículo, se ordenará la disolución de la sociedad o empresa.

⁷⁹ JIMENEZ DE AZÚA, Luis, Apud., RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. Op. Cit, (Penología), p. 125.

No se sancionarán las conductas que tengan un fin de investigación o divulgación científico, artístico o técnico.⁸⁰

Como podemos apreciar este artículo tiene un detalle muy importante la punibilidad que menciona el legislador es alternativa, aunque también le da la facultad al juez de aplicar ambas penas, esto es a juicio de él, debiendo tomar en consideración diversas circunstancias, como la reincidencia y por supuesto la peligrosidad de la persona que realiza tal conducta.

Así tenemos que las penas que se aplican en nuestro sistema de punición son principalmente la prisión y la sanción pecuniaria, la cual comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica, que en el siguiente tema estudiaremos.

Las tendencias teóricas modernas en las políticas criminológicas, y entre ellas las que predominan en el derecho mexicano, se han ido encaminando a limitar lo más posible las penas breves privativas de la libertad.

Las opiniones que propician este cambio en la naturaleza de las penas se han traducido en diversas reformas a nuestros Códigos Penales, específicamente al Código Penal Federal (CPF). Así, ya en 1983 se introdujeron en el artículo 70 las penas sustitutivas de prisión.

De esta forma, el artículo 24 del CPF enumera entre las penas y medidas de seguridad, al tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo en favor de la comunidad, cuyo alcance establece el artículo 27 del mismo código.

Como es sabido, las reformas introducidas al CPF en 1983 fueron seguidas de otras en 1991. En estas últimas se estableció un mayor número de opciones punitivas y se ampliaron los rangos de las penas de prisión susceptibles de ser sustituidas por otras no privativas de la libertad. Por ejemplo, si en el código de 1984

⁸⁰ Código Penal para el Distrito Federal, Ed. Sista, 2000

la pena de prisión que no excediera de un año podía ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad, en las reformas de 1991 se establece que si la pena de prisión no excede de cinco años, puede ser sustituida por trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en semilibertad. Se advierte, por lo tanto, la tendencia a eliminar en lo posible las penas corporales de menos de cinco años, para dar al juez la posibilidad de sustituirlas por otras no privativas de la libertad, siempre, naturalmente, que se cumplan ciertos requisitos legales.

Para que se puedan aplicar las penas sustitutivas de la prisión establecidas en el artículo 24 del CPF, se requiere que el sentenciado satisfaga los requisitos contemplados en la fracción I, incisos "b" y "c" del artículo 90, los que textualmente expresan:

b) Que sea la primera vez que el sentenciado incurre en delito intencional y, además, que haya evidenciado buena conducta positiva, antes y después del hecho punible; [y]

c) Que por sus antecedentes personales o modo honesto de vivir, así como por la naturaleza, modalidades y móviles del delito, se presuma que el sentenciado no volverá a delinquir.

Las razones de la nueva política en materia de substitutivos de prisión son múltiples. En la exposición de motivos de las reformas de 1983 al CPF, se expresó que:

Al otorgarse al juez nuevas posibilidades de sustituir la prisión y de conceder la condena condicional se ensanchan los contornos de las penas no privativas de la libertad, en la línea de la opinión progresista contemporánea según la cual el encarcelamiento, ya que trae consigo graves restricciones al derecho de conformar la propia vida, es prescindible respecto de aquellos delitos que no son capitales.

Cabe señalar, además, que la sobrepoblación penitenciaria encarece la justicia penal y hace perder efectividad a la pena: significa un gasto enorme para la sociedad la manutención de prisiones en las que, con el hacinamiento, se agravan la corrupción, la promiscuidad y la indisciplina, nada propicias para la rehabilitación social.

Pero no sólo el legislador mexicano ha precisado los fundamentos -ya sean teóricos o meramente practicistas, como el último que se ha citado- para descalificar la justeza y utilidad de la pena de prisión. Son principalmente los tratadistas más destacados en la materia los que han desarrollado los fundamentos de esta nueva tendencia de la criminología. En este sentido, Eugenio Florián expresaba, ya en 1929, que, es error grandísimo y causa múltiples daños el imponer a todos los delincuentes la pena de encarcelamiento y acumular en las cárceles, aunque sea por breves días, a personas honradas junto con individuos prejuizados y endurecidos en el delito. Aparte del peligro del contacto y la vergüenza de la cárcel, que no se borra fácilmente, que exaspera el ánimo, como notaba Von Liszt, las penas breves de encarcelamiento no sólo no son útiles sino que perjudican al ordenamiento jurídico mucho más que la impunidad. Por éstas y otras razones obvias, resulta completamente legítima la cruzada que autores preclaros desde hace tiempo han encendido contra las penas breves de encarcelamiento, denunciando sus vicios y tratando de buscar sus remedios.

Sin embargo, a pesar de que en un plano teórico existe una coincidencia bastante generalizada en contra de la pena de prisión, en la práctica se presenta una gran resistencia no sólo para la adopción e instrumentación de las nuevas penas que buscan sustituirla, sino también para aceptar una reducción de la prisión preventiva. Se arguyen -como en otros casos de violaciones a los derechos humanos- razones de seguridad pública.

¿Qué se puede decir? ¿Se justifican los argumentos de este tipo? El afán de disminuir el encarcelamiento, sea el que resulta de la prisión preventiva o de la

condena a penas privativas de la libertad, ¿es sólo la aspiración de unos pocos idealistas ingenuos, desligados de la realidad? Estoy convencido de que esto último no es cierto, y que la relación entre la seguridad pública y el respeto a los derechos humanos de los procesados y sentenciados, debe ser objeto de un análisis mucho más profundo, que demostrara precisamente lo contrario. En efecto, la seguridad pública y los derechos humanos, entre ellos el respeto a la libertad, son conceptos complementarios e interdependientes.

Mantener a una persona en prisión preventiva -encarcelamiento que por definición debe ser breve- o imponerle sanciones de prisión de corta duración, en nada contribuye a su reintegración social ni a garantizar la seguridad pública. Por el contrario, este encarcelamiento favorecerá actitudes y aprendizajes para cometer nuevos hechos delictivos. Esto es tanto más cierto cuando la persona ha sido objeto de procedimientos ilegales y arbitrarios, que la volverán más agresiva y más desconfiada de las instituciones, para generar mayor delincuencia, provocando consecuentemente, por parte de la sociedad civil, una demanda de mayor rigor policial y de medidas más represivas. Así irá creciendo la espiral de violencia, inseguridad y arbitrariedad policial, hasta llegarse a una sociedad fascistoide, en que cada ciudadano se sienta impelido a portar armas y a defender sus derechos y su vida por su propia mano; en fin, a una sociedad en que impere la ley del más fuerte.

Nuestra legislación penal, tanto la establecida en el CPF como en los códigos penales de diversos estados de la República, regula la posibilidad de aplicar penas alternativas a ciertos delitos. Generalmente la pena alternativa a la de prisión es la multa.

La alternatividad consiste en que, para determinados delitos, el juez puede aplicar penas no privativas de la libertad, considerando ciertas circunstancias del hecho delictuoso y del acusado. La aplicación de una u otra sanción queda al criterio del tribunal que realiza la determinación de la pena al momento de dictar sentencia.

Sobre este particular cabe recordar que el artículo 18 de la Constitución Política dispone que: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva", y que, por su parte, conforme a las recientes reformas constitucionales, el párrafo segundo del artículo 16 constitucional establece que no puede dictarse orden de aprehensión, a no ser por un "hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad".

Se entiende por pena corporal aquella que es forzosamente privativa de la libertad, en contraposición a las penas alternativas. Ahora bien, en los delitos cuya punibilidad contempla penas alternativas, no puede considerarse a priori que se trate de un delito que merezca pena corporal. Por lo mismo, no procede la prisión preventiva en estos casos. Lo anterior se ve corroborado por la tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que señala:

Si la norma tipificadora en consulta, señala la pena privativa de libertad, o la multa, o ambas, a juicio del juez, precisamente en ello radica la naturaleza alternativa dual, y la prisión preventiva entraña un procedimiento que prejuzga sobre la pena. Ésta debe sobrevenir como efecto del fallo definitivo, y la reclusión anterior, computable conforme al tercer párrafo de la fracción X del artículo 20 Constitucional, sólo es dable en términos del diverso 18 si la pena condigna es corporal; mas ante la incertidumbre que provoca la norma en que se libra a favor de la potestad judicial la elección, el auto de formal prisión tiene verdaderos efectos de la sentencia al restringir la libertad física del inculpado, lo que contraría la voluntad del expresado artículo 18 Constitucional.

Sobre el particular, el artículo 135, párrafo segundo, del Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP) dispone que "Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución..."

A su vez, el artículo 271 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (CPPDF), establece la facultad del Ministerio Público para disponer la libertad del inculcado en algunos casos. En su párrafo tercero, parte final, dicho artículo expresa que: "Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de la libertad".

El efecto que produce la alternatividad de las penas sobre la prisión preventiva, ha sido también analizado por el doctor Sergio García Ramírez en su obra Proceso penal y derechos humanos, cuando expresa:

Nuestro CPF emplea, con la mayor frecuencia, sólo la pena de prisión, o bien las penas de prisión y multa en forma conjunta, no alternativa o disyuntiva. Sólo en pocos casos, relativamente, acoge la posibilidad de que sean alternativas: prisión o multa. Esto tiene directa influencia sobre la aplicación de medidas cautelares privativas de libertad. En efecto, no puede dictarse orden de aprehensión o detención a no ser por un "hecho determinado que la ley castigue con pena corporal", (ahora dice: "que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad"), sostiene el artículo 16 constitucional, y sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva dice el artículo 18 constitucional. Una interpretación de ambos preceptos, favorable al reo, también excluye la detención y prisión preventiva en los casos en que la ley señala pena alternativa de corporal y otra que no lo sea: tal ocurre, precisamente, en la disyuntiva entre prisión y multa.

Nótese, para efectos posteriores de este trabajo, que la pena de multa se impone, obviamente, hasta el momento de dictarse sentencia, y aún así, la simple posibilidad, que no tiene necesidad, de que eventualmente se imponga la pena de multa y no la prisión en un delito cuya punibilidad contemple una pena alternativa, produce el efecto de desautorizar la prisión preventiva.

Las penas sustitutivas de prisión mencionadas son penas no corporales y, por lo tanto, constituyen penas alternativas a la de prisión que sustituyen.

Debe distinguirse claramente entre las penas sustitutivas de prisión y los reductivos de la pena de prisión, como lo son la preliberación, la libertad preparatoria y la remisión parcial de la pena. Las primeras dependen de la autoridad judicial mientras que los segundos competen a la autoridad administrativa. También resulta importante identificar la distinta naturaleza de los sustitutivos de prisión y la suspensión condicional de la pena, puesto que si bien esta última es decretada por la autoridad judicial, no constituye en sí misma una pena, puesto que precisamente suspende su ejecución, sin que las medidas de cuidado y vigilancia a las que queden sujetos los sentenciados amparados por este beneficio puedan considerarse como una pena en sí mismas, como sí lo son las de trabajo en favor de la comunidad o cualquier otro de los sustitutivos nombrados. De no ser así, la condena condicional se hubiere listado en el catálogo de las penas, y no en un capítulo aparte del CPF.

El artículo 70 del CPF establece que las penas de prisión podrán ser sustituidas: cuando no excedan de cinco años, por trabajo en favor de la comunidad o tratamiento en semilibertad; cuando no excedan de cuatro años, por tratamiento en libertad y cuando no excedan de tres años, por multa.

Aplicando a lo anterior los métodos de interpretación lógico y sistemático, que responden a principios generales de derecho, se llega a la conclusión de que las penas sustitutivas de la prisión, contempladas en el referido artículo 70, son penas alternativas, es decir, que por su naturaleza tienen el mismo carácter de alternatividad que las contempladas específicamente como tales en diversos artículos del CPF, y a las que se refiere el doctor Sergio García Ramírez, según lo antes expuesto.

Afirmo lo anterior a partir de los razonamientos jurídicos siguientes:

a) El tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad se enumeran como penas autónomas por el artículo 24 del CPF.

b) La penalidad de un delito no se establece forzosamente en el artículo que lo tipifica, por lo que no es necesario que la alternatividad de la pena esté indicada respecto de cada delito. Cuando un precepto general del CPF resulte aplicable al delito de que se trate, deberá hacerse una interpretación integral. Es así como, de la misma forma en que tratándose de tentativa, no hace falta señalar en cada caso la penalidad, tampoco es indispensable que en el caso de cada delito se indique que la pena prevista para el mismo admite un sustitutivo de prisión. La penalidad de un delito se conoce al preguntarse ¿qué puede esperar el acusado si se le condena? Si la respuesta incluye cualquier sustitutivo de prisión, se está frente a un delito con penalidad alternativa.

c) La aplicación por el juez de una pena alternativa a la de prisión, que no tenga el carácter de privativa de libertad, y la aplicación de la pena de trabajo en favor de la comunidad o de tratamiento en libertad o en semilibertad, tiene el objetivo de contribuir a la desinstitucionalización de la pena de prisión y, en especial, a evitar las penas breves de prisión. Por esto, atendiendo al principio general de derecho que indica que "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición", esta desinstitucionalización en la fase ejecutiva debe corresponder a una medida congruente tratándose de la prisión preventiva.

Existen, sin embargo, opiniones contrarias:

a) Se señala que los sustitutivos de prisión precisamente sustituyen a una pena de prisión, es decir, a una pena corporal impuesta previamente, y que por lo tanto, en estos casos procede la prisión preventiva, la que no puede dejar de imponerse ante la eventualidad de que, posteriormente, la pena de prisión sea sustituida por otra no privativa de la libertad.

El argumento anterior resulta infundado, puesto que, por una parte, y como ya se vio, nunca se puede saber antes de la sentencia si se va a compurgar la pena en prisión o fuera de ella, en los casos en que se admitan ambas posibilidades; y ante esta incertidumbre, atendiendo al principio general in dubio pro reo, debe estarse a lo más favorable al acusado, ya que este principio es aplicable no sólo a la sentencia definitiva, sino a todos los actos procesales penales que puedan afectar al acusado. Así lo ha establecido la jurisprudencia firme de la Suprema Corte que a continuación se transcribe, aclarando que si bien se refiere a la libertad caucional -tema distinto al de la prisión preventiva-, resulta de aplicación analógica al caso que nos ocupa:

LIBERTAD CAUCIONAL, COMO DEBE CONSIDERARSE LA PENA PARA EL EFECTO DE LA.- Para el otorgamiento de la libertad caucional, no se puede por el simple hecho de la eventualidad de esa determinación, aceptar lo más perjudicial al reo, contrariando con ello el principio de que debe estarse a lo más favorable para el acusado; principio que es de aplicación no sólo en la sentencia definitiva, sino en otras situaciones propias de la Instrucción, que pueden implicar un perjuicio grave para el acusado, tal cual es la relativa a la libertad caucional; por tanto, si se trata del delito de homicidio en riña y no consta que el acusado fue agresor o agredido, debe considerarse que tuvo el segundo carácter, para los efectos de la concesión de la libertad caucional.

Quinta época, t. LIII.- Arreygue Aureliano. 29 de septiembre de 1937, p. 3272.

Por otra parte, el argumento antes expuesto resulta contrario a la naturaleza de las cosas, puesto que si bien se habla de una pena no privativa de la libertad que sustituye a otra privativa de la libertad, en realidad la pena aplicable es una y sólo una; no hay sustitución, ya que aun en la sentencia se pueda decir que se impone, por ejemplo, una pena de cinco años de prisión sustituible por trabajo en favor de la comunidad, la individualización de la pena corporal únicamente sirve para establecer la procedencia de la pena de trabajo en favor de la comunidad, que es la que materialmente se va a cumplir, y esta posibilidad de cumplir una pena no privativa de

la libertad, si bien se va a actualizar al momento de dictarse sentencia, existe ya desde que se sabe el delito por el cual se va a seguir el proceso.

Más allá de lo dicho, debe atenderse al espíritu del Constituyente que con toda lógica quiso, a través del artículo 18 de la Constitución -en palabras llanas-, que los acusados quienes al ser condenados no necesariamente irían a parar a prisión, no pasaran por la cárcel. Lo contrario sería volver a la época del porfiriato en la que aun por delitos que merecían pena alternativa (en ese entonces sólo la de multa), había lugar a la prisión preventiva.

b) Otro argumento en contra de los razonamientos invocados para reducir la prisión preventiva -ya que no podemos eliminarlas del todo-, se hace consistir en que durante el proceso no puede determinarse cuál será la pena exacta que eventualmente se imponga al acusado y, por lo tanto, se ignora si ésta estará dentro del límite máximo de cinco años establecido para tener derecho a un sustitutivo de prisión. Este problema se puede resolver aplicando en la especie el criterio sustentado por nuestro máximo tribunal en un caso enteramente análogo, cuando la fracción I del artículo 20 constitucional establecía que el acusado sería puesto en libertad bajo fianza siempre que el delito no mereciera ser castigado con una pena mayor de cinco años de prisión. De acuerdo con este texto original de dicho precepto, se estableció la siguiente jurisprudencia:

LIBERTAD CAUCIONAL. Para conceder o negar la libertad caucional, elevada al rango de garantía individual, debe tomarse en su término medio la penalidad señalada en la ley.

Quinta época, Tomo XXXI Suárez José, pág. 1420; Tomo XXXVII Castelán Meza Mario, 958; Tomo XLI Madrigal Antonio, 909; Tomo XLII Campos J. Santos, 2121; Tomo XLVII Pérez Indalecio, 4991.

Posteriormente, el Constituyente Permanente asimiló la jurisprudencia transcrita y reformó la fracción I del artículo 20 Constitucional, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el día 2 de diciembre de 1948, por el que se establecía que la libertad caucional procede cuando el delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.

Parece razonable ceñirse al término medio de la pena para determinar la posibilidad de aplicar un sustitutivo de prisión. Sin embargo, podrían tomarse dos criterios distintos; el primero, que sería el más conservador, consiste en referirse al máximo de la penalidad para el delito de que se trate, a efecto de analizar si éste es igual o inferior al límite para que proceda un sustitutivo de prisión; el segundo sería cuando el mínimo legal de la penalidad es igual o inferior al límite para que proceda un sustitutivo de prisión, que es la postura del doctor Eugenio Raúl Zaffaroni, quien sostiene la urgencia de que en las legislaciones se establezca que no se imponga la prisión preventiva en delitos cuya penalidad mínima haga viable cualquier forma de ejecución alternativa sin privación de la libertad.

c) Un tercer argumento en contra de la tesis que he sustentado, se refiere a la posibilidad de que el acusado no reúna los demás requisitos que establece el artículo 70 del CPF y que, como consecuencia de ello, al no existir la posibilidad de obtener la sustitución de la pena de prisión impuesta, por faltar uno de dichos requisitos, la pena señalada para el delito concreto dejaría de ser alternativa, y por lo tanto daría lugar a la prisión preventiva. Este razonamiento resulta contrario a la lógica, ya que el hecho de que exista la posibilidad legal de no poder sustituir la pena de prisión en razón de determinadas circunstancias, no impide que la penalidad siga siendo alternativa, mientras no se demuestren estas circunstancias en el proceso, y la eventual sustitución de la pena de prisión devenga en imposible. Mientras tanto, y en homenaje a la presunción de inocencia por todos aceptada, debe considerarse al acusado como elegible para acceder al régimen de los sustitutivos de prisión.

Recapitulando lo anterior, cabe insistir en que las penas sustitutivas de prisión conducentes a la rehabilitación social del condenado, según lo dispone el artículo 27 de CPF, son penas alternativas para todos los efectos legales.

La prisión preventiva es una medida cautelar que tiene por objeto asegurar que el acusado o procesado no se sustraiga a la acción de la justicia. Por lo tanto, dicha medida cautelar no puede pretender ser justa ni ética. Simplemente, los legisladores y juristas en general la han considerado como un mal necesario, que está discurriendo sobre la posibilidad de mantener encarcelado a un inocente o a un individuo que será en definitiva condenado a una pena corporal, o a una pena no corporal inferior al tiempo que cumplió en prisión preventiva.

En los casos en que el legislador prevé sustitutivos de prisión en los cuales el condenado quedará en libertad o semilibertad, para sujetarse a medidas educativas, curativas y laborales, significaría que la medida preventiva resultaría más grave que la eventual medida definitiva, lo que constituye no sólo una privación ilegal e inconstitucional de la libertad, sino una afrenta al sentido común.

Es indiscutible que las normas jurídicas deben interpretarse y aplicarse en forma lógica, de modo que resulten racionales y coherentes, y no de manera que conduzcan al absurdo y que sean incongruentes con la concepción global que llevó al legislador a establecer tales sustitutivos, como sería el hecho de que el acusado estuviera sujeto a prisión preventiva en circunstancias en que una de las penas que puede aplicársele no sea privativa de la libertad. Resulta absurdo que a una persona que ha estado detenida durante, por ejemplo, un año, se le diga al recibir su sentencia que gracias a las innovaciones legislativas, la pena de prisión le será sustituida por tratamiento en libertad. Todo lo que se pudiera haber ganado con el sustitutivo, se pierde con la prisión preventiva sufrida. Se olvida que los sustitutivos de prisión se introdujeron para evitar las penas breves privativas de la libertad y que la prisión preventiva quitaría toda razón de ser a los sustitutivos de prisión.

Parece indiscutible, por lo tanto, que toda sanción corporal, es decir privativa de la libertad, que admita alternatividad, obliga al juzgador a no privar de la libertad al acusado. Por lo mismo, no se puede hablar en estos casos de libertad bajo caución, puesto que al no existir la prisión preventiva, no será necesario solicitar la libertad caucional.

El "mal necesario" de la prisión preventiva se convierte en un mal completamente innecesario e injusto cuando ella se aplica en forma infundada y masiva, como sucede en nuestro país.

Tan sólo en el Distrito Federal hay cientos de personas sujetas, ilegal e inconstitucionalmente, a prisión preventiva en circunstancias en que ésta no procede, porque la ley prevé penas alternativas o sustitutivas de prisión. Una gran cantidad de personas están físicamente detenidas por no haber podido pagar la fianza requerida para obtener la libertad caucional. Otros de los procesados sujetos a prisión preventiva han logrado recuperar la libertad bajo caución, realizando sacrificios económicos que suelen ser desproporcionados a sus ingresos.

De todo lo anterior se puede concluir que:

a) La prisión preventiva no procede cuando la punibilidad del delito que se persigue, admite una pena alternativa o sustitutiva de prisión.

b) La prisión preventiva -con derecho a la libertad provisional bajo caución- procede cuando el delito de que se trata merece exclusivamente una pena corporal y no está considerado entre los graves, de acuerdo con el artículo 194 último párrafo del CFPP.

c) La prisión preventiva -sin derecho a la libertad provisional bajo caución- sólo procede cuando el delito que se le imputa al acusado es considerado grave en los términos del precepto citado en el inciso que antecede.

Lo anterior hace prácticamente inoperante el artículo 133 bis del CPPDF que establece la procedencia de la libertad provisional sin caución cuando el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de tres años.

Si las penas sustitutivas de prisión, como son el tratamiento en libertad, la semilibertad y el trabajo en favor de la comunidad, responden a una concepción moderna, progresista y benéfica de la criminología y del penitenciarismo, estas características se acentúan en grado sumo en el caso de los indígenas.

Es propio de las tradiciones de las personas indígenas de las diferentes etnias que existen en México, la práctica de formas de vida y de trabajo comunitarias, entre las que se incluyen la explotación de la tierra y la ejecución de obras públicas. De ahí la gran importancia que en su caso reviste la aplicación del sustitutivo de prisión consistente en trabajo en favor de la comunidad, ya que él se adapta a sus costumbres y es plenamente realizable en la práctica.

Esta particular filosofía de la vida a que me he referido, no es sólo propia de los pueblos indígenas mexicanos o mesoamericanos, sino que predomina en las culturas de la mayoría de los indígenas del mundo, por lo que ella ha sido recogida por el Convenio 169 de la OIT, de 1989, aprobado y ratificado por México. Este convenio es el instrumento internacional más importante que rige actualmente en materia de derechos de los pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual además de regular aspectos de tipo laboral, se refiere a múltiples materias que tienen relación con los derechos humanos de esos pueblos.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 10, dispone lo siguiente:

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación en general a miembros de dichos pueblos, deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.
2. Deberá darse preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.

La normatividad internacional citada sugiere la conveniencia de que las comunidades indígenas recuperen para sí el derecho a ejecutar las sanciones penales en delitos que no sean graves. El límite de este derecho estará determinado por las posibilidades jurídicas que en cada caso se fijen para sustituir las penas de prisión. De esta forma se establecería una división de competencias muy clara: las instituciones estatales normalmente encargadas de la ejecución de las penas aplicarían directamente las penas de prisión, mientras que las propias comunidades indígenas -desde luego que con la supervisión de los órganos estatales-, se encargarían de hacer efectivos los sustitutivos de prisión, y de manera particular el de trabajo en favor de la comunidad.

La situación de los indígenas en México es particularmente desfavorable en materia penal, sobre todo en lo relativo a las penas privativas de la libertad que se les imponen y, en especial, porque muy a menudo son víctimas de medidas de prisión preventiva prolongadas. Éstas se les aplican por delitos en que no procede tal medida cautelar, o en los que, procediendo ésta, tienen derecho a la libertad caucional pero no pueden hacer uso de este derecho por diversas razones, como son su ignorancia de la ley, la falta de asistencia jurídica, la indiferencia o la mala fe de las autoridades que procuran o imparten justicia y, sobre todo, por su desconocimiento del idioma castellano en muchos casos.

Esta situación de los indígenas de nuestro país cobra tintes dramáticos en algunos casos, que han sido claramente investigados y documentados por los organismos públicos defensores de los derechos humanos, como la CNDH, la Comisión Estatal de Derechos Humanos de Chihuahua y otras, y por diversos organismos no gubernamentales de derechos humanos.

A pesar de que está claramente establecido en la Constitución Política y en los códigos de procedimientos penales de la mayoría de las entidades federativas, que la prisión preventiva no procede en caso de penas alternativas y que, en lo relativo a

las penas sustitutivas de prisión, ha quedado demostrado que tampoco cabe dicha medida de seguridad por todas las razones expuestas arriba, sucede que la práctica jurídica se aparta del derecho y de la correcta interpretación de las normas jurídicas.

Todos los días se ordena la aprehensión y detención preventiva de personas cuando esto es totalmente improcedente.

Al respecto, me permito citar lo expresado por el licenciado Enrique Rafael León Álvarez, en su reseña sobre la reforma penal de diciembre de 1991:

La cárcel en la actualidad es duramente criticada, y no sólo porque rebasa en mucho sus propios fines, sino por su engendro, la prisión preventiva, que en poco tiempo ha llegado a ser en nuestro país y en el extranjero la principal forma de la privación de libertad de una persona: existe una proporción de cuatro a uno entre los presos procesados y los que ya cumplen una pena, esto es que la prisión ya no es primordialmente una pena sino una medida de seguridad, un instrumento de prevención social consistente en la privación real de una serie de derechos (la libertad misma) sin previo juzgamiento, sin condena... Por ello, la moderna política criminológica ha tenido cuidado al proponer una serie de medidas alternativas de la prisión, minimizando efectos sociales, combatiendo las penas cortas de duración y reduciendo el ámbito coactivo de la materia penal.

León Álvarez, Enrique Rafael, "La reforma penal de diciembre de 1991", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, t. XLII, núms. 183-184, mayo-agosto 1992, p. 281. ⁸¹

⁸¹ REFORMA PENAL, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia/cuad2.htm>), México, Marzo, 16, 2000 21:00 HORAS.

4.4 PENAS ACUMULATIVAS

Las penas acumulativas consisten en que el legislador al establecer la punibilidad de una conducta típica prevista en nuestro Código Penal, le da la plena facultad al juzgador al aplicar la punición a un sujeto que realiza una conducta contraria a derecho, de sancionarlo con pena y medida de seguridad a la vez, siendo esto principalmente en delitos considerados como graves por la ley.

Tenemos por ejemplo, uno de los delitos que con frecuencia son consignados es el de Extorsión, previsto en el artículo 390 del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común, que a la letra dice:

“Art. 390.- Al que sin derecho obligue a otro a dar, hacer, dejar de hacer o tolerar algo, obteniendo un lucro para sí o para otro o causando a alguien un perjuicio patrimonial, se le aplicarán de dos a ocho años de prisión y de cuarenta a ciento sesenta días multa.

Las penas se aumentarán hasta un tanto más si el constreñimiento se realiza por una asociación delictuosa, o por servidor público o ex servidor público, o por miembro o ex miembro de alguna corporación policial o de las Fuerzas Armadas Mexicanas. En este caso, se impondrá además al servidor o ex servidor público y al miembro o ex miembro de alguna corporación policial, la destitución del empleo, cargo o comisión y la inhabilitación de uno a cinco años para desempeñar cargo o comisión públicos, y si se tratare de un miembro de las Fuerzas Armadas Mexicanas en situación de retiro, de reserva o en activo, la baja definitiva de la Fuerza Armada a que pertenezca y se le inhabilitará de uno a cinco años para desempeñar cargos o comisión públicos.”

De lo anterior se desprende que principalmente en nuestro sistema de punición se aplican la pena de prisión y la multa que también es considerada como

pena, misma que se encuentra comprendida dentro de la sanción pecuniaria que conjunta a su vez, la reparación del daño y la sanción económica.

4.4.1 LA PENA DE PRISION

Rodríguez Manzanera apunta que “la prisión es una de las formas más dramáticas de la reacción penal, por lo que debemos tener especial cuidado al fijar sus funciones. Las funciones de la prisión variarán según sea considerada como punibilidad, como punición o como pena.

Como *punibilidad* cumplirá exclusivamente funciones de prevención general: Positiva, afirmando valores y expresando el reproche para determinadas conductas. Es sabido que la prisión es la “medida” básica para calificar la calidad de los bienes jurídicamente tutelados. Negativa, pues es una sanción altamente intimidatoria, y el temor a perder la libertad puede ser mayor aún, que el miedo a perder la vida.

Como *punición* reforzará la prevención general, ya que el juez al dictar sentencia:

Reafirmará la fuerza y autoridad de la norma jurídica.

Descalificará pública y solemnemente el hecho delictuoso.

La prisión como *pena* debe cumplir fundamentalmente una función de prevención especial, sin olvidar la función secundaria de reforzamiento de la prevención general. La prisión fortifica la prevención general, en su sentido de ejemplaridad, al demostrar que la punibilidad, es decir la amenaza, no era vana.

Y en cuanto a la prevención especial, cumple esta función en principio, al aislar al delincuente de la sociedad, impidiéndole la reincidencia. Para la mayoría de los especialistas no bastaría lo anterior, ya que las prisiones se convertirían en simples “presotecas”; es deseable que se cumpla además una función socializadora, en que se intente hacer del reo una persona socialmente apta para la convivencia en sociedad. Independientemente den estas funciones manifiestas de la privación de

libertad, existen una serie de funciones no declaradas, de las que solamente enunciaremos la generalidad.⁸²

Dentro de los defectos de la prisión Manzanera apunta que “La prisión, cuando es colectiva corrompe, si es celular enloquece y deteriora, con régimen de silencio disocia y embrutece, con trabajos forzados aniquila físicamente, y sin trabajo destroza moralmente.

En casi todas sus formas es altamente neurotizante, disuelve el núcleo familiar y lo daña seriamente, convirtiéndose en una pena altamente trascendente, pues lleva un arduo sufrimiento a aquellos que quieren al recluso.

Es, además, una pena cara y antieconómica, cara en cuanto a la inversión en instalaciones, mantenimiento, manutención y personal; antieconómico porque el sujeto deja de ser productivo y deja en el abandono material a la familia.

Tan sólo para un delito (homicidio), Quiroz Cuarón ha calculado un costo, para 1965, de 65 millones de pesos, exclusivamente en lo referente a rehabilitación penitenciaria; actualmente puede ser el doble. En el momento en que pisa el recluso el establecimiento, entrega su individualidad, se le corta todo contacto con la vida exterior; se le quita toda propiedad privada, pierde el derecho de disposición, come, duerme y trabaja por órdenes; es controlado y llevado como una persona incapaz e indigna de tenerle confianza. Se le expulsa de la sociedad como un objeto de valor inferior. Se pierde el sentimiento de ser alguien. Se le corta toda posibilidad de tener contacto heterosexual, al grado de llegar el recluso a dudar en el transcurso del tiempo de su masculinidad. A través de la custodia permanente, el preso pierde toda su autonomía sintiendo una vivencia de debilidad, al estar a merced, acompañada de un sentimiento de inseguridad.

⁸² RODRIGUEZ MAZANERA, Op. Cit, (Penología), p.215

El preso hasta cierto grado, mediante el cuasi estado de seguridad de un grupo, mediante el reemplazo del antiguo mundo de valores por el mundo de valores de los internos, pretende rechazar a aquél y negar los valores que representa, por los cuales se siente expulsado y le han asignado el rol de inferior.

Sin embargo, "los presos comparten la mayoría de los valores de la gente ordinaria. Los llevan ante un juez y los meten entre cuatro paredes como consecuencia de actos de los que se supone deben avergonzarse. Si no se avergüenzan de sus actos, por lo menos deben hacerlo por estar en esa situación. Y si no se avergüenzan, por lo menos se llenan de tristeza por el simple hecho que la vida está pasando sin que participen en ella".

Otros efectos indeseables de la prisión son la prisionalización y la estigmatización. Por prisionalización se entiende una adaptación a la prisión, un adoptar las costumbres, el lenguaje, en una palabra, la subcultura carcelaria.

El ser ex presidiario, o ex convicto, es equivalente a estar "etiquetado" socialmente, lo que dificultará al sujeto su correcta adaptación al medio en libertad, corriendo el peligro de desviar su conducta de acuerdo a la etiqueta que se la ha impuesto.

Además, tenemos el fenómeno de la selectividad: en la mayoría de los casos, el sistema de justicia penal es bastante selectivo para enviar gente a prisión. Quienes verían en peligro su posición y categoría social, aquellos para los que lo pena de cárcel serviría realmente como medida disuasoria, a menudo eluden la reclusión. Se trata de personas que no están necesitadas, desde el punto de vista social o económico, pero que sin embargo pueden haber infringido graves perjuicios a la economía, a la estabilidad política, o al respecto a la ley o a la moral pública, mediante el soborno, la corrupción, el fraude, la malversación de fondos, el contrabando, el acaparamiento y la manipulación de precios, es decir mediante actos

que suelen agruparse bajo el término genérico de delitos financieros, u otros actos socialmente perjudiciales análogos.”⁸³

4.4.2 LAS PENAS PECUNIARIAS

Como mencione en líneas anteriores la pena pecuniaria es aquella que se hace efectiva sobre el patrimonio del condenado, representando una disminución del mismo.

Al respecto Manzanera da un concepto que dice “las penas pecuniarias son aquellas que significan una dismunición o total entrega del patrimonio del reo, por exigencia de la ley, a causa de la comisión de un delito, en beneficio del Estado.”⁸⁴

Cuello Calón señala que “la pena pecuniaria consiste en el pago de una suma de dinero hecho por el culpable al estado en concepto de pena, o en la incautación que éste hace de todo o parte del patrimonio del penado.”⁸⁵

Algunos autores clasifican las penas de acuerdo a el bien jurídico que afectan, así, encontramos que hay penas que van contra la vida, penas que van contra la integridad corporal, contra el honor, o contra la propiedad. La pena pecuniaria sería aquella que afecta la propiedad del reo. De la primitiva pena pecuniaria se desprenden tres formas actuales: la confiscación, la reparación del daño y la multa.

4.4.3 LA CONFISCACION

La confiscación que puede ser parcial o total. En la antigüedad la confiscación era total, y se entendía como la privación al reo de sus bienes. Generalmente los delitos más graves implicaban confiscación de bienes, así, cuando el sujeto era

⁸³ Ibidem, pp.219-220.

⁸⁴ Ibidem, p. 189

⁸⁵ CUELLO CALON, Op. Cit, p. 890.

sentenciado a muerte, además era privado de sus pertenencias, cuando el reo era enviado al destierro, de paso se le confiscaban todos sus bienes.

Esto era en mucho una medida, para evitar que utilizaran su fortuna para tratar de volver al país, posiblemente a confabular contra el gobierno, o a cometer nuevos delitos.

En caso de muerte era en mucho una forma de evitar que los herederos pudieran reivindicar al reo difunto. Como puede verse la confiscación lleva ante todo un fuerte contenido de prevención especial, aunque en la práctica puede llevar al delincuente a nuevos delitos para reponer los bienes perdidos.

La Confiscación total ha desaparecido materialmente en el mundo moderno, pero sí queda, desde luego, una gran variedad de formas de confiscaciones parciales; por ejemplo: la confiscación de los instrumentos con los cuales se cometió un delito, la incautación de substancias tóxicas o prohibidas por las leyes sanitarias. (Es de aclararse que por este instrumento o los instrumentos con los que directamente se cometió un delito, no aquellos que indirectamente pudieron haber servido para cometer el delito, o las substancias directamente tóxicas o prohibidas y no por ejemplo la exageración de confiscar al sujeto una fuerte cantidad de dinero, con la que podía haber adquirido armas o drogas.)

La confiscación parcial tiene una serie de ventajas, ya que cumple las funciones de prevención general y prevención especial; indudablemente intimida y resta peligrosidad al sujeto, al quitarle los medios para la reiterancia en el delito. Comparte, sin embargo, las desventajas de las otras penas pecuniarias: no implica tratamiento, afecta otras personas, y puede causar un serio daño patrimonial de acuerdo a la fortuna de cada quien.

Hay que recordar además, que generalmente el decomiso es una pena accesoria y no principal, y que puede consistir en la pérdida de los instrumentos del delito y de los beneficios del mismo.

4.4.4 REPARACION DEL DAÑO

En segundo lugar tenemos la reparación del daño. En algunas legislaciones, la nuestra por ejemplo, se tiene la reparación del daño como pena pecuniaria; la reparación del daño consistiría en la obligación del reo de dar al sujeto víctima una cantidad de dinero por el daño que ha sufrido. Algunos autores hablan más bien de indemnización, otros de resarcimiento, en este caso en que la reparación es exclusivamente pecuniaria, ya que existen formas de reparación del daño no pecuniarias; por ejemplo, el sujeto que repara el daño causado por el estupro: casándose. El resarcimiento tomado como reparación pecuniaria, sería la excepción a la regla, ya que en este caso el dinero va a dar a la víctima, no al Estado.

El término indemnización se ha reservado para la reparación del daño a cargo del Estado o de otro fondo establecido para tal fin.

La reparación económica del daño podría no ser en muchas ocasiones propiamente pena, ya que simplemente se está dando a la víctima lo que le corresponde, o sea, cuando el criminal, pongamos el ladrón, tiene que devolver lo robado a la víctima, eso no es una pena; cuando el que ha cometido daño en propiedad ajena tiene que pagar el daño que cometió, esto tampoco es una pena, simplemente se está dando a la víctima lo que le corresponde, muy diferente a lo que sucede en la confiscación o en la multa; además debe tomarse en cuenta que no se le produce, en una gran cantidad de casos, una disminución del patrimonio al reo, ya que éste se había enriquecido ilegítimamente.

La discusión es amplia, así uno de nuestros tratadistas dice: "La legislación mexicana, cometiendo un error inaudito, otorga a dicha reparación el carácter de

pena pública no tomando en cuenta que, más que objeto accesorio, es una acción de naturaleza privada.”

Hay toda una serie de formas diferentes de reparación económica, por ejemplo: existe el Busse en Alemania, la cual es un resarcimiento por vía penal, que excluye la vía civil, que promueve la parte ofendida, y que determina el juez a su libre arbitrio. En algunas partes se usó, por ejemplo en Estados Unidos, que el ladrón tenía que devolver lo robado más otro tanto, o sea, tenía que devolver el doble. La reparación puede no ser una pena, sin embargo es necesario estudiarla, porque las otras formas de pena pecuniaria no satisfacen a la víctima, y ese malestar del ofendido le produce una sensación de que efectivamente no se ha hecho justicia.

La reparación por lo general no es intimidatoria ni ejemplar, no retribuye, en ocasiones se deja a petición del ofendido, y escasamente permite un tratamiento, y debe darse como un acto de justicia a la víctima y no como pena.

Por lo general los perjudicados por un delito prefieren la reparación del daño al castigo al criminal, por lo que la reparación puede plantearse como un substitutivo de la pena.

4.4.5 LA MULTA

Etimológicamente parece provenir de la palabra multiplicar (*mulcta*), debido probablemente a que su cuantía se fijaba antiguamente multiplicando el daño producido por el delito. La multa es el pago al estado de una determinada cantidad de dinero previamente fijada en un código y como consecuencia de una infracción a la ley.

Es la más común de todas las penas en la actualidad, por lo menos numéricamente hablando. A pesar de ser la pena más extendida, no existen buenas estadísticas y no existen estudios profundos y suficientemente amplios sobre la pena

de multa. A pesar de ser tan común, la multa tiene una serie de desventajas dignas de análisis, para ser ecuanímes vamos a ver primero que ventajas tiene.

En primer lugar, la pena de multa es preferible a la pena de prisión en la inmensa mayoría de los casos; aquí en realidad se trata de una crítica a la prisión: la ineficacia de la prisión, la crisis de la prisión, como diría Mariano Ruiz Funes, hace que la Penología trate de encontrar otro camino, y se ha buscado la vía pecuniaria como substitutivo de la cárcel. La multa nos evita todos los defectos de la prisión, o sea: es menos traumatizante que estar encerrado, el sujeto no pierde su trabajo, la familia no se desintegra, la multa no estigmatiza tan terriblemente como la prisión, el sujeto que va a prisión es conocido y marcado, el sujeto que paga una multa puede pasar desapercibido, la multa es, quizá, la pena más reparable, o sea, si se cometió un error judicial se le devuelve al sujeto la multa, y punto, además es divisible, fácilmente fraccionable, en muchos aspectos es una pena muy objetiva, no hay mucha duda en cuanto a su aplicación, etc.

La multa tiene, como ventaja, según Cuello Calón que, si algunos delincuentes llegan a habituarse a la prisión, nadie se habitúa al pago de una cantidad de dinero. Carrancá y Trujillo por su parte afirma que: "La pena de multa no es inmoral, es divisible, apreciable y reparable; es instructiva, sobre todo si se halla dirigida contra delitos que tengan su origen en el deseo de lucro, en tales casos es muy ejemplar. Podría añadirse, aunque causa siempre aflicción, no degrada, no deshonra, no segrega al obligado a pagarla de la vida en libertad, y no le imposibilita al cumplimiento de sus familiares obligaciones; y por último, constituye muy apreciable fuente de ingresos para el Estado.

Ahora, por el lado de las desventajas, en primer lugar no hay un tratamiento, el simple pagar una suma de dinero no implica ni el estudio de personalidad, ni la individualización de un tratamiento; segundo: es una pena que perjudica no sólo al condenado, sino también al patrimonio familiar, redundando, repercute, muy particularmente a la familia; tercero: es quizá la única pena que puede ser pagada

por un tercero, lo cual le quita su eficacia. En la pena de muerte, en la pena de prisión, en las penas infamantes, en las laborales, no puede haber un tercero que venga a suplir al reo, mientras que en las penas pecuniarias, principalmente en la multa, es común que sea un tercero (el pobre de "papito", o los inocentes familiares y los amigos).

Ahora bien, quizá el defecto más grave de la multa, y que es defecto en muchas de las penas pecuniarias en general, es el que no sea equitativa, dadas las desigualdades de fortuna de los condenados; es decir, para un sujeto de gran fortuna, el poder intimidatorio, ejemplar y "retributivo" de la multa es muy parco, y en ocasiones nulo, por el contrario, en los sujetos de muy escaso patrimonio, la pena de multa puede ser, no sólo intimidatoria sino aterradorante; es muy injusta la pena de multa en este sentido, ya que los Códigos generalmente tasan en cantidades monetarias, las cuales son de una eficacia muy desigual, según la riqueza del sujeto. Pensemos, aun en la simple multa administrativa, y aquí nos damos cuenta que los \$500. 00 pesos de multa por pasarse un semáforo, es una pena totalmente diversa para el ruletero o el taxista, al que puede representar más de un día de trabajo, que para el "junior", para el cual representa una pequeña parte de los que le da todos los "domingos" papito. Esto, llevando a la multa penal, hace el problema más agudo, en cuanto que, cuando el sujeto no es solvente, se le va a cambiar la pena de multa por la de prisión, o sea que los que van a dar a la cárcel son los pobres, mientras que el rico no se le castigó, casi quedó en la punición, ya que evade la posibilidad de la prisión y con ello el tratamiento que algunas veces es necesario.

Estamos de acuerdo con Morris en que "darle al delincuente la oportunidad de elegir entre multa y un período de prisión es la negación de nuestra responsabilidad de sentencia". Algunos autores dicen que, teniendo el juez un mínimo y un máximo de margen para aplicar el monto, el problema de la desigualdad de la pena de multa queda superada, pero esto es fácil demostrar que es falso, sobre todo tomando en cuenta la terrible desigualdad económica que llega a encontrarse en la mayoría de los países, o sea que hay pobres tan pobres que jamás podrían pagar ni el mínimo

de una multa, y hay ricos tan ricos que el máximo de los máximos de una multa les hace reír. La multa debe aplicarse según la capacidad económica del individuo; esto trae como ventajas: primero; que no hay que estar reformando los Códigos, que es otro de los grandes problemas de la multa, pues muy rápidamente las multas son obsoletas por la devaluación continua y constante de la moneda; en segundo lugar se evita la desigualdad de la multa. ⁸⁶

4.4.6 PENA INUSITADA

Como ya lo mencione en líneas anteriores la pena inusitada es aquella que como su nombre lo indica, no esta prevista en ordenamiento jurídico alguno, y es aplicada de manera infundada, al respecto como fuente del presente trabajo de investigación una página en Internet de la Universidad Autónoma de Sinaloa, en donde la jurista Licenciada Teresa Cortés Estevez señala que "en México, nuestro máximo ordenamiento legal prevé la pena de muerte, para los delitos más graves, en su artículo 22 el cual establece: "...Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales."

Asimismo menciona que no se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de los bienes de una persona hecha por la autoridad judicial, para el pago de la responsabilidad civil resultante de la comisión de un delito, o para el pago de impuestos o multas. Tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial, de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en

⁸⁶ RODRIGUEZ MANZANERA, Op. Cit. (*Penología*), pp. 190-197.

los términos del artículo 109; ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada, o el de aquéllos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no se acredita la legítima procedencia de dichos bienes.

Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar.

Lo anterior nos muestra como la pena de muerte se encuentra vigente en nuestra legislación contrariamente a lo que afirman aquellos que aseguran que esta sanción se encuentra abolida en nuestro país, aun cuando en algunos estados la suprimieron siguiendo las reformas hechas a la legislación sustantiva penal de 1929; algunos de ellos restableciéndola posteriormente.

El artículo 22 Constitucional queda complementado y sin lugar a dudas con el artículo 14 del mismo Ordenamiento, que establece:

"A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho..."⁸⁷

Esto quiere decir que la única forma legalmente autorizada a privar de la vida implica como condición necesaria la debida existencia de un proceso legal y que después de cumplirse todas las formalidades de ley, éste culmine con una sentencia firme pronunciada por un tribunal competente y de conformidad con una ley que

⁸⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Ed. Sista, 2000

establezca dicha pena dictada con antelación a la comisión del ilícito, luego entonces la pena de muerte se encuentra vigente en México.

Ahora bien, la razón de ser del artículo 22 Constitucional la encontramos en el Diario de Debates de 1917, en el que la Comisión Dictaminadora sostenía que:

“La vida de una sociedad implica el respeto de todos los asociados hacia el mantenimiento permanente de las condiciones necesarias para la coexistencia de los derechos del hombre. Mientras el individuo se limite a procurar la satisfacción de todos sus deseos sin menoscabar el derecho que los demás tienen para hacer lo mismo, nadie puede intervenir en su conducta; pero desde el momento que, por una agresión al derecho de otro, perturba esas condiciones de coexistencia, el interés del agraviado y la sociedad se unen para justificar que se limite la actividad del culpable en cuanto sea necesario para prevenir nuevas agresiones, La extensión de este derecho de castigo que tiene la sociedad esta determinada por el carácter y la naturaleza de los asociados, y puede llegar hasta la aplicación de la pena de muerte si sólo con esta medida puede quedar garantizada la seguridad social. Que la Humanidad no ha alcanzado el grado de perfección necesario para considerarse inútil la pena de muerte, lo prueba el hecho de que la mayor parte de los países donde ha llegado a abolirse, ha sido necesario restablecerla poco tiempo después. Los partidarios y abolicionistas de la pena capital concuerdan en un punto: que desaparecerá esta pena con el progreso de la razón, la dulcificación de las costumbres y el desarrollo de la reforma penitenciaria.”⁸⁸

La pena de muerte por lo tanto se encuentra vigente en nuestro país, esta prevista para los delitos más graves que se cometen y aun cuando algunos de ellos sean de difícil perpetración debido a la situación actual del país o bien porque se les haya cambiado el título en el Código Penal para el Distrito Federal vigente, como lo es el caso del delito de parricidio.

⁸⁸ Diario de Debates, Congreso Constituyente, 1917

Actualmente es necesaria su aplicación, pues esta claramente demostrado que desde que no se aplica, la delincuencia ha rebasado límites inimaginables, sólo basta con leer cualquiera de los periódicos que circulan diariamente por la ciudad; a causa de la delincuencia tan crecida, los demás ciudadanos han perdido sus derechos o garantías, tales como él: **derecho a la libertad**, pues tenemos que permanecer "presos" en nuestras propias casas, negocios, escuelas etc.; el **derecho a la seguridad**, pues aun encerrados bajo las cerraduras de sus casas, rejas de los negocios, automóviles etc. no se encuentra la tan buscada seguridad, *pero sobre todo el derecho a la vida*, pues como es bien conocido, infinidad de personas son actualmente privadas de la vida en circunstancias que no habría jamás imaginado ningún ser racional.

Ahora bien, cuando el homicida es detenido, lo primero que debe hacer el Estado es respetar los derechos humanos de tal individuo para someterlo a un proceso, no obstante que lo que dio origen a ese proceso haya sido la violación del derecho a la vida de un semejante por parte por parte de ese individuo; lo cual se podría traducir en que si el Estado protege sólo el derecho a la vida del delincuente, aquel se convierte en cómplice de éste, toda vez que la sociedad que el Estado representa y de la que forma parte, está siendo afectada individual y generalmente, y tiene por otra parte todo el derecho de deshacerse de un individuo para quien al decir de su acto delictuoso el derecho a la vida no existe o no le merece la menor importancia y por lo tanto al privar de la vida a una célula de la sociedad destruye a ésta y a la vez al mismo Estado, por lo cual resulta necesaria la aplicación de la pena de muerte en nuestro país a quienes cometen el delito de homicidio con alevosía, premeditación o ventaja, como lo dispone el artículo 22 Constitucional, es decir para el homicidio agravado o calificado.

Así tenemos que la **Pena Capital -Pena de Muerte-** "Es la sanción penal que ordena la privación de la vida al delincuente. Ejecución que tiene muchas variantes, pero en común deben matar a quien se aplique".

Privación de la vida impuesta por los tribunales del Estado. La pena consiste en ejecutar al condenado. La pena de muerte, es "la sanción jurídica capital, la más rigurosa de todas, consiste en quitar la vida a un condenado mediante los procedimientos y órganos de ejecución establecidos por el orden jurídico que la instituye."

Por lo tanto se concluye que la pena de muerte es la eliminación definitiva de los delincuentes que han demostrado ser incorregibles y por lo tanto un grave peligro para la sociedad.

Existen también algunos pensadores que no justifican el restablecimiento de la pena de muerte aún cuando no se pueda decir que son abolicionistas, propiamente dicho.

Acerca de la pena de muerte, Castellanos Tena manifiesta que: "revela la práctica que no sirve de ejemplo para quienes han delinquido, pues en los lugares donde existe sigue delinquiéndose, además es bien sabido que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones".⁸⁹

Mario Ruiz Funes también se pronuncia en contra de la pena de muerte, al expresar que "la aplicación de la pena de muerte no cesa en su crueldad cuando se extingue la vida del delincuente contra quien se pronuncia: pretende, también causarle daño moral, que sobreviva a su mera vida física, que deshonne su memoria y el recuerdo que pueda quedar de él en la conciencia delictiva. Además de inflingirle la muerte, se le castiga con la infamia".⁹⁰

⁸⁹ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

⁹⁰ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

Francisco González de la Vega, se pronuncia también en contra de la pena de muerte y dice que: "México presenta, por desgracia, una tradición sanguinaria; se mata por motivos políticos, sociales, religiosos, pasionales y aún por puro placer de matar; la "ley fuga", ejecución ilegal de presuntos delincuentes, es otra manifestación de la bárbara costumbre; las convulsiones políticas mexicanas se han distinguido siempre por el exceso en el derramamiento de sangre".⁹¹

Sebastián Soler manifiesta que "no es exacto afirmar que la introducción de la pena de muerte disminuye la criminalidad, ni que en Estados abolicionistas la criminalidad sea menor que en los demás. Las variaciones en la criminalidad no son explicables por su relación con la severidad de las penas. El asunto es mucho más complejo.

En realidad debe observarse que quienes apoyan la aplicación de la pena de muerte por la supuesta función intimidante, no comprueban su hecho, sino que opinan según su parecer, dando por establecido una serie de necesidad genérica y latente que autoriza al Estado a destruir al individuo".⁹²

Raúl Carrancá y Trujillo; dice que: "la pena de muerte es en México radicalmente injusta e inmoral, porque en México el contingente de delincuentes que estarán amenazados de condena judicial de muerte se compone, en su gran generalidad, de hombres, económica y culturalmente inferiorizados; los demás delincuentes, por su condición económica o social superior, no llegan jamás a sufrir proceso y menos llegarían a sufrir la irreparable pena; pero además el delincuente de otras clases sociales delinque contra la propiedad y sólo por raras excepciones, contra la vida e integridad personales, y tendría jamás como consecuencia la pena de muerte.

⁹¹ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.jurídicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

⁹² PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.jurídicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

Por lo tanto esta pena se aplicaría casi exclusivamente a hombres humildes de nuestro pueblo; hombres que son delincuentes porque son víctimas del abandono en que hasta hoy han vivido por parte del Estado y la sociedad, víctimas de la incultura, de la desigualdad y miseria económica, de la deformación moral de los hogares en que se han desarrollado, mal alimentados y tarados por herencia alcohólica y degenerados por la depauperación. El Estado y la sociedad entera son los principales culpables de esto, y en vez de la escuela, de la solidaridad social que los adapte a una vida humana y digna y de la elevación de su nivel económico, que borre para siempre su inferioridad ancestral, el Estado optará lindamente por suprimirlos".⁹³

Ahora bien, de lo anterior se desprende para Castellanos Tena la pena de muerte es ejemplar pues en los lugares donde existe sigue delinquiéndose y que muchos condenados a muerte han presenciado anteriores ejecuciones, lo cual denota que el gran jurista pasa por alto que la pena de muerte es una amenaza contra la vida y si ante esta se esgrimen los más altos sentimientos de humanismo y conservación de la especie, sería contradictorio afirmar que no intimida.

Por otro lado el aducir que muchos han presenciado anteriores ejecuciones y posteriormente han cometido delitos sólo reafirma la certeza de que son sujetos incorregibles y perniciosos para la sociedad; o como acertadamente afirma Ignacio Villalobos: "y alegar que muchos han presenciado una ejecución o tenido noticias de ella, y después han delinquido, no significa sino que la intimidación y la ejemplaridad no son eficaces de manera absoluta o hasta el grado de impedir seguramente y en todos los casos la comisión de nuevos delitos..."

Para Mario Ruiz Funes, se advierte que la pena de muerte es cruel e infamante y Francisco González de la Vega habla de la tradición sanguinaria y de los motivos por los que se ha privado de la vida en los momentos políticos mexicanos; a

⁹³ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

lo que podemos agregar que si bien es cierto, en otros tiempos el abuso de esta pena ha motivado un gran terror principalmente por las formas tan crueles con que se ejecutaba y que si damos una mirada a la historia de todos los pueblos del universo, nos encontraremos que no es en México el único en que ha habido derramamiento de sangre a causa de movimientos políticos; también cierto es que la infamia y la crueldad con que se aplicaban las ejecuciones, así como el abuso de la sanción, dieron lugar a la gran lucha por la humanización de las penas, siendo precisamente Cesare Bonessana, marqués de Beccaria quien enmarcó tan significativa lucha y del cual nos ocuparemos más adelante, por ahora no podemos menos que citar las palabras del ilustre maestro Villalobos: "Todos los pueblos han tenido épocas de barbarie; pero a más de que las hecatombes y los horrores provocados por la superstición religiosa o política no son comparables a los delitos individuales, la ordenación de la conducta no se consigue por la timidez, la incertidumbre y la lenidad sino por la educación apoyada por sanciones que marquen una segura enérgica reprobación de la delincuencia".⁹⁴

En cuanto a la afirmación de Sebastián Soler en el sentido de que no es exacto afirmar que la introducción de la pena de muerte disminuye la criminalidad y de que no se encuentra comprobada la función intimidatoria de dicha pena, a lo que podemos agregar que: "si se ha repetido también que si se conoce el número de los que han delinquido a pesar de la conminación mortal, se ignora el de aquellos cuya abstención se ha logrado, hecho este último que asegura la sana razón y confirman las estadísticas... y no podría terminarse el estudio de esta objeción cifrada en el acerto de que la muerte no intimida, sin repetir que el fin primordial de esta pena es la eliminación de los sujetos incorregibles y excepcionalmente peligrosos, y la intimidación y la ejemplaridad tienen, aún en su real existencia, una importancia secundaria".⁹⁵

⁹⁴ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.jurídicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

⁹⁵ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.jurídicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

Afirma Raúl Carrancá y Trujillo que la pena de muerte en México, es radicalmente injusta e inmoral a lo que diremos que no esta tomando en cuenta que el fin último de esta pena, es la eliminación de sujetos excepcionalmente peligrosos para la sociedad con lo que podría asegurarse el sano desarrollo de la misma evitando que se reproduzcan; ya Rafaelo Garófalo respondió a esta cuestión al decir que "la pena de muerte, como la sociedad, puede calificarse de benéfica y justa y asegura que: El individuo no representa más que una célula del cuerpo social, por consiguiente, no puede hacer valer su derecho cuando su conservación pondría en peligro la del organismo social".⁹⁶

Por lo que respecta al decir del distinguido jurista que en México el contingente de criminales que estarían amenazados de condena judicial de muerte se compone en su gran generalidad de hombres humildes del pueblo sólo nos resta remitirnos a las páginas escritas por el maestro Ignacio Villalobos en donde con la mayor de las certezas responde a tal cuestionamiento.

Cabe destacar que entre las objeciones que se oponen a la pena de muerte se encuentran las siguientes: injusta, innecesaria, irreparable, no correctiva ni elástica o divisible, no intimidatoria, entre otras; objeciones que unas ya se estudiaron y otras se estudiarán a lo largo de la presente investigación, que en la medida de lo posible, dadas las limitantes que se presentan en la mayoría de los trabajos monográficos. Desde la antigüedad, la existencia de la pena de muerte, no se sabe que se hayan suscitado polémicas doctrinarias al respecto, es decir, en torno a su necesidad o licitud. Probablemente fue Platón quien inició una teoría sobre ello, Platón justificó la pena de muerte como medio político para eliminar de la sociedad a un elemento nocivo y pernicioso, y sostiene que: "En cuanto aquellos cuyo cuerpo está mal constituido, se les dejará morir y se castigará con la muerte, a aquellos otros cuya alma sea naturalmente mala e incorregible. Es lo mejor que puede hacerse por ellos y por el Estado".

⁹⁶ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

Platón considera que el delincuente es incorregible por ser un enfermo anímico incurable y que por lo mismo constituye el germen de perturbaciones y aberraciones de otros hombres.

Por tal razón para esta especie de hombres, la vida no es una situación ideal y la muerte es el recurso que existe para solucionar socialmente el problema.

Lucio Anneo Séneca gran exponente de la literatura latina y representante del estoicismo ecléctico con su obra "De ira", para él, los criminales son considerados como resultante de un conjunto de anomalías mentales y biológicas, cuya eliminación sólo es posible conseguir mediante la muerte. Decía el autor: "...y que reserve el último, de tal forma que nadie muera, sino aquel cuya muerte es para él mismo un beneficio".⁹⁷

Santo Tomás de Aquino, en su máxima obra "La Summa teológica" (parte II, cap. 2, párrafo 64), sostiene que "todo poder correctivo y sancionario proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público esta facultado como representante divino, para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objeto de defender la salud de la sociedad.

De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también eliminar al criminal pervertido mediante la pena de muerte para salvar al resto de la sociedad".⁹⁸

La Escuela Clásica del derecho natural ha admitido la pena de muerte, con algunas variantes en sus consideraciones, Juan Bodino, Samuel Puffendorf y Hugo Grocio, coinciden en que esta es necesaria como instrumento de represión; en que

⁹⁷ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

⁹⁸ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

no existe contradicción entre el pacto social y la institución de esta pena, ya que un cuerpo social que se forma y se organiza a través de la unión de una multiplicidad de individuos, tiene una organización, una voluntad y un conjunto de necesidades distintas y, por cierto, superiores a las de los sujetos que lo integran, siendo admisible que en función de las necesidades sociales se tenga que sacrificar en ocasiones la vida de uno de ellos, para defender la vida y seguridad de todos.

Ignacio Villalobos afirma que "a la pena de muerte se le puede considerar justa, eliminatoria y selectiva; ya que es un medio de defensa con que cuenta la sociedad y es eliminatoria para sujetos excepcionalmente peligrosos y nocivos que aún estando en las cárceles, resulta en vano intentar corregirlos y selectiva porque previene reproducción."⁹⁹

Como se puede inferir la pena de muerte para algunos es lícita porque la sociedad la utiliza como medio de conservación; insustituible porque es ejemplar como ninguna otra pena; para otros es necesaria porque constituye un medio de legítima defensa para la sociedad; nosotros estamos de acuerdo en que la pena de muerte es: eliminatoria y selectiva, así como intimidatoria y justa pero sobre todo necesaria.

Cesare Beccaria, deliberadamente se ha querido dejar para el final de este capítulo a Beccaria, por la siguiente razón; hemos visto que la gran mayoría de los autores, maestros, estudiantes se refieren a **Cesare Beccaria** como abolicionista de la pena de muerte, lo cual consideramos un error, ya que en su tratado "De los delitos y de las Penas" y al principio del estudio de "La pena de muerte" escribe: "Esta inútil prodigalidad de los suplicios que no han hecho nunca mejores a los hombres, me ha impulsado a examinar si la pena de muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado".¹⁰⁰

⁹⁹ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

¹⁰⁰ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

El gran pensador prosigue diciendo que ningún hombre tienen derecho a matar cruelmente a sus semejantes y que la pena de muerte no es un derecho; añadiendo con claridad:

"No puede considerarse necesaria la muerte de un ciudadano más por dos motivos. El primero cuando aún privado de su libertad tenga todavía tales relaciones y tal poder, que interese a la seguridad de la nación..."

y prosigue el humanista:

"no veo yo necesidad alguna de destruir a un ciudadano, sino cuando su muerte fuese el verdadero y único freno para disuadir a los demás de cometer delitos; lo que constituye el segundo motivo por el que puede considerarse justa y necesaria la pena de muerte".¹⁰¹

Como puede verse claramente al ilustre humanista no puede bajo ningún concepto considerársele como abolicionista de la pena de muerte, en todo caso la limita a ser aplicada en casos determinados, pero no obstante toma los principios de incorregibilidad y peligrosidad para la necesidad de la imposición de la pena, así mismo podemos ver que para Beccaria la pena de muerte también tiene efectos intimidatorios y de ejemplaridad.

Las *Naciones Unidas* desde su fundación han manifestado preocupación por el tema de la pena capital, así el 20 de noviembre de 1959 en su *resolución 1396 (XIV)*, LA Asamblea General invitó al Consejo Económico y Social a iniciar un estudio sobre la pena capital, por lo que la Secretaría preparó los respectivos informes a partir de 1962, 1967 y 1973. La Asamblea General, en su *resolución 2857 (XXVI)* de 20 de diciembre de 1971, "afirmó que el objetivo principal era restringir

¹⁰¹ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

progresivamente el número de delitos en los que se incurre con dicha pena, sin perder de vista la conveniencia de abolir esa pena en todos los países " ¹⁰²

En el informe del Secretario General, respecto del periodo de sesiones sustantivo de 1995, resume: "En su 54o. periodo de sesiones, el Consejo Económico y Social pidió al Secretario General que presentara informes periódicos actualizados y analíticos sobre la pena capital a intervalos quinquenales a partir de 1975... asimismo... que utilizara todos los datos disponibles, incluida la actual investigación criminológica, y que los informes quinquenales, a partir de que se presentara al Consejo en 1995, también trataran la aplicación de las salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte. En el presente informe se examinan el uso y la tendencia de la pena capital, incluida la aplicación de las salvaguardias, durante el periodo 1989-1993 ". ¹⁰³

En el análisis de las respuestas recibidas, éstas se clasificaron en a) **abolicionistas** que son aquellos que no prevén la pena de muerte en sus legislaciones, ni para los delitos comunes ni para los delitos militares; b) **abolicionistas de facto**, son los países que mantienen la pena de muerte para los delitos comunes, pero no han ejecutado a nadie durante los últimos años cuando menos; y c) **retencionistas**, que son los países en los que la pena de muerte esta vigente y en los que ha habido ejecuciones.

Como se puede ver es mucho mayor el número de países retencionistas de la pena de muerte, a los cuales se les pueden sumar los abolicionistas de facto y los abolicionistas para los delitos comunes únicamente, pues en los países que se encuentran en los dos últimos casos, se encuentra contemplada y vigente la pena capital; de lo anterior se puede deducir a la luz de la sana razón, sin vicios ni apasionamientos y basados en la tendencia de dejarnos llevar por la experiencia de

¹⁰² PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

¹⁰³ PENA DE MUERTE, Consulta en INTERNET: (<http://www.juridicas.unam.mx/publica/justicia.htm>), México, Marzo, 17, 2000 21:00 HORAS.

otros países, y aún cuando nuestra realidad sea distinta a la de aquellos; que no pueden estar equivocados la gran mayoría de los países, sobre todo los países desarrollados del mundo, pues si bien en cuanto que éstos han decidido abolirla, es porque sus habitantes han alcanzado el grado de suficiente de cultura por lo que ya no es necesaria la pena de muerte.

En 1946, el Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, creó la Comisión de Derechos Humanos, la cual debería elaborar un catálogo de los Derechos Humanos, así como un mecanismo internacional para su protección. El primer documento creado al respecto fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 bajo el nombre de Declaración Universal de Derechos Humanos.

Como ideal común que planteaba la protección internacional de los Derechos Humanos, por lo que todos los pueblos y naciones deben esforzarse; creada con la finalidad de ser y despertar la inspiración de individuos e instituciones a promover mediante la enseñanza y educación el respeto a tales derechos y libertades, así como que aseguren su reconocimiento y aplicación universales, la Asamblea General proclama la Declaración Universal de Derechos Humanos, de la que transcribiremos el artículo 3 por ser de los de mayor importancia para el objetivo del presente estudio.

Artículo 3. Todo individuo tiene derecho a la vida, la libertad y a la seguridad de su persona.

Como se puede ver en el artículo 3 se encuentra establecido el derecho a la existencia; el derecho a la vida es el derecho fundamental por antonomasia ya que es el supuesto de todos los demás derechos de la persona humana; sin él carecen de relevancia los restantes.

Ahora bien el texto del artículo 3 es muy claro y no tiene necesidad de ser interpretado al apuntar que "todo individuo tiene el derecho a la vida"; lo cual implica

un principio de equilibrio universal, es decir, que también "todo" individuo debe respetar el derecho que todo individuo tiene a la vida; esta es la finalidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en consecuencia cuando un delincuente rompe este equilibrio por ejemplo privando de la vida a un semejante y consecuentemente privándole de sus demás derechos; ese mismo individuo esta renunciando a su propio derecho a la vida; es así como en El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por México el 23 de marzo de 1981 en su artículo 6.1 reconoce que el derecho a existir es un atributo consustancial a la persona humana; sin embargo el precepto establece una excepción, cuando enuncia que: nadie podrá ser privado de la vida "arbitrariamente", es decir que sí se autoriza a privar de la vida de manera "no arbitraria".

Esta es la única excepción a este derecho de conformidad con el derecho internacional.

Por lo anterior, la pena de muerte no puede considerarse una violación a los derechos humanos, concretamente al derecho a la vida de un individuo que primeramente ha roto el equilibrio existente entre aquel y éste, es decir no ha respetado ningún derecho a la vida, ningún derecho humano a su víctima y posteriormente ha demostrado que ningún otro tratamiento que el Estado le imponga será capaz de corregir su conducta. La pena de muerte o pena capital ha existido a la par con la humanidad, es bien sabido que los griegos tuvieron gran influencia cultural en Roma, si bien los romanos destacaron por su vasta jurisprudencia y aquellos por ser grandes filósofos, binomio que hizo surgir la filosofía del Derecho, de ahí la regulación de las relaciones entre los hombres y el Estado, así como consecuente castigo a quienes cometen violaciones a las leyes impuestas por este último. Ya los hebreos dejaron testimonio de la existencia de esta sanción.

En Roma el primer delito castigado con la pena de muerte fue el de *Perduellio*, por traición a la patria, más adelante, en las *XII Tablas*, se reglamentó

también para otros delitos y era esta, la pena imperante; un tiempo después y aunque sin ser abolida cayó en desuso, restableciéndose posteriormente con los emperadores. Así pues esta sanción es conocida desde los primeros tiempos de la humanidad, y puede decirse que en todas las culturas, teniendo algunas variantes como por ejemplo el tipo de delitos por los que se imponía, siendo el más común el delito de homicidio. Se imponía, igualmente por los delitos que actualmente conocemos como patrimoniales, delitos sexuales, delitos contra la salud (como lo era la embriaguez consuetudinaria) delitos del orden político, así como militar, lo mismo para lo que hoy conocemos como delitos del fuero común y federal.

Las formas de ejecución de la pena fueron muy variadas de acuerdo a los usos y costumbres de los diferentes pueblos, había entre otras: la lapidación, la rueda, el garrote, la hoguera, todas eran formas muy crueles ya que su finalidad consistía en imponer el mayor sufrimiento al delincuente condenado a dicha pena.

Durante la vigencia de las *XII Tablas*, la autoridad podía dejar la aplicación del Talión al ofendido o a sus parientes, sin embargo existían también funcionarios encargados de la ejecución.

La pena de muerte inicialmente fue concebida como una aflicción, retributiva originada por la comisión de un delito apareciendo así en las leyes antiguas.

Posteriormente, al llegar el cristianismo que predicaba el amor por el prójimo el carácter divino de la vida, sentó las bases de las tendencias abolicionistas de esta sanción.

Por lo que respecta a las *sociedades precolombinas*, se sabe que aplicaban las penas consistentes en palo tormentos o la muerte, siendo el gran sacerdote quien las imponía, ordenaba las ejecuciones y se cumplían.

Entre los aztecas, las leyes se caracterizaban por su estricta severidad, entre las penas existentes, se encontraba, la lapidación, el descuartizamiento, la horca y la muerte a palos o a garrotazos, y aún cuando las cárceles no tuvieron ninguna significación también existía la pena de la pérdida de la libertad.

También en el pueblo de los **tarascos** existía la pena de muerte y en los delitos como adulterio, la pena era impuesta no sólo al adúltero, sino que esta trascendía a toda su familia.

En cuanto al pueblo maya al traidor a la patria se le castigaba con la pena de muerte, y existían también otras penas como la lapidación, si bien existieron algunas diferencias en cuanto a los delitos por lo que se aplicaba, así como la forma de ejecutarla, se puede afirmar que fue común a todas las culturas en la antigüedad.

Ya en el **México independiente**, al consumarse la independencia en 1821, las leyes principales seguían siendo las mismas vigentes en la época colonial, es decir, la pena de muerte seguía presente y era aplicada principalmente a los enemigos políticos.

En el **siglo XX** la pena de muerte se aplicó a discreción en la mayoría de las sociedades americanas, sin embargo, la prevalencia del cacicazgo político, el ejercicio indiscriminado del poder por dictadores al servicio de las oligarquías nacionales y de ciertas potencias, que vieron en esa situación oportunidades para justificar y consolidar sus pretensiones imperiales, es decir el abuso de esta sanción, motivado por la injusticia social, trajo como consecuencia la confusión entre los criterios humanistas radicales que pugnan por la necesidad no de disminuir su aplicación sino de su abolición, desconociendo su utilidad y justificación.

CONCLUSIONES SOBRE LA PENA DE MUERTE

Existe una corriente que afirma que la pena de muerte se encuentra abolida en México, lo cual dejamos demostrado que es totalmente falso.

Existe otra corriente que apoyada en principios humanitarios adornados de gran romanticismo, se encuentra en contra de la aplicación de la pena de muerte, si bien dentro de esta misma corriente se encuentran aquellos que fundados en cuestiones económicas las cuales conciernen al Estado directamente resolver ya que se trata de problemas administrativos y de organización, se oponen también a la aplicación de esta sanción.

Existen aquellos que se fundan en la falibilidad humana para explicar su oposición lo cual sería también concerniente al Estado en cuanto a la delegación de funciones ya que deberá procurar como debe ser para cualquier otra sanción la mayor exactitud posible. Se ha dejado también asentado que la pena capital es la supresión radical o la eliminación definitiva de los delincuentes que han demostrado ser incorregibles y peligrosos para la sociedad, ya que tales individuos no tienen el menor respeto ni atribuyen valor alguno al derecho a la vida, derecho inherente a los individuos que forman dicha sociedad y de la que ellos mismos forman parte, por lo que consecuentemente no tienen respeto ni atribuyen valor alguno a su propia vida, por lo cual la pena de muerte de muerte es la única solución para tales individuos.

Se dejó también asentado que dicha sanción se impone actualmente necesaria en nuestro país como medida tanto eliminatoria como preventiva del alto índice de delincuencia que impera en nuestros días, y que *tal medida no viola ninguna garantía de la sociedad así*; como ningún derecho humano del delincuente al hacerse acreedor a dicha sanción mediante la renuncia que con su acto hace del propio derecho a la vida.

En base a las anteriores consideraciones y al amparo de la convicción de que un individuo que con intención y una o más agravantes priva del derecho a la vida a un semejante, en ese mismo acto al menospreciar tal derecho universal inherente al hombre, automáticamente esta renunciando al propio derecho a la vida y consecuentemente al hacerse acreedor a la pena de muerte, ésta no puede

representar una violación a un derecho al que él mismo ha desechado; se formula la siguiente:

Un Estado de Derecho que precie de serlo, deberá hacer sentir su esencia, que reside en la sociedad de la cual forma parte, así como su fuerza para protegerla, previniendo o reprimiendo en su caso el daño causado por un elemento incorregible y por tanto nocivo para todos, eliminándolo definitivamente, y así evitar males mayores por lo que "SE PROPONE LA NECESARIA APLICACION DE LA PENA DE MUERTE PARA QUIENES COMETEN EL DELITO DE HOMICIDIO CON ALEVOSIA, PREMEDITACION O VENTAJA COMO LO DISPONE EL ARTICULO 22 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANO, es decir para el homicidio agravado o calificado".

-CAPITULO QUINTO-

LA IMPOSICION DE PENAS EN EL DERECHO COMPARADO

- 5.1 *EN EL DERECHO PENAL ITALIANO***
- 5.2 *EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO***
- 5.3 *EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL***
- 5.4 *EN EL DERECHO PENAL MEXICANO***

LA IMPOSICION DE PENAS EN EL DERECHO COMPARADO

5.1 EN EL DERECHO PENAL ITALIANO

Luigi Ferrajoli, al referirse a la estructura garantista en el ordenamiento constitucional italiano apunta que "la constitución italiana de 1948, tal como hacen otras Constituciones progresistas, incorporó bajo la forma de límites o prohibiciones a la potestad punitiva del estado, la mayor parte de las garantías penales y procesales que se han analizado, por otra parte se trata de una Constitución *rigida* en un doble sentido: la modificación de sus normas sólo es posible a través de procedimientos especiales que excluyen su derogación implícita por parte de las leyes ordinarias contradictorias con ella, y, a su vez, estas leyes, a solicitud de los jueces encargados de aplicarlas, pueden ser anuladas mediante la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal constitucional. De este modo la estructura de nuestro ordenamiento es la de un estado de derecho en sentido estricto, donde el ejercicio de todo poder no sólo del judicial o del ejecutivo, también el del legislativo está sometido a vínculos formales y sustanciales de legalidad. El legislador penal no tiene el poder de disponer o predeterminar prohibiciones, penas y juicios "cuando" y "como" quiera, sino sólo cuando, a tenor de los principios garantistas enunciados por la Constitución, concurren las condiciones necesarias.

Gracias, a esta estructura normativa, no sólo las resoluciones judiciales sino también las leyes son virtualmente excepcionables como inválidas, cuando se entiende que entran en conflicto con normas superiores.

Ha ocurrido que la Constitución de 1948, con su conjunto de principios garantistas, se sobrepuso, sin más, a los Códigos Rocco de 1930, que han permanecido en vigor en la época republicana durante un tiempo tres veces mayor que durante el fascismo y superior, en conjunto, al de todos los códigos penales de nuestra historia. Las tres divergencias fueron así agravadas merced a una imponente legislación excepcional que en los años setenta ha revitalizado las instituciones más odiosas de la legislación fascista y que ha debilitado incluso sus

frágiles lineamientos garantistas. Y no ha sido tampoco superado por el nuevo código de procedimiento penal, que si de un lado ha transformado nuestro proceso en sentido semi-acusatorio, por el otro ha terminado por acoger instituciones policiales introducidas en el período de la emergencia, desde el interrogatorio policial sin defensor hasta las reducciones de penas acordadas discrecionalmente por la acusación sobre la base de pactos con el imputado.

El segundo factor de crisis ha sido la ampliación sin precedentes de la intervención penal, que ha invadido, sobre todo en el último decenio, ámbitos tradicionalmente libres de control judicial, desde la criminalidad de la administración pública y de la clase empresarial y financiera con su amplio espectro de delitos contra los intereses colectivos, como el medio ambiente, la salud o la seguridad en el trabajo, hasta las viejas y nuevas manifestaciones de la criminalidad organizada, como el terrorismo, la mafia, la camorra y las variadas formas de delincuencia ligadas al mercado de la droga. Este crecimiento desmesurado del control penal se debe, a su vez, a razones múltiples: en primer lugar, a la corrupción de la clase política y administrativa, manifestada en formas de ilegalidad y latrocinio cada vez más difundidas y sistemáticas, e, incluso, en las altas esferas, en formas de subversión (desde los intentos golpistas de los años sesenta a las innumerables maniobras subversivas de los servicios secretos o a la creación de facciones clandestinas que durante años han inficionado y amenazado nuestras instituciones); en segundo lugar, a la ineficiencia de los demás poderes del estado parlamento, gobierno, burocracia en el ejercicio de los controles de su competencia, junto a su incapacidad, equiparable sólo a su habilidad para la autoinmunización, de incidir con soluciones políticas o administrativas sobre causa generadoras de las nuevas formas de criminalidad; en tercer lugar, a la creciente inflación de tipos delictivos, debida a la tendencia del legislador por ignorancia o por desconfianza en la eficacia de los controles políticos y administrativos a sancionar penalmente toda infracción legal, incluidas las leves o secundarias, tendencia sólo parcialmente compensada por algunos tímidos intentos de despenalización. Está claro que en este contexto de vacío de poder legal y en esta selva de poderes ilegales o extralegales, la

intervención penal ha terminado por configurarse como la principal forma de responsabilización y control sobre las actuaciones de los poderes públicos y privados.

La noción legal de delito en el derecho italiano. Según el derecho penal italiano, *delito* es cualquier el hecho lesivo, descrito en una ley anterior a su comisión como presupuesto de una pena y atribuible, mediante un juicio, a la responsabilidad de una persona física, imputable y culpable. En nuestro ordenamiento esta definición se funda en los artículos 25 y 27 de la Constitución y en los artículos 1, 2, 40, 42, 43, 49 y 85 del código penal. Es, por tanto, una definición legal o dogmática, descriptiva de normas y sólo en este sentido normativa, que hace referencia al “deber ser” del derecho penal tal como queda enunciado por los principios fundamentales de su legitimación jurídica o interna. Incluye, a grandes rasgos, todas las condiciones necesarias, para la integración de un delito, que fueron enunciadas teóricamente y que corresponden a otras tantas garantías penales: los principios de estricta legalidad, de retribución, de lesividad, de materialidad, de culpabilidad y de jurisdiccionalidad.

La noción legal de pena en el ordenamiento italiano, es en el ordenamiento italiano la sanción, de naturaleza y límites máximos preestablecidos por la ley, de un delito, impuesta por un juez de acuerdo con las formalidades y con las garantías del proceso penal. Esta definición formal y legal incluye tres fundamentales principios garantistas, constitucionalizados y codificados en los artículos 25, 27, 101 y 102 de la Constitución y 1 y 17 a 37 del código penal. El primero de estos principios es el del carácter retributivo de la pena, ésta es la consecuencia jurídica de un delito y el delito es el presupuesto o la condición necesaria de una pena. Gracias a este principio, expresado en los artículos 1, primera parte, del código penal, 25 y 27 de la Constitución, entre pena y delito se da una relación normativa biunívoca, cuya estructura lógica reproduce no sólo la relación de causalidad jurídica, más genérica, formalizada por kelsen con la conocida formulación “si A, entonces debe ser B”, sino también la relación inversa, “sino A, entonces no debe ser B”, donde A es el ilícito (o

violación) antecedente, y B, la sanción (o reacción) consecuente, la pena, en base a esta segunda fórmula (nulla poena sine crimene), no es, pues, un prius sino un posterius respecto al delito concreto; no tiene carácter preventivo, sino retributivo; no es extra o ante delictum, sino propter o post delictum. De ello se deduce que la noción legal de pena, por incluir la noción legal de delito, comporta también todas las garantías penales que ésta integra como condiciones constitutivas, principios de legalidad y materialidad de los presupuestos de la pena, que identifican el elemento objetivo del delito, y principio de responsabilidad personal y, con él, el de personalidad de las penas, que identifican su elemento subjetivo.

El segundo principio, lógicamente unido al primero, es el de estricta legalidad de las penas, recogido en el artículo 1, segundo inciso, del código penal (Nadie puede ser castigado con penas que no sean las establecidas por la ley) e, implícitamente, en el ya mencionado artículo 25, 2 ° de la Constitución. La estricta legalidad de las penas, al igual que la de los delitos, tiene tres significados: a) reserva de ley, en base a la cual sólo la ley formal está habilitada para introducir o modificar las penas; b) tipicidad o taxatividad de las penas, en cuya virtud son penas todas aquellas y sólo aquellas descritas, cualitativa y cuantitativamente, por la ley; c) predeterminación legal de las penas, que requiere que las penas puedan ser impuestas sólo en las hipótesis (esto es, en presencia de delitos) y en las medidas (de un mínimo a un máximo) preestablecidas por la ley. Y también derivan de aquélla, ahora relativos a la pena, los tres corolarios ya enunciados a propósito del delito: a) irretroactividad de la ley penal desfavorable al reo, b) retroactividad y ultraactividad de la ley penal más favorable al reo, y c) prohibición de analogía in malam partem.

El tercer principio, complementario del de legalidad y, como éste, expresión del monopolio estatal de la fuerza, es el de estricta jurisdiccionalidad de las penas, que exige que tanto su naturaleza como su medida sean determinadas e impuestas por el juez, en la forma y con las garantías propias de juicio penal.¹⁰⁴

¹⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Ed. Trotta, Italia, 1990. Pp. 695-719.

Así tenemos por ejemplo el órgano encargado de aplicación de sanciones es el contenido en la Tercera Parte, Título Cuarto de la Constitución de la República Italiana que a la letra dice:

"TITULO IV

DE LA MAGISTRATURA

SECCION PRIMERA DEL REGIMEN JURISDICCIONAL

Artículo 101.- La justicia se administrara en nombre del pueblo. Los jueces sólo estarán sometidos a la ley.

Artículo 102.- La función jurisdiccional será desempeñada por magistrados ordinarios instituidos y regulados por las normas relativas al ordenamiento judicial.

No podrán instituirse jueces de excepción (*giudici straordinari*) ni jueces especiales. Solo podrán instituirse en el seno de los órganos judiciales secciones especializadas para materias determinadas, con participación incluso de ciudadanos competentes que no pertenezcan a la magistratura.

La ley regulara los casos y las modalidades de la participación directa del pueblo en la administración de justicia. ¹⁰⁵

¹⁰⁵ DERECHO ITALIANO, Consulta en INTERNET:
(<http://www.juridicas.unam.mx/cisinfo/europa/italia/itali04.htm>), México, Marzo, 26, 2000. 17:00 HORAS.

5.2 EN EL DERECHO PENAL ARGENTINO

Al respecto Eugenio Zaffaroni apunta que "las penas principalmente reconocidas en nuestro código penal son la reclusión, la prisión, la multa y la inhabilitación. Las mismas están enumeradas en el artículo 5° del Código Penal.

Las dos primeras son penas que privan de la libertad personal, en tanto que la multa afecta al patrimonio del penado y la inhabilitación a ciertos derechos del mismo. La conminación de las penas se hace en la parte especial, hallándose las en forma separada, alternativa o conjunta.

Hay conminación separada cuando sólo se conmina una de las penas: prisión de uno a cuatro años en el artículo 83 del CP, por ejemplo. Hay conminación alternativa cuando se conminan dos penas, entre las que el juez debe elegir. La conminación alternativa puede ser paralela, en la caso en que la cantidad de pena es la misma, cambiando sólo la calidad, lo que suele suceder en la conminación alternativa de prisión y reclusión (así, en el artículo 79, de ocho a veinticinco años de reclusión o prisión). Puede ser también no paralela, cuando las penas alternativamente conminadas cambian en cantidad y calidad, como sucede cuando se conmina prisión o multa (artículo 94, por ejemplo). La conminación conjunta es muy frecuente en nuestro Código Penal: artículo 84, por ejemplo: sin perjuicio de la conminación separada, conjunta o alternativa de las penas principales del artículo 5° del Código Penal, también se hallan las penas accesorias, que son las que se derivan de la imposición de las principales, sin que sea menester su especial imposición en la sentencia. Las penas accesorias son la inhabilitación absoluta del artículo 12 del Código Penal, y el decomiso del artículo 23 del CP. Al margen de las consecuencias penales accesorias establecidas por el CP, hay otras previstas en leyes penales especiales, siendo la más frecuente la clausura.

El cuadro de penas accesorias se completa dentro de nuestra legislación penal con una pena accesoria que requiere ser expresamente impuesta por el tribunal, que es la reclusión accesoria por tiempo indeterminado del art. 52 del CP.

En los últimos años se ha desarrollado un peligroso y poderosísimo avance del derecho administrativo sobre el penal en nuestro país, que es abiertamente inconstitucional. Bajo el pretexto de una supuesta naturaleza administrativa, el poder ejecutivo se había atribuido una supuesta facultad de imponer penas accesorias de expulsión de extranjeros y de pérdida de la ciudadanía (leyes de facto 21.259 y 21.795, ambas derogadas por las leyes 23.077 y 23.059 respectivamente); la de imponer penas principales e indeterminadas a personas que hayan perjudicado a la Nación (Acta Institucional de junio de 1976); de imponer penas privativas de libertad indeterminadas a cualquier persona, como son las detenciones “a disposición del poder ejecutivo”, que si bien no son penas al amparo del artículo 23 constitucional (estado de sitio), lo son cuando se convierten en obligatorias en función de la “suspensión” de la “opción de salida” constitucional. Estas últimas penas habían sido complementadas con un no menos inconstitucional sistema de “libertad vigilada” y relegación, desconocido en el resto de la legislación penal. Todo esto es resultado de las consecuencias penales de la llamada “ideología de la seguridad nacional”. El Código penal argentino sigue el sistema que se conoce como de las penas “relativamente indeterminadas”. Salvo las penas que por su naturaleza no admiten la cuantificación, las demás se establecen legalmente en forma relativamente indeterminada, es decir, fijando un mínimo y un máximo y dejando que el juez determine en concreto la cuantía de la misma conforme a las reglas de los artículos 40 y 41 del Código Penal. Este sistema se opone en la legislación comparada al de las llamadas “penas fijas”, en que el código no otorga al juez ninguna facultad individualizadora. Este último sistema ya no existe en la legislación penal contemporánea comparada y responde a un criterio eminentemente retributivo e intimidatorio.”¹⁰⁶

¹⁰⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Manual de Derecho Penal, (Parte general), Tercera Reimpresión, Ed. Cárdenas, México, 1997. Pp. 701-703.

5.3 EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL

Juan Terrasillos Basoco, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Cádiz, respecto a la función simbólica y objeto de protección del derecho penal español, apunta que "en opinión doctrinal unánime, compartida incluso por los adalides del neoretribucionismo, el sistema penal debe orientarse hoy hacia la prevención y la disuasión. Sin embargo, datos abrumadores, fruto de la investigación empírica, impiden el optimismo respecto a la eficacia preventiva.

Asistimos, pues, a la quiebra de la credibilidad de los fines manifiestos del sistema penal, lo que nos empuja, ineludiblemente, a la reflexión sobre sus fines latentes u ocultos, a la reflexión sobre sus funciones materiales y no ideológicas. Debemos analizar, en consecuencia, en qué medida la criminalización responde a la finalidad de tutelar bienes jurídicos, como continuamente proclama el poder o si, por el contrario, busca objetivos distintos, como pueden ser la definición de un tipo de individuos como autores, la consolidación de mecanismos de control incluso extra-penal, el refuerzo legitimador del poder, o la ocultación de deficiencias en la política social, que se pretenden escamotear mediante la huida al Derecho penal. Si esto fuese así, la proclamada tutela penal serviría como pretexto para no recurrir a otros medios de protección más eficaces, con lo que la situación de hecho sería la de desprotección programada.

Nadie discute hoy que la función del Derecho penal debe ser la protección de bienes jurídicos, y cara a ese objetivo, las opciones político-criminales han de valorarse, exclusivamente, con criterios de racionalidad, economía y eficacia. De idoneidad, en resumen, frente al objetivo, genéricamente formulado, de reducir al máximo los comportamientos prohibidos.

La defensa penal de la propiedad no es, pues, sino la función ideológica de la punición de los delitos patrimoniales. La real es lograr que todos asuman los códigos de comportamiento del propietario, aun no siéndolo. Tiene razón Bloch al

afirmar que el delincuente no es nunca un revolucionario, y también el de los *slums* terminaría en rentista, si se le diera ocasión para ello, pero esa aceptación *cuasi-universal*, no objetable en términos de coherencia, no puede llevar a desconocer el dato de que sólo la existencia de rentistas explica la de los *slums*, en los que nace el delito.

La pervivencia en un Código Penal de finales del siglo XX de estos preceptos no puede explicarse por referencia al bien jurídico presuntamente protegido, sino por la fuerza expansiva del mensaje penal, que difunde el modelo ideológico de honesto ciudadano respetuoso con la propiedad ajena. Se castiga la peligrosidad para el sistema económico y la desviación respecto a las reglas de actuación de los honrados comerciantes.

Toda propuesta de reforma radical va más allá de la mera racionalización del sistema. Parte como bien ha manifestado E. Resta del conocimiento de los mecanismos selectivos y de las funciones reales del sistema que están ligadas a esta desigual distribución; arranca sintetiza del conocimiento de la desigualdad.

Por eso han de matizarse las opiniones de que el funcionalismo desde las tesis originarias como las de Merton, hasta las más evolucionadas, como las de Luhmann, constituye el paradigma de conocimiento más rentable para comprender el ser del sistema penal. La debilidad del funcionalismo -se añade- radica en que su neutralidad valorativa tiende a servir en todo sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores. La conclusión es obvia: el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se complementa con el recurso a los valores dimanantes del orden constitucional.¹⁰⁷

¹⁰⁷ REVISTA HISPANOLATINOAMERICANA, *Penal y Estado. La función Simbólica del Derecho Penal*, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1991, pp. 9-22.

5.4 EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Para entrar a este tema debemos conocer el significado de Derecho penal, y al respecto el jurista Eugenio Cuello Calón define el Derecho Penal como “conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad”¹⁰⁸

Por su parte el maestro Francisco Pavón Vasconcelos formula el siguiente concepto de Derecho Penal: “es el conjunto sistemático de conocimientos extraídos del ordenamiento jurídico positivo, referentes al delito, al delincuente y a las medidas de seguridad.”¹⁰⁹

El tratadista argentino Luis Jiménez de Azúa afirma que “el Derecho Penal es el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulas 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, y asociando a la infracción de la norma un pena finalista o una medida aseguradora.”¹¹⁰

El jurista español José María Rodríguez Devesa considera que “la ciencia del Derecho Penal tiene por objeto el estudio del Derecho Penal, el cual puede considerarse: a) Como conjunto de normas (Derecho Penal Objetivo, ius penale); b) como facultad (Derecho Penal Subjetivo, ius puniendi).”¹¹¹

El jurisconsulto Giuseppe Maggiore apunta que “ la expresión “Derecho Penal” se aplica tanto para designar al conjunto de las normas penales como para nominar a la Ciencia de Derecho Penal. En el primer sentido se trata de un conjunto de

¹⁰⁸ CUELLO CALON, Op. Cit. p. 7.

¹⁰⁹ PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. p. 17.

¹¹⁰ JIMENEZ DE AZÚA, Luis. La Ley y el Delito, Ed. Hermes, Buenos Aires, Argentina, 1954, p.20.

¹¹¹ RODRIGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal Español, (Parte General), Ed.S.P.E., Madrid, 1976, p. 7.

normas y en el segundo de una rama del conocimiento humano compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual.”¹¹²

El autor mexicano Ignacio Villalobos por su parte apunta que “el Derecho Penal es una rama del Derecho Público Interno, cuyas disposiciones tienden a mantener el orden político-social de una comunidad, combatiendo por medio de penas y otras medidas adecuadas aquellas conductas que le dañan o ponen en peligro.”¹¹³

Asimismo el doctor Fernando Castellanos apunta que “el Derecho Penal es la rama del Derecho público interno relativa a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objeto la creación y la conservación del orden social.

Por Derecho público entiéndese el conjunto de normas que rige relaciones en donde el Estado interviene como soberano, a diferencia del Derecho privado, regulador de situaciones entre particulares. Comúnmente se afirma que el Derecho Penal es público por cuanto sólo el Estado tiene capacidad para establecer los delitos y señalar las penas, imponer éstas y ejecutarlas, mas tal criterio no es certero, pues todo el Derecho (también el privado) lo dicta y aplica el Estado. Hay necesidad, en consecuencia, de atender a los términos de la relación jurídica; si en uno de ellos, o en ambos, aparece el Estado como soberano, las normas reguladoras de tal relación, pertenecerán al Derecho público; en cambio, si la disposición rige sólo relaciones entre particulares, formará parte del Derecho privado. Por ende, el Derecho Penal es una rama del Derecho Público, por no emanar del Estado las normas en donde se establecen los delitos y las penas, ni tampoco por corresponder su imposición a los órganos estatales, pues, como se ha expresado, todo Derecho positivo emerge del Estado y por éste se impone, sino porque al cometerse un delito, la relación se forma entre el delincuente y el Estado como soberano y no entre aquél y el particular ofendido.

¹¹² MAGGIORE, Giuseppe. Derecho Penal, Ed. Temis, Bogotá, 1954, p.3.

¹¹³ VILLALOBOS, Op. Cit., p. 26.

En concreto, puede decirse que el Derecho Penal es público, por normar relaciones entre el poder y los gobernados. En sentido subjetivo, el Derecho Penal se identifica con el *jus puniendi*; es el derecho a castigar. Consiste en la facultad del Estado de conminar la realización del delito con la amenaza de las penas, y, en su caso, imponerlas y ejecutarlas.”¹¹⁴

Por otra parte el jurista Jiménez de Azúa, apunta que “cabe afirmar que la ciencia penal, el Derecho penal, tiene las características siguientes: Cultural (normativo), Público, Sancionador, Valorativo, Finalista y Personalismo.

Es cultural (normativo, en tanto que, en la actualidad, los juristas suelen aceptar la clasificación de las ciencias en dos grandes bloques: culturales y naturales. Por un lado están las ciencias del ser (que incluyen las naturales) y por el otro lado las del deber ser (llamadas culturales, en cuanto la cultura, fenomenológicamente hablando, es un repertorio de comportamientos o patrones de existencia de la sociedad), y entre éstas se encuentra el derecho.

Es público en cuanto regula las relaciones entre el individuo y la sociedad, porque sólo el Estado es capaz de crear normas que definan delitos y que impongan sanciones en orden a la consagración del axioma liberal: *nullum crimen, nulla poenas sine lege*.

Es sancionador, garantizador diría el maestro Jiménez de Azúa, porque el Derecho penal no crea la norma, sino que la hace positiva a través de la ley, pero es el soporte insustituible para el ordenamiento jurídico general y está ligado, más que ninguna otra rama del derecho, a la efectiva eficacia de este ordenamiento. Ello no resta importancia alguna a la disciplina objeto de estudio, sino que sólo la sitúa en su verdadero parámetro; sólo supone la existencia de un principio positivo, lógicamente anterior a la Ley penal.

¹¹⁴ CASTELLANOS TENA, Op. Cit. Pp 19-22.

Es valorativo porque la filosofía de los valores ha penetrado profundamente en el Derecho. El mundo de las normas debe asentarse en la realidad, pero el momento estrictamente jurídico se caracteriza no por esa mera comprobación o verificación de los hechos y de sus regularidades (ley natural), sino por la vinculación de esa realidad a un fin colectivo, en virtud del cual los hechos son estimados valiosos o no valiosos y, consecuentemente, procurados o evitados. Por ende, la ley regula la conducta de los hombres y establece la conducta que deberán observar en relación con esas realidades en función de un fin colectivamente perseguido y de una valoración de esos hechos. El contenido de esas normas reguladoras de conducta, no comprobadoras de hechos, es una exigencia un deber ser, más no una realidad, un ser. El Derecho Penal, en general, funciona como sistema tutelar de los valores más altos, es decir, sólo interviene ante las transgresiones vulneradoras de los valores fundamentales de la sociedad.

Es finalista puesto que si se ocupa de conductas, lógicamente debe tener un fin, (según Antolisei, este fin es el de combatir el fenómeno de la criminalidad). Pavón Vasconcelos distingue el fin del Derecho penal en mediato e inmediato; el mediato tiene su objetivo en la correcta convivencia social, en tanto que el inmediato consiste en la represión del delito.

Por último, es personalísimo si se tiene en cuenta que la pena se aplica únicamente al delincuente (en función de haber cometido el delito y sin salir de su esfera personal). Así, conforme a este carácter, la muerte del delincuente extingue la responsabilidad penal, aunque pueda subsistir la acción civil para la reparación del daño."¹¹⁵

¹¹⁵ JIMENEZ DE AZÚA, Op. Cit., pp 33-38.

El Derecho Penal tiende a cuidar los intereses de la comunidad, a restituir al seno de la sociedad al que ha infringido la ley, por ello, la pena protege con sus resultados al cuerpo social, a los individuos que la componen y previenen los ataques de los cuales serían víctimas.

Así la sociedad tiene derecho de defenderse de la acción del crimen y de impedir que existan perturbaciones en ella, llevando a cabo la protección a la misma, siendo una forma de vida natural y necesaria para los integrantes que se encuentran en ella, haciéndose posible su convivencia, evitándose choques y resolviéndose conflictos, por lo cual el individuo debe de respetar el ejercicio de los derechos de los demás, contribuyendo a la satisfacción de necesidades colectivas, conformándose así el orden jurídico.

El autor de un delito, debe ser castigado, en virtud de que los actos antijurídicos son un peligro para la estabilidad de la sociedad, y el desarrollo social del hombre, de tal manera que se deben reprobado las acciones delictivas e imponer penas, de modo que sirvan de ejemplo a los demás integrantes de una comunidad, así como la readaptación a la sociedad de una persona que ha delinquirido; por tanto, cuando un delincuente es condenado a sufrir una pena, por medio de una sanción justa, existirá siempre aprobación de toda la sociedad.

El Estado no puede considerar como delito cualquier conducta, sino sólo el quebrantamiento de un deber, cuyo cumplimiento no puede asegurarse, sino por medio de una sanción legal, cuya pena va a ser fijada por el Estado, como representante e integrante de la sociedad; de ahí que los fines del Derecho Penal, sean por un lado de represión y por otro lado de readaptación social del delincuente. El Derecho Penal Mexicano a través de la legislación actual, tiene como principal objetivo el de conservar paz en la sociedad por medio de normas previstas en las leyes y sobre todo el de proteger el bien jurídico tutelado por el Estado que es el orden jurídico, actualmente ha sido difícil el conservar esa paz en la sociedad, en virtud de que la delincuencia se ha desatado brutalmente, pues en ocasiones las

normas previstas en nuestras leyes son insuficientes o no corresponden a lo que se vive actualmente, es por eso que muchas de esas normas requieren de reformas, como el aumento a las penas previstas para determinados delitos, y que aun así son insuficientes; todo esto tiene diversos factores como la crisis económica de 1994, la explosión demográfica sin precedentes que año con año se incrementa, que en el país agudizaron los problemas de desempleo, subempleo, falta general de oportunidades y marginación urbana, incrementando la presencia del crimen organizado en sus distintas modalidades, por lo que la ciudadanía presenta como una de sus más sentidas demandas, la procuración de justicia y el fortalecimiento de la seguridad pública.

-CAPITULO SEXTO-

NECESIDAD DE ANALIZAR LA IDONEIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

6.1 EN LA LEGISLACION ACTUAL, ANALIZANDO SUS DEFICIENCIAS

6.2 LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL FUERO COMUN

NECESIDAD DE ANALIZAR LA IDONEIDAD EN LA APLICACIÓN DE LA PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

6.1 EN LA LEGISLACION ACTUAL, ANALIZANDO SUS DEFICIENCIAS

Como puede verse, muchas de estas posibilidades no son novedades; muchas existen ya en nuestros códigos. Por ejemplo, el código mexicano tiene unas cuantas de ellas desde hace sesenta años. En definitiva, se trata de tentativas para aumentar el ámbito de la condena condicional, o mejor aún, el ámbito de la libertad condicional. Si le dijera esto a un jurista puro, me lo criticaría; pero desde un punto de vista político-criminal, son tentativas para aumentar el ámbito de esas dos instituciones que provienen, una de los franceses, los belgas y los ingleses, y la otra de la teoría correccionalista.

A todo suele llamársele penas alternativas; pero ¿por qué alternativas? Pues porque serían alternativas a la pena privativa de libertad, que históricamente también fue alternativa a la pena de muerte. De modo que serían alternativas a la alternativa.

La lógica de estas penas sería la siguiente: desde el momento en que ponemos junto a la pena privativa de libertad, penas no privativas de la libertad, habría menos aplicación de la primera y se reduciría el número de prisioneros en nuestras cárceles. Esa es la lógica penal, la lógica que manejamos los penalistas y que nos enseñaron en la Facultad de Derecho, pero es una lógica esquizofrénica, es una mentira, las cosas no son necesariamente así, esa lógica es falsa.

Este es el resultado de un conocimiento fragmentado, de un conocimiento que yo llamaría autoritario: el conocimiento de los sabios. Sabios que miran de arriba para abajo. Pero otros más bien creemos que el conocimiento y la sabiduría se fincan un poco en lo que decía Sócrates, en tratar de ver todo el ámbito de relaciones, el infinito ámbito de relaciones que no podemos manejar cuando

hacemos una aseveración científica, y que, por ende, no nos permite tomar conciencia de la magnitud de lo que no sabemos. Es decir, está el ámbito del sabio y el ámbito del filósofo; yo prefiero el del filósofo, porque el del sabio es hijo de los discursos que se hacen dentro de las agencias burocráticas.

La fragmentación arbitraria del conocimiento nos lleva a este tipo de afirmaciones que, decíamos, son falsas. En realidad, establecer en el Código Penal sanciones no privativas de libertad, puede tener en la práctica distintos resultados. Uno de ellos es que se queden en el Código Penal y que los jueces no las apliquen nunca. Otro de los posibles resultados es que estén en el Código Penal y que se apliquen muy poco, remplazando algunas penas de prisión, lo que aliviaría en parte los índices de encarcelamiento. Otro es que estén en el Código Penal y que se apliquen a personas que, de otra forma, nunca serían encarceladas, con lo cual aumentaría un poco el ámbito de lo punible. Otra es que estas dos últimas variables se hagan en cierta escala significativa.

Si redujéramos estas alternativas a tres, diríamos que es posible: 1) que estén el Código y no se apliquen nunca; 2) que estén el Código y se apliquen en sustitución de algunas penas privativas de libertad, con lo cual se reduciría considerablemente el ámbito de la pena privativa de libertad, y 3) que nos encontremos con que están en el Código Penal y que tenemos el mismo número de presos, o bien que tenemos un número parecido o superior de condenados a penas no privativas de libertad, con lo cual habríamos aumentado el número de penados sin disminuir el número de encarcelados. Por lo tanto, puede ser un instrumento que reduzca el ámbito de la penalización o que aumente el ámbito de la penalización. O bien, puede ser un instrumento que quede en el Código Penal y no sirva para nada.

Como siempre, el sistema penal es selectivo, va a caer sobre el infeliz -eso es eterno- y de nuevo toda la burocracia se inventa trabajo, porque la burocracia va generando trabajo en la medida en que ampliamos su capacidad operativa. Así es que vamos a ampliarle la capacidad de captar personas, de reclutar personas.

Si la decisión es detener el proceso de crecimiento carcelario, creo que una tal decisión está impuesta en América Latina por la necesidad. Es una decisión que emerge de la necesidad financiera latinoamericana. La privatización y la empresa privada en la cárcel son utopías del Estado liberal que no van a funcionar. La cárcel privatizada de esta forma no va a funcionar. Si en algún país se ha producido cierta patología del desarrollo del sistema penal, es en un país central, en algún país al que no le importe mucho el déficit que tenga porque, después de todo, fabrica la moneda mundial. Y porque ha pasado de una economía de producción a una economía de servicio, hipertrofiando al sistema penal y generando en éste una demanda de servicios que es increíble y que prácticamente le permite a una de cada 25 personas que camina por la calle, vivir del sistema penal.

Así que, poniendo aparte ese pequeño número de presos más o menos psicópatas, el resto puede resolverse con una decisión política: cuántos presos queremos tener, es decir, cuántos ladrones queremos tener. El que en México haya 15 o 20 mil ladrones en la cárcel, entre ochenta y tantos millones de habitantes, no le va a alterar a nadie su vida cotidiana. Si se toma tal decisión política, a partir de ella sí tendría sentido hablar de penas no privativas de libertad.

Tengamos en cuenta que esto tiene que insertarse en un cuadro más amplio, incluso como alternativas a la privación de libertad. No nos equivoquemos, porque si lo que dije hace unos párrafos es cierto, y existe una planificación que abstractamente nos encerraría a todos, tiene que haber alternativas para que sólo queden encerrados unos pocos, pues de lo contrario vamos todos presos, se detiene la sociedad y no queda nadie para cerrar la puerta.

Así que todo el sistema penal es un sistema de alternativas, porque efectivamente, hay alternativas informales con las cuales no se corre el riesgo de penalizarnos. Ciertamente, hay alternativas formales de penalización que reducen el ámbito de la criminalización primaria, como la famosa descriminalización, pero hay también alternativas informales que implican no intervenir directamente en todo lo

que hacemos, en las que el sistema penal no se da por enterado. Y hay incluso otras alternativas en las que el sistema penal se entera pero no actúa. Hace poco, hablando de este tema, comentábamos que Brasil, donde las cifras están más o menos contabilizadas -tiene alrededor de 140 millones de habitantes y unos cien mil presos en cárceles que ya están sobrepobladas- no tiene presupuesto para hacer más cárceles, a Dios gracias. Entonces qué pasa, que tienen 300 mil órdenes de aprehensión que no se ejecutan; los jueces siguen fabricando órdenes de aprehensión, la policía dice "¡qué bien! encontramos una nueva fuente de subsistencia"; "mire señor, tenemos una orden de aprehensión, así que por no venir a buscarlo vamos a cobrar mensualmente tanto". Ese señor paga y con eso se completa el salario policial, de manera que hay cien mil presos y trescientos mil sueltos, salvo si lo pescan en delito flagrante, por lo que, a pesar de todo, lo tendrían que meter preso.

Después tenemos lo que yo llamaría proceso de criminalización secundaria, que se queda a la mitad del camino; se trata de una criminalización interrumpida, y se da en todos los casos de absolución por defectos de forma, por nulidades fundadas en tales defectos, ya sea en la instrucción, en la acusación o en las formas de sentencia. Todas las absoluciones por falta de prueba, todas las absoluciones por el in dubio pro reo (en caso de duda, se aplica el criterio más favorable al reo), son formas en las que el proceso de criminalización queda interrumpido. Y también son alternativas, aunque no se les vea así desde el punto de vista jurídico, como la excarcelación, la condena condicional, las libertades condicionales, las salidas que aparecen en todas las leyes penitenciarias, las salidas transitorias, las reducciones de pena.

Como vemos, existen distintas alternativas, de modo que llamar alternativas a un listado y decir que es el gran descubrimiento que hemos hecho, el gran descubrimiento de la política criminal contemporánea, es falso.

Ahora bien, con todo lo que estoy diciendo, daría la impresión de que me estoy olvidando de un tema central: nuestras cárceles no están sobrepobladas de condenados, sino que lo están de procesados. La primera alternativa que tendríamos que establecer es un código procesal racional, y por tal cosa entiendo un código que permite al juez decir: "Señor, voy a indagarlo por tal y tal delito, y si al escuchar lo que usted me responda no me convence, lo someto a proceso", pero sólo en un caso excepcional podrá decirle: "No basta con someterlo a proceso, lo voy a encerrar en una prisión preventiva". Aquí se está violando el principio de inocencia, de ello no cabe la menor duda; pero repito, la prisión y la pena son como la guerra, ni modo, ahí se está violando el principio de inocencia. Eso sería un código racional; por el contrario, irracional es un código que dice "Primero lo encierro y después lo excarcelo". Si después lo voy a soltar, ¿para qué lo encarcelo? Eso no tiene mayor sentido. Tiene sentido, en todo caso, dictar la prisión preventiva si la voy a hacer efectiva, pero no lo tiene dictársela a todo el mundo y después soltarlo mediante el proceso de excarcelación; ese es el absurdo.

Lo segundo sería reconocer que la prisión preventiva no es una institución procesal, es una institución penal. Prisión preventiva y principio de inocencia son dos cosas que se enfrentan de una manera irreductible. Pretender que la prisión preventiva es una medida cautelar de derecho civil, es absurdo. Incluso cuando se toma alguna medida cautelar del derecho civil, se obliga a arraigar, y esa medida tiene un contenido patrimonial, de modo que el arraigo es una garantía patrimonial. Si la medida cautelar que se me aplica no resulta justificada, se me repara con un bien de la misma naturaleza; pero si se me encierra por tres años, eso, en términos de libertad, no me lo puede reparar nadie. Por lo tanto, asimilar la prisión preventiva a una medida cautelar no puede ser válido.

Por otra parte, el carácter de pena de la prisión preventiva es reconocido por el propio derecho penal, cuando en caso de condena computa el tiempo de reclusión preventiva como parte del cumplimiento de la pena. Así que se trata de una pena que se aplica, por las dudas, al sujeto.

Ningún principio de derecho penal, ni procesal penal, se realiza absolutamente. Hay niveles de realización y, por ende, hay niveles de violación del principio de inocencia. Desde mi punto de vista, resulta preferible reconocerlo y reconocer también que la prisión preventiva tiene naturaleza penal, porque entonces tenemos que pensar en alternativas a la prisión preventiva. El procesado, por principio, no puede estar en peor situación que el condenado; en consecuencia, no podemos negarle la alternatividad a la pena que le estamos haciendo sufrir, cuando no lo hacemos en el caso del condenado.

De esta manera, más o menos, podríamos seguir ampliando el ámbito de exigencia de aplicación efectiva de las llamadas alternativas a la pena privativa de libertad. Pero insisto, creo que existen dos posibilidades: una es que se tome la decisión política de poner un límite al número de presos y, a partir de ahí, darle cierta efectividad a las alternativas; la otra es que las penas alternativas que se establezcan en los códigos penales latinoamericanos no sirvan para nada.

No creo que nuestras condiciones económicas hagan posible la puesta en práctica de esos modelos: no hay fenómeno, por negativo que sea, que no tenga un lado positivo. Nuestras situaciones económicas son bastante negativas, pero tienen de positivo el no permitir, el no facilitar el crecimiento ilimitado de la red represiva. En este sentido, me parece que la tercera de las hipótesis es la menos probable; me inclino más por alguna de las dos primeras. Me juego a que tengan alguna eficiencia conforme a esas instituciones controladoras, o a que perdamos el tiempo en establecerlas en el Código Penal, sin que tengan realmente ninguna eficacia. En realidad no podría decir -vuelvo a la posición socrática- cuál de las dos daría mejor resultado en nuestro continente. Pero creo que vale la pena jugar la carta de la decisión político-criminal de reducir el número de presos mediante estas instituciones. Lo que sí es absolutamente ridículo es que sigamos aumentando el número de cárceles y, al mismo tiempo que incrementamos su capacidad material, pretendamos aplicar las llamadas penas alternativas a la prisión.

Más arriba afirmé que el nombre de penas alternativas no me gusta mucho. Después de todo, la prisión fue la alternativa a las penas corporales y a la de muerte. Cuando se estableció la prisión y se generalizó, se redujo el ámbito de la pena de muerte, y en ningún país, que yo sepa, se siguió construyendo y aumentando el número de cadalsos. Si queremos remplazar la prisión por alternativas a la misma, detengamos el aumento en el número de celdas y de cárceles.

6.2 LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN EL FUERO COMUN

Debido a su importancia para el funcionamiento del Estado constitucional, la actividad jurisdiccional se encomienda a órganos a los que previamente se ha dotado de una competencia y un estatus particulares. Si por "órganos" se entiende la existencia de complejos normativos compuestos de manera primordial por facultades, hablar de sus cualidades implica admitir que en los órdenes modernos habrá ciertas normas comunes presentes en la conformación de esos órganos.

De manera fundamental, nos parece que respecto de los órganos jurisdiccionales puede hablarse de conjuntos normativos que tienden a garantizar su autonomía, entendiendo por ella un diseño normativo por el cual las normas que esos órganos a su vez produzcan, resulten de la exclusiva individualización de otras normas jurídicas y no de las instrucciones de otros órganos estatales. Esta autonomía es una condición indispensable para el control objetivo de regularidad del ordenamiento, en tanto hace posible que el derecho sea el criterio único de validez. A esta garantía de autonomía de los órganos jurisdiccionales se le denomina también "sujeción del juez al ordenamiento jurídico" o, simplemente, "sumisión a la ley". Analizándola más de cerca, resulta difícil considerar que la autonomía va dirigida al juez o al tribunal, pues en realidad se dirige, si así puede decirse, al proceso jurisdiccional, al proceso de producción de normas derivado de la función jurisdiccional.

Si aceptamos que en diversos órdenes modernos se busca garantizar la autonomía jurisdiccional, debe resolverse un problema en estricta relación con el tema de este trabajo: ¿cómo se logra hacer que el titular del órgano jurisdiccional, i. e., el individuo o individuos que con sus conductas actualizan las normas que integran el órgano, cumplan con los fines del Estado constitucional? La solución a este respecto la constituye la denominada independencia judicial. Si los jueces en el Estado constitucional controlan la regularidad de los actos y normas de un ordenamiento, es necesario otorgarle una serie de garantías a los hombres que de manera concreta van a realizar las actividades jurisdiccionales, a efecto de crear las condiciones materiales que les ayuden a no tener que considerar elementos ajenos a los estrictamente normativos. En este sentido, la independencia actúa en favor de la autonomía judicial.

La independencia judicial es un principio general de los juzgadores respecto de un mundo fáctico y, por ende, debe materializarse positivamente, lo cual es posible de distintas maneras y con diferentes alcances.

En los órdenes jurídicos actuales, es cada vez más común encontrar un conjunto específico de garantías en favor de los juzgadores que atienden a su selección, nombramiento, adscripción, remuneración, responsabilidad y estabilidad, primordialmente.

Aun cuando las garantías otorgadas en favor de los jueces acusan una enorme diversidad en su concreción, es importante resaltar que los distintos diseños normativos buscan salvaguardar a los individuos de influencias externas, como lo demuestran los ejemplos que habremos de señalar. Estos ejemplos aluden a los órganos jurisdiccionales de los dos principales países del common law (Inglaterra y Estados Unidos) y a algunos de los países más representativos de los ordenamientos romanistas (Francia y España), pues, como luego habremos de ver, de las peculiaridades de cada una de esas familias jurídicas derivan resultados importantes en materia de organización judicial.

En los ordenamientos francés y español, caracterizados por un cuerpo de funcionarios de carrera, la selección de los juzgadores se realiza entre los egresados de las escuelas de derecho que aprueben un examen general para incorporarse a cursos especializados, entre cuyos alumnos se nombrará posteriormente a los jueces.

En lo que hace a la selección de magistrados, y al existir un sistema de carrera judicial, en España recae comúnmente entre jueces, y el de magistrados del Tribunal Supremo entre magistrados, tomando en cuenta la antigüedad y los resultados de pruebas selectivas.

En Francia, por su parte, el reclutamiento de magistrados se hace también entre miembros de la carrera judicial, considerando antigüedad y aptitud.

La designación de los titulares de los órganos jurisdiccionales puede tener también varias modalidades.

En los países en que existen sistemas de carrera judicial, la designación se hace comúnmente por los órganos de administración del Poder Judicial a partir de los resultados de los exámenes de oposición o la valoración de méritos que efectúen los correspondientes jurados.

En los órdenes jurídicos modernos también se ha buscado garantizar que el juzgador no pueda ser removido libremente del órgano en el cual ejerce sus funciones, y el que se mantenga en su cargo durante ciertos periodos. En los países que, como Estados Unidos o Inglaterra, no existe carrera judicial, la adscripción suele hacerse de manera directa y definitiva respecto de un órgano jurisdiccional específico.

Por el contrario, en los países en que sí opera la carrera judicial, y debido a la propia dinámica de esta última, los nombramientos se hacen respecto de cargos u

órganos determinados, pero manteniendo la posibilidad de ascender desde ellos a otros de superior jerarquía.

En cuanto a la estabilidad, existen diversas alternativas: la de hacer la designación de por vida, como acontece en los Estados Unidos; la de hacer designaciones para periodos específicos, a efecto de sujetar al funcionario judicial a ratificación o a nuevo nombramiento, o la de aquellos en que, como el caso de Inglaterra, el periodo se sujeta a la decisión del Parlamento.

Esta garantía de estabilidad opera también en los sistemas en que existe carrera judicial, en tanto es posible separar la permanencia en un cargo específico de la movilidad al interior del aparato judicial.

En estos casos suele ser común la especificación constitucional (artículo 68 de la Constitución francesa), o la remisión constitucional para la regulación de los supuestos a partir de los cuales resulta válida la pérdida de estabilidad (artículo 117.1 y 2 de la Constitución española).

Otro de los elementos fundamentales de la independencia lo constituye la responsabilidad, es decir, el establecimiento de los supuestos específicos y excluyentes a partir de los cuales pueda llegarse a considerar que un funcionario judicial ha incurrido en responsabilidad, así como la determinación de las penas que por ella deba corresponder. En los Estados Unidos, la Constitución garantiza que los jueces federales conservarán el cargo mientras mantengan "buena conducta". Las posibilidades de renovación del cargo se limitarán, entonces, a cuatro supuestos: muerte, retiro voluntario, impeachment y responsabilidad penal.

En el ámbito romanista, un buen ejemplo lo proporciona el ordenamiento español, en el que la responsabilidad puede ser penal, civil y disciplinaria, exigible por y ante los órganos de gobierno del Poder Judicial.

En el ordenamiento español se recogen diversos supuestos de garantías económicas, como las previstas en los artículos 402 y 403 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, Ley Orgánica 6/1985, de 1o. de julio, publicada en el Boletín Oficial del Estado del 2 de julio de 1985. que respectivamente establecen, el primero, que el Estado garantizará la independencia económica y un régimen de seguridad para los jueces y magistrados mediante una retribución adecuada, y, el segundo, que las retribuciones se fijarán atendiendo a la categoría, al tiempo de prestación de servicios, a la responsabilidad del cargo y al puesto de trabajo.

Adicionalmente, podrían señalarse los consistentes en las incompatibilidades o las inmunidades procesales, por ejemplo: tienen la pretensión común -como se apuntó-, de otorgarle independencia al individuo que actúa como titular de un órgano jurisdiccional. A pesar de esta función común, las funciones específicas varían en razón de las características del orden jurídico que las recoja, de ahí que parezca factible extraer una relación entre el papel conferido al juzgador en la producción del derecho y las modalidades específicas de las jurisdiccionales.

a) jurisdicción y estatus personal. Tratándose de Inglaterra y Estados Unidos, es factible reconocer que la selección de los juzgadores se realiza mediante mecanismos políticos, y tiene como objetivo primordial identificar a aquellas personas que, dentro o fuera de la actividad jurisdiccional, se han destacado en la profesión jurídica. Las personas seleccionadas lo son en razón de su formación y actuación jurídicas anteriores al cargo judicial que van a desempeñar, y precisamente porque su formación y actuación se estiman valiosas.

Un segundo elemento a destacar de estos países es el hecho de que el nombramiento de juzgador se hace para un órgano jurisdiccional determinado y respecto de él se confiere la titularidad. Por ello, el individuo designado habrá de permanecer en ese cargo sin posibilidad de movilidad interna, de manera que de darse esta última, será como consecuencia de un nuevo nombramiento, independiente por completo del anterior. Como en estos ordenamientos los

nombramientos se hacen de manera vitalicia y en tanto se observe buena conducta, la persona designada conoce, desde un principio, qué órgano ocupará y que su permanencia en él será indeterminada. En los sistemas norteamericano e inglés, el juez se identifica individualmente, y es precisamente esa posición individual el objeto de la protección de las garantías jurisdiccionales (selección, nombramiento, adscripción y falta de movilidad, primordialmente). El juez, en estos ordenamientos, no forma parte de un sistema anónimo de funcionarios de Estado, sino de un sistema que identifica, analiza y mitifica a sus integrantes.

Adicionalmente a esta función creadora, debe recordarse que los tribunales se encuentran obligados por sus precedentes, es decir, que al momento de resolver deben considerar aquellas resoluciones que ellos mismos u otros tribunales sostuvieron al resolver casos semejantes.

Debido a la enorme cantidad de esos precedentes, es necesario que los abogados litigantes identifiquen al individuo que como titular de un órgano hubiere llegado a sostener una opinión, pues ante ese titular deberá citarse ésta a fin de tratar de influir en su decisión. Nos parece, entonces, que la mecánica propia del common law (tanto por la asignación de funciones de producción normativa a los jueces, como por la relación entre los jueces por vía de precedentes judiciales), conlleva su necesaria identificación y, por lo mismo, el mantenimiento de un conjunto de garantías a fin de salvaguardar una independencia judicial entendida como parte de un estatus que busca proteger más al individuo que al conjunto abstracto de órganos de impartición de justicia.

b) jurisdicción y estatus organizacional. A diferencia de los países en que impera el modelo de designación del individuo, en aquellos en que existe la carrera judicial se tiende a la creación de un modelo de organización "burocrática". Como afirma Héctor Fix-Fierro, la carrera judicial se distingue porque los jueces son servidores públicos que siguen una carrera jerárquicamente estructurada, ello "[...] en

el sentido de que la promoción desde los grados inferiores depende de los méritos y de la antigüedad", y porque "los jueces constituyen una rama separada de la profesión jurídica , ya que los aspirantes a la judicatura ingresan normalmente en la carrera judicial poco después de terminada la enseñanza universitaria, y prosiguen su entrenamiento especializado dentro de la misma institución.

Los consejos de la judicatura entre profesión y organización", Coloquio internacional sobre el Consejo de la Judicatura, México, Consejo de la Judicatura Volviendo sobre las garantías judiciales, apuntemos que la selección de las personas que habrán de actuar como titulares de los órganos jurisdiccionales se realiza entre personas recién egresadas de las escuelas de derecho, a efecto de que las mismas se incorporen a las correspondientes escuelas judiciales y reciban una capacitación y un entrenamiento específicos. Las personas que ingresan a esas instituciones de especialización judicial no cuentan hasta ese momento con conocimientos especializados, y es sólo a partir de los que reciban en el centro judicial como se distinguirán de quienes actúan en otras ramas de la profesión jurídica.

Si la posibilidad de designación depende de la capacitación previa, resultará evidente que los nombramientos recaerán en aquellas personas que acrediten haber recibido tal capacitación. Por ello, la totalidad o, al menos, un porcentaje muy alto de las designaciones se realizan entre sujetos capacitados homogéneamente como juzgadores, ello a partir de los estándares educativos aceptados en el correspondiente programa de estudio. Independientemente de las variedades de formación provenientes de las diferencias en educación o experiencia, la designación habrá de recaer en quienes (teórica y prácticamente) puedan reproducir los criterios y conductas aceptados en el aparato de impartición de justicia. En estrecha relación con la obtención de calificaciones en los exámenes se encuentra la determinación de la primera adscripción, pues tradicionalmente las plazas de mayor importancia se reservan a quienes obtienen los puntajes más altos.

Al ser un sistema predominantemente cerrado, los ascensos en los poderes judiciales dependen, en primer lugar, de los méritos acumulados en el servicio judicial, valorándose aspectos tales como la buena conducta y el desempeño, aun cuando a veces, y en menor escala, se consideran algunos aspectos formativos ajenos a tal servicio (cursos, publicaciones, etcétera). Además de los méritos, suele considerarse también la antigüedad en el Poder Judicial y en el desempeño de cargos específicos. El hecho de que los criterios enunciados sean primordiales en la movilidad y ascenso, conlleva, nuevamente, una homogeneización de las tareas judiciales, pues en buena medida será su adecuado cumplimiento lo que garantice la permanencia y proporcione mayores elementos para la evaluación de los méritos. El hecho de que existan criterios previos y objetivos para la evaluación de nuevas adscripciones o ascensos, significa, por una parte, una garantía de independencia en favor del juzgador en tanto no depende de criterios discrecionales pero, por otra, el incentivo para llevar a cabo prácticas o conductas semejantes, pues las mismas habrán de ser recompensadas en los términos que disponga el ordenamiento.

Desde el momento en que se busca salvaguardar la independencia judicial mediante un conjunto muy acabado de normas que, simultáneamente, dan lugar a un grado importante de homogeneidad de los criterios y prácticas judiciales, no resulta en absoluto casual que la carrera judicial haya aparecido en ordenamientos pertenecientes a la familia romanista. En una versión superficial y hasta cierto punto ideológica (pero justamente por ello de aceptación generalizada), los ordenamientos romanistas se consideran compuestos primordialmente por normas generales emitidas por los órganos legislativos, y en esas normas se pretende incluir la totalidad de las soluciones jurídicas y supuestos de hecho que deben ser considerados por los tribunales. Por ello, y en esa visión, la tarea fundamental de los tribunales ha sido concebida como un proceso de "descubrimiento" de la norma aplicable a los hechos del caso concreto, y no como una tarea de creación relativamente descentralizada en la cual se comparen los efectos sociales de la resolución o las distintas interpretaciones que puede tener el contenido final de la norma creada por ellos.

Si la tarea del juez es concebida como el descubrimiento de la norma aplicable dentro de un conjunto de normas creadas por el legislador, es necesario nombrar y ascender a personas respecto de las cuales se tenga la certeza que conocen cabalmente el orden jurídico. A partir de este presupuesto la carrera judicial despliega toda su eficacia en los ordenamientos romanistas: los jueces son preparados específicamente para serlo; su nombramiento depende de un grado cierto y comprobable de conocimientos impartidos al efecto, y su ascenso deriva de la satisfacción de criterios de antigüedad y méritos realizados, primordialmente, en el ejercicio de la propia función jurisdiccional.

En tanto el dogma romanista apuesta por la omnicomprensión del legislador, y el papel de los jueces se conceptúa como un ejercicio subordinado a las normas legisladas, los poderes judiciales deberán integrarse por individuos caracterizados por su preparación homogénea en la aceptación de un cierto modo de ejercer su función, ejercicio que es considerado como vía de ingreso y ascenso, primordialmente. Mientras que en los sistemas de common law puede resultar más descriptivo considerar que las garantías judiciales tienden a conferirle un estatus personal a los juzgadores, en los sistemas de carrera judicial puede hablarse, a su vez, del reconocimiento de un estatus organizacional. Un juez o magistrado, en este segundo caso, es nombrado no por las cualidades que haya manifestado en un ejercicio profesional distinto al judicial, sino única y exclusivamente por su desempeño en este último.

B. La función organizacional de la carrera judicial y el "mercado interno de trabajo" Siguiendo la distinción planteada por Fix-Fierro, podemos decir que en la actividad jurisdiccional puede hablarse de una faceta profesional (la que en buena medida quedó descrita antes) y otra organizacional.

En lo que se refiere a esta última, podemos decir que mediante la carrera judicial se organiza y administra a los titulares de los órganos jurisdiccionales. Al

plantear esta última posibilidad no se están desconociendo otras de las funciones que se satisfacen con la carrera (como garantizar la independencia judicial), sino únicamente destacar este último aspecto, a fin de lograr una mejor comprensión de nuestro objeto de estudio.

La carrera judicial, en tanto sistema de organización y administración, puede ser considerada, para su mejor comprensión, a la luz de los criterios propios de disciplinas ajenas al derecho, específicamente de la administrativa. Dentro del conjunto de posibilidades teóricas encuadrables en esta última, parece interesante desarrollar las ideas expuestas por los profesores Milgrom y Roberts para la comprensión de lo que denominan un sistema de "mercado interno de trabajo".

Este tipo de organización se caracteriza, según ellos, por relaciones de empleo de larga duración, por un número limitado de vías de acceso, por determinados cauces de movilidad en la organización, por un sistema de promociones internas, y por el hecho de que los ingresos económicos se confieren más por clasificaciones de puestos de trabajo que por calificaciones o méritos individuales.

El "mercado interno de trabajo" es una relación laboral entre un empleador y sus empleados, pudiendo existir al interior de una misma organización grupos específicos con poca relación entre sí, por darse un conjunto de normas administrativas para cada uno de ellos.

El "mercado interno de trabajo" exige de una adecuada valoración del desempeño, por lo que siendo una organización jerárquica, homogénea en sus distintos niveles y dependiente de sus propios mecanismos, la valoración debe dejarse en manos de sus órganos superiores.

La carrera judicial podría ser concebida como un "mercado interno de trabajo" siempre que coincidan sus respectivas características organizativas. Como antes se

apuntó, la carrera judicial se caracteriza (al igual que los "mercados internos de trabajo"), por mantener relaciones laborales de larga duración, en tanto el ingreso suele darse entre los veinticinco y treinta años y concluir entre los sesenta y los setenta años; las posibilidades de acceso se encuentran limitadas, normalmente, a la aprobación de un examen o de un curso; la adscripción a puestos y el otorgamiento de ascensos depende del cumplimiento de criterios estrictos objetivos y predeterminados, y las remuneraciones se otorgan en razón de la categoría de puestos que se ocupan, y no en los resultados de las calificaciones individuales obtenidas en el desempeño del cargo.

Para hablar de la carrera judicial como un sistema de administración semejante al "mercado interno de trabajo", estamos utilizando tipos ideales, dado que en ningún caso existe una realidad plenamente acorde con ella, sino sólo un conjunto de características informadoras más o menos constantes. Por otra parte, desde el momento en que concebimos a la carrera judicial desde el punto de vista organizativo, es también factible percibir que la misma requiere de un aparato que administre esa organización. Este requerimiento, junto con otros factores, explica la aparición de órganos específicos denominados "consejos de la judicatura" o "de la magistratura", cuya función primordial atañe, entonces, a la permanente selección, nombramiento, adscripción y ascenso del personal judicial, tarea en la cual es necesario aplicar evaluaciones de diversos tipos al ser los mismos el motor de todo el sistema.

PROPUESTAS

Como propuestas es importante señalar las contenidas en los cuadernos de reforma en la aplicación de justicia que han sido publicados por la Universidad Nacional Autónoma de México, mismos que señalan que “Teniendo en cuenta la ineficacia histórica de la cárcel como medio para lograr la recuperación social de los delincuentes se impone, con urgencia, la búsqueda de otras alternativas y la revitalización de programas ya vigentes para ser acometidos en todos los niveles del sistema penal; en la etapa anterior al juicio, durante la tramitación del proceso, previo al dictado de la sentencia y después de la imposición de una pena de prisión”.

La presente propuesta se refiere a utilizar tres penas que están contempladas desde 1984 en el Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal, como penas autónomas o principales, sustitutivas de la pena privativa de libertad breve, que aparece con frecuencia en dicho código y en múltiples ordenamientos penales federales.

La doctrina moderna en todo el mundo, México incluido, se ha mostrado contraria a las penas cortas de prisión, ya que no sirven para la resocialización (por mandato constitucional ese debe ser el fin de todas las penas) y sólo sirven para el contagio criminal. En la exposición de motivos de la reforma que se hizo al Código Penal a fines de 1983 para integrar las penas sustitutivas de la prisión, se dijo entonces que las penas cortas de prisión no tenían eficacia intimidante y que en razón de su brevedad rara vez permiten la readaptación social del sujeto, y sí en cambio, dañan irreparablemente al individuo y a la propia sociedad.

Mencionaremos aquí las ventajas que cada una de estas penas ofrecen al reo, y a la sociedad.

1.El trabajo en favor de la comunidad

Encontramos en nuestro derecho penal vigente al trabajo en favor de la comunidad como sustitutivo de la multa insatisfecha o de la prisión que no exceda de cinco años. Evidentemente, no se trata de una pena de trabajos forzados, sino de una medida que beneficia al reo, directamente, y también de modo directo a la sociedad. Los límites mínimo y máximo son 36 y 936 horas, calculando que si el sentenciado las cumple en el tiempo máximo que permite la Ley Federal del Trabajo -tres horas por día y máximo tres días por semana- le puede llevar desde 30 días hasta dos años.

Se insiste en que esta pena no deberá afectar la subsistencia del reo y de sus dependientes económicos, que no resultará nunca excesivo el trabajo impuesto (ya que se respetará el límite máximo que para la jornada de trabajo extraordinaria dispone la Ley Federal del Trabajo), y no se desarrollará, bajo ningún concepto, en condiciones que pudieran ser degradantes o humillantes para el sentenciado.

Aunque es obvio que este trabajo se desarrollará sólo en instituciones educativas o asistenciales, gratuitamente, no está por demás señalar que el tercer párrafo del artículo 5o. constitucional prohíbe la imposición de trabajos personales sin la justa retribución y sin el pleno consentimiento del interesado, pero hace expresa la salvedad del trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual dispone, se ajustará a lo dispuesto en materia de duración de la jornada laboral, por el artículo 123 de la propia Ley Suprema. Por otra parte, el artículo 18 constitucional establece la vinculación entre el trabajo y la readaptación social, al entender que aquél es un medio para alcanzar ésta.

Por trabajo en beneficio de la comunidad se entiende aquel prestado a instituciones públicas o entidades privadas de carácter asistencial, benéfico, cultural o recreativo. La variedad de trabajos que pueden realizarse es enorme: limpieza de áreas, reforestación, ayuda en centros de ancianos o de huérfanos, en hospitales públicos, de compañía a enfermos, restauración de excavaciones arqueológicas o edificios históricos, arreglos de jardines públicos, trabajos de reparación o

mantenimiento en instituciones de asistencia social... se suele citar por su originalidad el caso de una mujer cuya pena consistió en tocar el piano (hasta acumular 100 horas) en hogares de jubilados. Las posibilidades son inmensas, sólo se requiere habilidad e ingenio del funcionario encargado de conseguir los lugares donde haga falta ayuda, y luego repartir a los sentenciados al lugar donde mejor puedan realizar su labor.

En cuanto a la obligación positiva de realización de un trabajo, esta sanción establece las exigencias de prevención general, ya que en definitiva contiene indirectamente una reducción de las horas libres, con lo que intimida suficientemente a la generalidad para que eviten ciertas conductas no graves, pero sí castigadas.

2.El tratamiento en libertad

También se le conoce por "libertad bajo tratamiento" (así lo denomina el código penal de Veracruz en su artículo 37). Esta pena apareja la realización de labores por parte del sentenciado y las demás medidas conducentes a su readaptación social, bajo la orientación y el cuidado de la autoridad ejecutora. La institución no consiste simplemente en el trabajo a favor de la comunidad sino que deberá complementarse con otras medidas para su readaptación social, aconsejadas por los mismos técnicos que trabajan en readaptación social u otros designados y adiestrados por el Poder Judicial. Se trata de observar las dificultades individuales y sociales (familiares y laborales fundamentalmente) auxiliarlos o colaborar con ellos e implementar un tratamiento. Los límites mínimo y máximo para la aplicación de esta pena son treinta días y dos años.

3. La semilibertad

Esta pena implica la alternación de periodos breves de reclusión y de libertad bajo tratamiento. Las modalidades son diferentes, puede ser, conforme a las circunstancias, que el condenado trabaje en libertad durante el día y se recluya

nocturnamente o que se encuentre en libertad en el transcurso de la semana y se recluya los fines de semana o viceversa (que esté en libertad durante el fin de semana y se recluya durante ésta).

La institución permite que el individuo pueda trabajar en libertad ya que la pena se cumpliría durante las horas de la noche, y de esta forma no pierde su fuente laboral y puede ayudar a su familia, fortaleciendo el vínculo con la misma. La sanción con otra posibilidad, más generosa que la anterior, es que durante toda la semana permanezca con su familia, día y noche, pudiendo hacer trabajos en libertad y la reclusión sólo sería durante el fin de semana o viceversa. Las penas fluctúan entre treinta días y un año.

Este instituto que nos ocupa se encuentra previsto en la Ley de Normas Mínimas como una forma de tratamiento preliberacional. Es decir, que la semilibertad está contemplada y se ha puesto en marcha en la última etapa en el régimen progresivo de tratamiento.

VENTAJAS

El aspecto positivo de las instituciones que nos ocupan es que:

a) permiten al individuo permanecer en sociedad con su familia, no perder su trabajo y reparar el daño,

b) no utilizan la cárcel y en consecuencia se evita el hacinamiento en la misma, y los gastos de su mantenimiento,

c) cambia la imagen que tiene la sociedad sobre los que infringen normas penales, al comprobarse que no son forzosamente individuos "negativos" sino recuperables socialmente,

d) impide el aislamiento producido en la prisión y le permite al infractor continuar en la sociedad realizando las tareas normales a que está acostumbrado,

e) para los que están acostumbrados a la vieja frase de "pagar la deuda con la sociedad", estas penas hacen esa idea tangible.

Una vez que el delito tenga conminada una de estas tres nuevas penas que comentamos como pena principal tiene como consecuencia que el acusado no vaya a dar a prisión mientras el proceso se lleva al cabo, ya que el artículo 18 de la Constitución indica que sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a la prisión preventiva.

POLÍTICA CRIMINAL

Estas penas principales se enmarcan en la actual tendencia político criminal que pretende limitar el ámbito de aplicación de la pena privativa de libertad ampliando el catálogo de penas que permitan una mejor integración social del condenado, atendiendo a la vez a la restitución a la víctima y a la sociedad por la infracción realizada.

Para imponerlas únicamente deberá tomarse en cuenta:

- Que el estado de salud del sujeto no excluya un trabajo de esa clase.

- Que tenga el sujeto domicilio fijo y un horario laboral compatible con los horarios del trabajo comunitario.

- Que por sus obligaciones familiares no tenga impedimento para realizar el citado trabajo.

Es evidente que la adopción de estas nuevas penas, que son un poco distintas a las tradicionales, requiere una reglamentación específica que garantice su aplicabilidad y que previamente debe llevarse al cabo el estudio de sus ventajas, inconvenientes y recursos necesarios. Pero la organización operativa presenta una menor complejidad que la de una institución penitenciaria. Lo que ocurre es que tenemos mayor experiencia sobre el funcionamiento de instituciones de internamiento.

CONCLUSIONES

Los argumentos expuestos, basados tanto en las normas jurídicas vigentes, como en el sentido común y el respeto pleno a los derechos humanos de procesados y sentenciados, llevan a sustentar las siguientes conclusiones:

1.- La pena es una consecuencia jurídica del delito, misma que es aplicada de acuerdo con las facultades que el mismo Estado le confiere.

2.- Es importante señalar que la evolución de la pena, es una fase muy importante que da pauta al desarrollo jurídico en el mundo respecto de su regulación como de su aplicación.

3.- Dentro de las diversas etapas de la evolución de la pena como la venganza pública, privada, el período humanitario, tenemos que gracias a estas el Estado se ha empeñado en actualizar la aplicación de la justicia, pues ha servido de ejemplo en el desarrollo cultural de muchas naciones.

4.- En nuestro sistema la pena tiene gran influencia española, pues tenemos gran parte del legado que dejaron en base a la conquista, y actualmente nuestra legislación penal es una copia del sistema penal español.

5.- En los diversos precursores de la legislación penal tenemos que Italia, Argentina y España, han dado grandes aportaciones a las legislaciones penales en varios países, en virtud de que estos cuentan con los sistemas penales más completos.

6.- Una sociedad en que imperen una procuración y una administración de justicia eficientes y respetuosas del derecho; en la que exista una seguridad pública basada en los derechos humanos y en el profesionalismo para la prevención y persecución del delito; una sociedad, en síntesis, evolucionada en los aspectos morales, culturales y jurídicos, debe ser una sociedad en que se tienda a la eliminación de la

prisión preventiva, pues esta última no es más que la aplicación inversa del principio de que a toda persona se la presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. Al aplicar la prisión preventiva, en los hechos se está considerando culpable a un individuo mientras no se demuestre lo contrario. Por eso se le mantiene detenido durante el proceso, "por si acaso" fuera culpable y, además, pretendiera evadirse.

7.- Los sustitutos de prisión y la prisión preventiva son incompatibles, en términos tanto estrictamente jurídicos como penitenciarios. No se vale avanzar tratándose de ejecución de sanciones y continuar en el retraso en materia de prisión preventiva.

8. El hecho de introducir los sustitutos de prisión como alternativa a las penas corporales, ha sido uno de los presupuestos de la modernización de nuestro sistema de justicia penal. Con ellos se logra disminuir en gran medida las penas privativas de la libertad, y en congruencia, debe reducirse la prisión preventiva, con lo que nos vamos acercando, aunque sea un poco, a esa sociedad civilizada y evolucionada que hemos descrito y a la que todos aspiramos.

9. Los sustitutos de prisión, al no dar lugar a la prisión preventiva, permiten al acusado hacer efectivo el derecho a la jurisdicción que es esencial en una buena administración de justicia; acceder sin demora a la instancia jurisdiccional, y hacerlo, como regla, en plena libertad.

10. Los sustitutos de prisión constituyen uno de los medios más idóneos para resolver el grave problema de la sobrepoblación penitenciaria, en los dos aspectos siguientes:

a) Porque los condenados a penas sustitutivas de prisión las cumplirán en libertad y por lo tanto no estarán ocupando un lugar en las cárceles.

b) Porque su aplicación evita la prisión preventiva de los acusados por delitos que admiten una pena sustitutiva de prisión.

11. Es necesario perfeccionar las normas sobre aplicación de los sustitutivos de prisión y establecer los procedimientos administrativos para vigilar y controlar su cumplimiento. Bajo ninguna circunstancia los sustitutivos de prisión deben convertirse en formas de impunidad. En la medida en que la sociedad y las autoridades perciban que las penas sustitutivas son penas reales, se irá generalizando su aplicación, y en la medida en que esto ocurra, también se hará más palpable el absurdo de someter a prisión preventiva a quien va a cumplir una pena sustitutiva de prisión.

12. El problema de la prisión preventiva no es un problema de índole jurídico. Al fin y al cabo habrá tanta prisión preventiva -en forma coherente o no con las demás instituciones jurídicas- como se quiera. El uso -y el abuso- de ésta tiene profundas raíces ideológicas que cederán paso a la formación de una cultura de los derechos humanos en la sociedad mexicana y, de manera particular, entre los profesionales en la materia.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- BARREIRO, Jorge. *Las Medidas de Seguridad en el Derecho Español*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.
- 2.- BECCARIA, César. *De los Delitos y de las Penas*, Ed. Aguilar, Madrid, España, 1969.
- 3.- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto Processuale Penale* (Derecho Procesal Penal), Ed. Harla, Volumen 2, México, 1997.
- 4.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, Ed. Porrúa, México, 1974.
- 5.- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, Y CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Derecho Penal Mexicano*, Volumen I, Ed. Robredo, México, 1955.
- 6.- CARRARA, Francesco. *Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1997.
- 7.- CASTELLANOS TENA, Fernando. *Lineamientos Elementales de Derecho Penal, (Parte General)*, Trigésima Primera Edición, Ed. Porrúa, México, 1992.
- 8.- CUELLO CALON, Eugenio. *La Moderna Penología*, Ed. Bosch, Barcelona, España, 1958.
- 9.- CUELLO CALON, Eugenio. *Derecho Penal I*, Ed. Nacional, México, 1951.
- 10.- DE PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*, Ed. Porrúa, México, 1997.
- 11.- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Italia, 1990.
- 12.- GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Represión y Tratamiento Penitenciario de Criminales*, Ed. Logos, México, 1962.
- 13.- GONZALEZ DIAZ LOMBARDO, Francisco Javier. *Compendio de Historia del Derecho y del Estado*, Ed. Limusa, México, 1979.
- 14.- HANS HEINRICH, Jescheck. *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981.

15. JIMENEZ DE AZÚA, Luis. *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Harla, México, 1997.
16. MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1954.
17. MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Penal Italiano*, Tomo III, Cuarta Edición, Torino, Italia, 1961.
18. MENDOZA BREMAUNTZ, Emma. *Derecho Penitenciario*, Ed. Mc Graw Hill, México, 1998.
19. OLESA MUÑIDO, Francisco Felipe, *Las Medidas de Seguridad*, Ed. Bosch, Barcelona, 1951.
20. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Criminología*, Ed. Porrúa, México, 1998.
21. RODRIGUEZ MANZANERA, Luis. *Penología*, Ed. Porrúa, México, 1998.
22. RODRIGUEZ DEVESA, Jose María. *Derecho Penal Español*, Parte General, Ed. S.P.E., Madrid, 1976.
23. SANCHEZ GALINDO, Antonio. *Penitenciarismo, la prisión y su manejo*, Inacipe, México, 1991.
24. PAVON VASCONCELOS, Francisco. *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Parte General, Tercera Edición, Ed. Porrúa, México, 1974.
25. PUIG PEÑA, Federico. *Derecho Penal I*, Ed. Nautla, Madrid, 1955.
26. VILLALOBOS, Ignacio. *Derecho Penal Mexicano*, Quinta Edición, Ed. Porrúa, México, 1990.
27. ZAFARONI, Eugenio. *Manual de Derecho Penal*, Parte General, Tercera Reimpresión, Ed. Cárdenas, México, 1997.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley de Amparo.
Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos.
Ley General de Salud.
Ley Aduanera.
Ley Federal del Trabajo.
Ley de Instituciones de Crédito
Ley General de Bienes Nacionales.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
Ley Federal de Radio y Televisión.
Ley del Mercado de Valores.
Ley del Servicio Militar Obligatorio.
Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
Ley Reglamentaria del Artículo 5º Constitucional, Relativa al Ejercicio de las Profesiones.
Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.
Ley Federal de Juegos y Sorteos.
Ley de Extradición Internacional.
Ley Sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacional.
Ley de Imprenta.
Ley Federal de Instituciones de Fianza.
Ley del Seguro Social.
Ley de Sanidad Fitopecuaria de los Estados Unidos Mexicanos.
Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal.
Ley de Vías Generales de Comunicaciones.
Ley Federal de Vivienda.
Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos.
Ley Federal de Radio y Televisión.

Ley que Declara Reservas Minerales Nacionales los Yacimientos de Uranio, Torio y demás sustancias de las cuales se obtengan Isótopos Hendibles que pueden producir Energía Nuclear.

Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano.

Ley sobre la Elaboración y Venta de Café Tostado.

Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito.

Ley del Mercado de Valores.

Ley del ISSSTE.

Ley del INFONAVIT.

Ley de Navegación y Comercio Marítimo.

Ley para Promover la Inversión Mexicana y regular la Inversión Extranjera.

Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros.

Ley de la Propiedad Industrial.

Ley Federal sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas, Artísticas e Históricas.

Ley General de Población.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Código Fiscal de la Federación.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Código Penal para el Distrito Federal.

OTRAS FUENTES

GACETA OFICIAL DEL DISTRITO FEDERAL, Organo del Gobierno del Distrito Federal, Novena Epoca, 17 de Septiembre de 1999, No. 117

REVISTA HISPANOLATINOAMERICANA, Pena y Estado, La Función Simbólica del Derecho Penal, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona, España, 1991.

Consulta en INTERNET:

- <http://www.lahora.com.cc/paginas/rjudi362.htm>
- <http://www.jurídicas.unam.mx/publica/justicia/cuad2.htm>
- <http://www.jurídicas.unam.mx/cisinfo/europa/italia/itali04.htm>